Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Procesal
Mérida - Venezuela

Rechtsstaat
Estado de Derecho

Número Especial en Homenaje al
PROF. ABDÓN SÁNCHEZ NOGUERA



Universidad de Heidelberg y
Universidad de Los Andes
primera universidad y escuela de Derecho

REVISTA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
Número 1 Especial , noviembre, 2022
Depósito Legal: ME2018000132
ISSN: 2739-0330 (en línea)

Rechtsstaat

Estado de Derecho

Número 1 Especial, noviembre, 2022

Editor en Jefe:
Abdón Sánchez N.

Editor Adjunto:
Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Comité Editorial:
Aura M. Morillo P. (ULA)
Edualis Navas (ULA)
Alex David Hernández (ULA)
Frank Rivas Torres (ULA)
Enrique Abraham Andara (ULA)

Comité de Arbitraje:
Carlos García Soto (UMA)
Ramsis Ghazzaoui (UCAB)
José Gregorio Silva Bocaney (UCV)
Carlos Luis Carrillo Artiles (UCV)
Jesús María Alvarado Andrade (UCV)
Servillano Abache Carvajal (UCV)
Alberto Blanco Uribe-Quintero (UCV)
Ronald Chacín Fuenmayor (LUZ)
David Gómez Gamboa (LUZ)

Consejo de Redacción y/o Asesor:
Daniela Urosa Maggi (UMA)
Ninoska Rodríguez Laverde (UCAB)
Paula Bianchi Pérez (ULA)
Francisco Ferreira Abreu (ULA)

Autoridades Administrativas:
Rector: Mario Bonucci Rossini
Vicerrectora Académica: Patricia Rosenszweig Levy
Vicerrector Administrativo: Manuel Aranguren Rincón
Secretario: Manuel Morocaima
Decano: José Antonio Rivas Leone

Depósito Legal: ME 2018000132
ISSN: 2739-0330 (en línea)

Portada:
José R. Huggins Vera

Diagramación y Diseño:
José R. Huggins Vera

Logo:
Logo University of Heidelberg
Uni Heidelberg
Sello de la Universidad de Heidelberg

http://erevistas.saber.ula.ve/Rechtsstaat
rechtsstaat@gmail.com

CC BY NC SA

LA REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, POSEE ACREDITACIÓN DEL CONSEJO DE DESARROLLO CIENTÍFICO, HUMANÍSTICO, TECNOLÓGICO Y DE LAS ARTES. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (CDCHTA-ULA).

LA RESVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, ASEGURA QUE LOS EDITORES, AUTORES Y ÁRBITROS CUMPLEN CON LAS NORMAS ÉTICAS INTERNACIONALES DURANTE EL PROCESO DE ARBITRAJE Y PUBLICACIÓN, DEL MISMO MODO APLICA LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL COMITÉ DE ÉTICA EN PUBLICACIONES CIENTÍFICAS (COPE), IGUALMENTE TODOS LOS TRABAJOS ESTÁN SOMETIDOS A UN PROCESO DE ARBITRAJE Y DE VERIFICACIÓN DE PLAGIO.

LAS OPINIONES EXPRESADAS EN ESTA PUBLICACIÓN NO REPRESENTAN NECESARIAMENTE EL PENSAMIENTO DE LA REVISTA Y SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES.

Edición Número 1 Especial de la Revista "*Rechtsstaat: Estado de Derecho*"
Área de Derecho Procesal en Honor al Profesor Abdón E. Sánchez Noguera
Iniciativa del Profesor Jean-Denis Rosales Gutiérrez

1.	**Jesús Alfredo Morales Carrero**	**(Educación del Derecho en la ULA)**
2.	**Jim Douglas Morantes Monzón**	**(Derecho Constitucional del Proceso)**
3.	**Arelys Ramona Rondón de Guillén**	**(Derecho Procesal Civil)**
4.	**Humberto José Angrisano Silva**	**(Derecho Procesal Civil)**
5.	**Cristina Beatriz Figueredo González**	**(Derecho Procesal Civil Internacional)**
6.	**Douglas Montoya Guerrero**	**(Derecho Procesal del Niño y Adolescente)**
7.	**Bartolomé Gil Osuna**	**(Derecho Probatorio)**
8.	**Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez**	**(Derecho Probatorio)**
9.	**Jean-Denis Rosales Gutiérrez**	**(Derecho Procesal Constitucional)**
10.	**Angello Javier Barrios Peña**	**(Derecho Procesal Constitucional)**
11.	**Iván D. Paredes Calderón**	**(Derecho Procesal Administrativo)**
12.	**José Gregorio Silva Bocaney**	**(Derecho Procesal Administrativo)**
13.	**Serviliano Abache Carvajal**	**(Derecho Procesal Tributario)**
14.	**Luis Fraga-Pittaluga**	**(Derecho Procesal Tributario)**
15.	**Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez**	**(Derecho Procesal Funcionarial)**
16.	**Magaly Vásquez González**	**(Derecho Procesal Penal)**
17.	**Wilmen Yohan Romero**	**(Derecho Procesal Penal)**
18.	**Miguel Ángel Gómez Ortiz**	**(Derecho Procesal Internacional)**
19.	**Maryori Molina Luna**	**(Derecho Procesal Internacional de los Derechos Humanos)**
20.	**Luís Alberto Martínez Alarcón**	**(Amparo Constitucional)**

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN

PROEMIO 06 - 10

RESUMEN CURRICULAR ABDÓN EGBERTO SÁNCHEZ NOGUERA 11 - 12

HOMENAJE

PALABRAS DE DEDICACIÓN AL HOMENAJEADO 14 – 15

FRASE DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN ROBERT VON MÖHL 16

AGRADECIMIENTOS 17 - 18

ÍNDICE TEMÁTICO 19 - 20

ARTÍCULOS

Enseñanza de la Lecto-Escritura y Metodología del Estudio e Investigación: Un Acercamiento a la Experiencia Docente en la Escuela de Derecho - ULA
The Teaching of Reading-Writing and the Methodology of Study and Reasearch: and Approach to the Teaching Experience in the School of Law - ULA 22 - 67
Jesús Alfredo Morales Carrero

Una Aproximación al debido Proceso como Garantía Vital
An Approximation to the due Process as a Essential Quarantee 68 - 95
Jim Douglas Morantes Monzón

Alcances de la Interpretación Jurídica para el Juez en el Contexto del Código Civil Venezolano
Scope of Legal Interpretation for the Judge in the Context of the Venezuelan Civil Code 96 - 116
Arelys Ramona Rondón de Guillén

Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano
Sue's Calling in the Venezuelan Civil Oral Process 117 - 141
Humberto José Angrisano Silva

La Eficacia Parcial de las Sentencias Extranjeras en materia de Familia: Especial Referencia a la Interpretación y la Argumentación del Juez Civil
The Partial Efficacy of the Foreigner's Court Decisions in Family Law: Special Reference to the Interpretation and the Argumentation of Civil Judge 142 - 174
Cristina Beatriz Figueredo González

Autorizaciones para Viajar de Niños; Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales
Autorizations to Travelling in Children and Teenagers: Courts Procedures 175 - 200
Douglas Montoya Guerrero

Estudio de la Eficacia de la Prueba de Oficio contenida en el COGEP y conferida a los Jueces
Study of the Effectiveness of the Office Test contained in the COGEP and conferred to the Judges 201 - 231
Bartolomé Gil Osuna
Brayan Alejandro Mayorga Morillo
Pedro Mauricio Arias Romero

Licitud de las Pruebas obtenidas en Redes Sociales
Legality of the Proofs obtained in Social Media 232 - 262
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez

La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela
The Constitutional Justice of the Fundamental Rights of Venezuela 263 - 307
Jean-Denis Rosales Gutiérrez

El Disenso Judicial: Sobre la Importancia del Pensamiento Crítico en los Tribunales Constitucionales
Judicial Dissent: on Why Critical Thinking Matters in Constitutional Courts 308 - 336
Angello Javier Peña Barrios

Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes: A propósito de la Sentencia dictada por la Sala Constitucional del TSJ Nº 0735 del 25 de octubre de 2017 (Caso BANAVIH vs. MERCANTIL Banco Universal)
Extention of Process's Privilege and Prerrogatives of the Republic to another Public Organizations: Certainly the Constitutional Court Decision of the Supreme Court of Venezuelan with Sentence Nº 0735, October, 25, (2017) /Case BANAVIH vs. MERCANTIL, C.A. BANCO UNIVERSAL) 337 - 356
Iván D. Paredes Calderón

De los Sujetos Actuantes en el Contencioso Administrativo. Especial referencia a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
From the Acting Parts in the Administrative Justice: Special Reference to the Venezuelan Organic Law of Administrative Justice 357 - 397
José Gregorio Silva Bocaney

Sobre el Proceso Tributario Venezolano: Reflexiones y Propuestas
On the Venezuelan Tax Process: Reflections and Propositions 398 - 460
Serviliano Abache Carvajal

Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección Procesal de los Derechos de los Contribuyentes
Crisis of Effective Judicial Protection in the Tax Process: The decline of the Procedural Protection of taxpayers' Rights 461 - 505
Luis Fraga-Pittaluga

Observaciones a las Sentencias Nº 1518 del 20 de julio de 2007 del Expediente Nº 07-0498 y Nº 1392 del 21 de octubre de 2014 del Expediente Nº 14-0264 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Materia de Jubilación y Destitución
Observations on Judgments Nº 1518 of July 20, 2007 of File Nº 07-0498 and Nº 1392 of October 21, 2014 of File Nº 14-0264 of the Constitutional 506 - 557

Chamber of the Supreme Court of Justice on Retirement Matters and Dismissal

Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez

Incorporación Judicial de la Conversión de Acciones en el Ordenamiento Procesal Penal Venezolano
Judicial Incorporation of the Conversion of Actions in the Venezuelan Criminal Procedural System 558 - 588

Magaly Vásquez González

La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia
The Spatial Validity of the Criminal Law and Extradition in the Preliminary Drafts of the Criminal Code of the Supreme Court of Justice 589 - 616

Wilmen Yohan Romero

Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional en Materia Penal desde la Perspectiva Interamericana y Venezolana
Contemporary Panorama of the Codification of Cooperation International Judicial in Criminal Matters from the Perspective Interamerican and Venezuelan 617 - 655

Miguel Ángel Gómez Ortiz

Derecho de Supresión de Datos ("Derecho al Olvido"): Antecedentes Jurisprudenciales que explican los Fundamentos del Reconocimiento de este Nuevo Derecho en el Sistema Jurídico de la Unión Europea
Right to Erasure ("Right to be Forgotten"): Jurisprudential Background that explain the Grounds for the Recognition of this New Right in the Legal System of the European Union 656 - 689

Maryori Molina Luna
Johann Benfeld Escobar

Consideraciones Generales sobre el Amparo Constitucional desde la Óptica Jurisprudencial
General Considerations on the Appeal for Amparo from the Jurisprudential View 690 - 719

Luis Alberto Martínez Chacón

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
PROEMIO ● Pág.: 06 – 10

PROEMIO

Mario Bonucci Rossini
Ingeniero, Abogado, Profesor y Académico Ulandino
Rector de la Universidad de Los Andes (ULA)

Los miércoles, mediada la mañana, en el Departamento de Derecho Procesal, desde la que se divisa una inigualable estampa de la Sierra de Mérida, súbitamente vestida con su capa de nieve al acercarse la esporádica nevada de la estación lluviosa de Mérida, y que mantendrá inmaculada, hasta bien entrada la primavera, lleva desde hace muchos años dando su *Curso de Procesal* en las aulas de clase, con la misma ilusión mantenida, el **Profesor Abdón E. Sánchez Noguera**, que disertará sobre la justicia, y en especial de la justicia civil, argumento atrayente siempre, y continuamente renovado, y puesto al día sin descanso para abordar los incesantes problemas sobrevenidos. Serán muchos, cientos, los alumnos que han tenido la suerte de disfrutar, de tal oportunidad, por supuesto, venidos de todas partes, pero numerosos siempre los provenientes de las Provincias Venezolanas.

A buen seguro, que **el Profesor Abdón E. Sánchez Noguera** ha de continuar dictando sus clases durante muchísimos años, del mismo modo, que su esfuerzo creador, arduo, dogmático, y, sistematizador, ha de seguir plasmado en incesantes aportaciones bibliográficas. Ello no quita para que un buen día, quien se halla en la más cabal plenitud de sus facultades, se encuentre con que le dicen, que el paso de una hoja del calendario significa, que ha llegado a la edad de su jubilación.

Al tratar de encauzar, el bien merecido Homenaje jubilar al Profesor **Don Sánchez Noguera**, que una sabia costumbre académica ha normalizado, y, desde la idea, que hoy va ganando terreno de centrar las colaboraciones preferentemente en torno a un único tema de reflexión, de modo que pudiera surgir así, una selecta obra especializada, no fue difícil de convenir, en que bien podría ser el común denominador, el tema de las garantías jurídicas de cualquier procesado, según la denominación tradicional, más inclinados ahora, a hablar del ciudadano, que del administrado, por unas obvias razones conservadoras. Las

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mario Bonucci Rossini ● Pág.: 06 – 10

garantías del ciudadano conducen directamente, ya, a la Tutela Judicial Efectiva, con todos sus vericuetos, entre ellos las variantes de los procedimientos estrictamente escritos, ya a las modalidades jurisdiccionales orales de defensa de las distintas pretensiones de los particulares, donde tiene cabida el *Capítulo de la Justicia*, pero también la opción de la Responsabilidad de los Jueces, que tan generoso desarrollo teórico ha conocido Venezuela a raíz de la misma Constitución de 1999, que selló la apelada "*transición política*." Todas estas variedades han reclamado reiteradamente la atención del **Profesor Abdón Egberto Sánchez Noguera**, que ha dedicado páginas y páginas al argumento, fruto de sus incesantes reflexiones y desvelos al proceso judicial. Y no será ocioso consignar, que el nombre de **Don Abdón E. Sánchez Noguera** aparece vinculado con toda y plena justicia, en la Historia de la Universidad de Los Andes (ULA) como uno de sus principales representantes judiciales.

Justicia Civil, Derechos, Garantías, *status* del procesado. Cuando uno piensa en el panorama procesal venezolano, no puede por menos, constatarse la intensa y acelerada evolución que se ha producido al respecto. Acaso, el trajín cotidiano no facilita las valoraciones. Pero, cuando uno superpone y compara, no se puede por lo menos, más que quedar sorprendido de las intensas mutaciones producidas. El papel de Jueces y Tribunales ha resultado potenciado de manera inimaginable hace bien poco, si bien el éxito de la opción está originando una sensible sobrecarga en los Tribunales, lo que a su vez se traduce en la lentitud, el retraso, y, en última instancia, en una nueva fuente de disfunciones que sería preciso superar a toda costa. ¿A toda costa? ¿A cualquier precio? Aun así, la reciente Ley del TSJ-2022 se considera un atraso a todas luces, pues dicha ley acaba constituyendo un armazón institucional de cierre en cuanto al acceso se refiere, del órgano rector del poder judicial para los ciudadanos: se han reducido el número de magistrados, y además, pareciere, que el TSJ ahora, puede reformar jurisdiccionalmente a la constitución; un auténtico desatino que institucionaliza la mutación constitucional y legislativo por medio del parágrafo único del artículo 25 LOTSJ.[1]

[1] **Brewer-Carías, A.R.** (2022) "*La Sala Constitucional Contra Todo. De Como Reformó La Ley Que Prohíbe Reformar Leyes, Y de Paso Hizo una Mutación Ilegitima de la Constitución Para Avalar la Usurpación por el Legislador de las Propias Competencias Constitucionales del Tribunal Supremo; y para cambiar el Quórum para la Elección de sus Propios Magistrados, y el Carácter Orgánico del Periodo de 12 de su Elección*." https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/politica/asamblea-nacional-discutira-

Una de las preocupaciones de los redactores del LOTSJ de 2022, y que más acertada ha resultado, fue la de establecer una Escala de los Magistrados especializados, que ha resultado decisiva para la mejor evolución del sistema. Ninguno de los Magistrados del TSJ actual, debería seleccionarse como fue elegido. Recuérdese, debería seleccionarse por concursos de oposición entre funcionarios de la carrera judicial y fiscal con "*tres años de servicios efectivos*." Se ha normalizado con demasiada frecuencia que Jueces no especialistas hayan de asumir la importante encomienda de promover la deslegalización, la desconstitucionalización, la desjuridificación del Estado y la Sociedad Venezolana. ¡Ya no se juzga al Estado, ni a la Administración! Y, más aún, en los últimos años se ha hecho sensible la muy decidida tendencia a levantar la guardia a la hora de seleccionar a los Jueces y Magistrados, relajando exigencias en cuanto a formación, madurez o simples conocimientos jurídicos.

Todos ellos son factores, que influyen a la hora de enfrentarse con un panorama harto complejo. De otra parte, si bien es cierto, que se han dado pasos de gigante en orden al control de las Administraciones Públicas por parte de los Tribunales, nos encontramos al respecto, también, no sólo con unos significativos retrocesos, sino con una demanda incesante que pide más y más, sin que sea fácil adivinar, donde hayan de situarse los topes y las barreras. Un poco, al modo de los automovilistas, que se olvidan pronto de las curvas de la carretera rectificadas, y que suspiran incesantemente por las sucesivas renovaciones. Aunque, en tal caso, habrán de ser las frías cifras de los presupuestos, las que pagan de fiel la balanza, y resuelvan a la brava la situación de inestabilidad.

A ello se junta un nuevo factor. Aunque uno se resista creerlo, no es nada difícil observar una nueva ola que está echando raíces con fuerza en responsables significativos de las Administraciones, y que se traduce en poses de desprecio olímpico para con lo jurídico y todos sus aledaños, como pueden ser las reglas del procedimiento legislativo y administrativo. Uno sabe que lo uno no está reñido con lo otro. Uno se resiste a creerlo, pero son muchos los testimonios y las pruebas, que hacen patente la tendencia apuntada. Y que nos viene a recordar a los Juristas, el simplismo de los tecnócratas de los años sesenta y setenta, que querían vendernos su panacea prescindiendo de las reglas jurídicas más

---

proyecto-de-reforma-de-ley-organica-del-tsj/ Cfr. *Gaceta Oficial* N° 6.684 Extra. de 19 de enero de 2022.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mario Bonucci Rossini ● Pág.: 06 – 10

consagradas en aras de una eficacia cuya avasalladora prioridad no acaba nunca de verse. Lo que nos trae a la memoria las chanzas y cuchufletas que con agudeza e ingenio consignó **Abdón E. Sánchez Noguera** en sus famosas ***Conferencias sobre la Reforma Judicial***. Hoy nos consta, como escudo inigualable, que forma parte fundamental del referido bagaje constitucional, el respeto indubitado a la regla jurídica, así como al imperio de la Ley. Peor para los que lo duden, o lo desconozcan. Pero cada tiempo, se enfrenta con sus problemas, y habrá de resolver las dificultades que aparezcan.

Diré, por último, para consignar éste conjunto de factores, que se halla en trance de reforma el Código de Procedimiento Civil, que cambia sustancialmente gran parte de dicho cuerpo normativo; nueva Ley, que me da la impresión, viene a plantear y a abrir muchos más problemas de los que aparentemente pretende resolver; aunque a lo mejor –*oh, manes del espíritu de Keynes*- lo que se quiere es, en tiempos de indomable recesión económica, forzar a que queden sin valor tantos repertorios legislativos, tantas recopilaciones jurisprudenciales, tantos Tratados y Monografías, lanzando a su vez, a los 23 Estados, el mensaje de que habrá que reformar y poner al día la correspondiente Constitución y otros cuerpos legales procesales, con lo que a buen seguro se ha de animar el panorama parlamentario y editorial, el de los acelerados comentaristas de leyes, así como de protagonistas de Jornadas, coloquios y encuentros, con que ilustrar a tanto Jurista y funcionario desconcentrado ante la brusca y súbita modificación de preceptos, de tanta incidencia, que se considerarían arraigados y firmes. A alguno le parecerá un dispendio enorme –*y hay quien osa incluso aventurarse por el camino de la valoración económica del Derecho*- pero no faltan, quienes practican la tónica que en tiempos de crisis todo vale con tal de engrosar las cifras de las magnitudes económicas.

Parecía por eso muy conveniente aglutinar el conjunto de reflexiones que suscita el merecido Homenaje al **Profesor Abdón E. Sánchez Noguera** para incidir sobre esta temática, abierta y viva, sobre la que bueno será verter opiniones y criterios, controversias y razonamientos, dialogo y sistematización. Sabiendo, que la Tribuna académica debe huir de parcialidades; no es la ocasión del Abogado, que sólo piense en su cliente –*forzado con frecuencia a cambiar de opinión, cuando éste cambia de cliente*-, no es la palestra del administrador angosto, que a todo antepone su interés burocrático. La encomienda de servir con suma objetividad los intereses generales, buscando así la eficacia y la misma

descentralización, pero siempre con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, que tal es, como se sabe, el encargo que dirige al Poder Judicial la Constitución de 1999 y Leyes como el Código de Ética del Juez, que exige la sana ponderación y el equilibrio, las respuestas medidas, la elaboración doctrinal desinteresada, la búsqueda de la objetividad por encima de los sectarismos.

Yo debo felicitar al **Grupo de Investigación Robert Von Möhl** y al **Consejo Editorial de la Revista** "***Rechtsstaat: Estado de Derecho***", me corresponde mostrar públicamente nuestra satisfacción por la feliz y generosa acogida que ha tenido la propuesta, que se extiende a lo largo de las páginas de la presente Obra, a través de los Trabajos que la integran. Nos emociona, especialmente, la receptividad, que la idea encontró en nuestros muchos colegas, que con suma delicada puntualidad, y generosa diligencia se aprestaron a responder a nuestra llamada, superando toda clase de obstáculos a causa del plazo o la distancia, la conectividad, la electricidad, el transporte, la inseguridad, la escasez de combustible, y con ello, de transporte, la falta de alimentos para muchos, la pandemia; demostrando lo profundo de nuestra comunidad intelectual, así como el enorme caudal de amistades de Ley que atesora el homenajeado en la comunidad ulandina y emeritense.

¡Gracias a unos y a otros! ¡Gracias a todos! He aquí en este sentido y al franco homenaje al **Dr. Don Abdón E. Sánchez Noguera**, Profesor, Abogado, Académico y Privatista, hombre de toga y de palabra. Expuestos quedan sus méritos en otras partes de esta obra, por lo que será necesario hacer hincapié, en esta ocasión. Pero es muy grato constatar, que la personalidad humana, y como Jurista, del Profesor, **Don Abdón E. Sánchez Noguera** suscita tan cordiales adhesiones como las que, con talante académico, expresan las escrupulosas páginas de éste amplio volumen. Nuestra, enhorabuena, nuestro aliento, y nuestra amistad, recordándole al, por fortuna, jubiloso jubilado, que esto no es más que, una etapa más, de una larga y fructífera Biografía, que ojalá, se prolongue por mucho tiempo.

Mérida, Venezuela, 06 de noviembre de 2022

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Resumen Curricular ● Pág.: 11 – 12

RESUMEN CURRICULAR
ABDÓN EGBERTO SÁNCHEZ NOGUERA

I. ESTUDIOS REALIZADOS

PREGRADO: Universidad de Los Andes - Mérida- Venezuela – 1969 – 1973
TÍTULO OBTENIDO: Abogado (16-11-1973)

POSTGRADO

Universidad de Los Andes – IIDARA - Mérida – Venezuela – 1989- 1990 – TÍTULO OBTENIDO: MSc. en Derecho Agrario. TESIS DE GRADO: "La Municipalización de la Justicia Agraria".

Universidad Católica Andrés Bello – Caracas – 1999 - 2000 TÍTULO OBTENIDO: Especialista en Derecho Procesal. TESIS DE GRADO: La responsabilidad civil derivada del ejercicio de la función jurisdiccional y el procedimiento para hacerla efectiva conforme a la legislación venezolana". MENCIÓN PUBLICACIÓN.

Universidad del Zulia. Doctorando. Pendiente presentación de tesis.

II. EXPERIENCIA PROFESIONAL

EJERCICIO PROFESIONAL: ABOGADO EN EJERCICIO. 1973 hasta la fecha.

DOCENCIA Y ACTIVIDAD UNIVERSITARIA. 1990 hasta la fecha.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas- Universidad de Los Andes – Mérida- Venezuela.

Profesor Ordinario en categoría de Titular. Ingreso por Concurso de Oposición.

Profesor de Teoría General del Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Civil I (Procedimiento Ordinario) y Derecho Procesal Civil II (Procedimientos Especiales, Recursos y Ejecución de Sentencia).

Jefe de Cátedra Derecho Procesal.

Investigador Jefe – Centro de Investigaciones Jurídicas (1994-1996).

Jurado Tutorial Postgrado Propiedad Intelectual – ULA.

Coordinador Pasantías (1992-1994).

Coordinador Clínica Jurídica (1996-2007).

Profesor Invitado postgrados LUZ, UCAB.

Profesor Maestría en Derecho Procesal Penal ULA.

Profesor Especialización en Derecho Mercantil ULA.

Miembro del Consejo Jurídico Asesor ULA (2005-2008).

Coordinador Maestría en Derecho y Desarrollo Agrario.

Co-Fundador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl.

Co-Fundador de la Revista RECHSSTAAT: Estado de Derecho

Co-Fundador y Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Mérida.

ACTIVIDAD JUDICIAL

Conjuez Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida (1996-2010)

Conjuez Juzgado Superior Primero en lo Penal C.J. Estado Mérida (1980-1984)

Jurado Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial – DEM - TSJ – Caracas (2000 -2002)

PUBLICACIONES

La Introducción de la Causa – Paredes Editores – Caracas – 1989.
La Instrucción de la Causa – Paredes Editores – Caracas – 1991.
La Decisión de la Causa y la Ejecución de Sentencia – Caracas – 1994.
El procedimiento Cautelar – Paredes Editores – Caracas – 1996.
La Responsabilidad Judicial – Paredes Editores – Caracas – 2001.
El Principio de Oralidad en los Procedimientos Civil y de Protección del Niño y del Adolescente. Ediciones Paredes, Caracas, 2004.
Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos – Paredes Editores – Caracas – 2016
Medios de Impugnación de sentencia firme en el proceso civil venezolano. En preparación.

DISTINCIONES

Diploma "Honor al Mérito Profesional". Colegio de Abogados del Estado Mérida. 23-06-1987.

"Reconocimiento por labor profesional". Alcaldía y Cámara Municipal de Tovar. 23-06-1995.

Distinción "Hijo Ilustre de Guaraque". Concejo Municipal del Municipio Guaraque del Estado Mérida. 12-05-1997.

Condecoración "Dr. Armiño Borjas". Primera Clase. Federación Colegios de Abogados de Venezuela. 22-06-1997.

"Orden Ciudad de Tovar". Primera Clase. Concejo Municipal del Municipio Tovar del Estado Mérida. 19-04-1998.

"Orden Pedro Pineda León". Única Clase. Colegio de Abogados del Estado Mérida. 23-06-2001.

Orden "Cruz de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Mérida". Primera Clase. Fuerzas Armadas Policiales del Estado Mérida.

Distinción "Ciudadano Meritorio de la ciudad de Mérida". Concejo Municipal del Municipio Libertador del Estado Mérida. 22-06-2002.

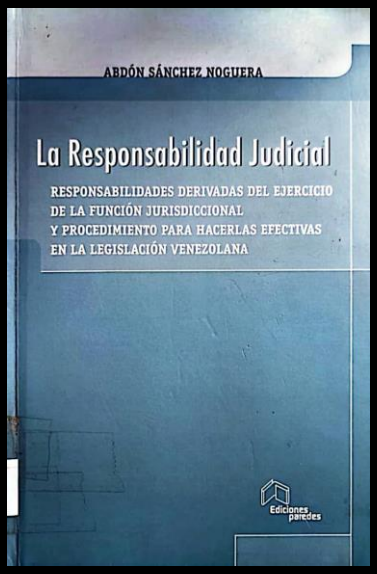
Orden Ciudad de Zea – Primera Clase. Concejo Municipal del Municipio Zea. Zea: 19-04-2003.

Orden Tulio Febres Cordero en Primera Clase. Consejo Legislativo del Estado Mérida. 2005.

Botón de Honor al Mérito Jurídico "Dr. José Román Duque Sánchez". Fundación Alberto Adriani. 2016.


ABDON SANCHEZ NOGUERA
ABOGADO
DE LA INTRODUCCION DE LA CAUSA
(Arts. 338 al 387)
COMENTARIOS Y ANOTACIONES AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL
CARACAS - VENEZUELA
1987

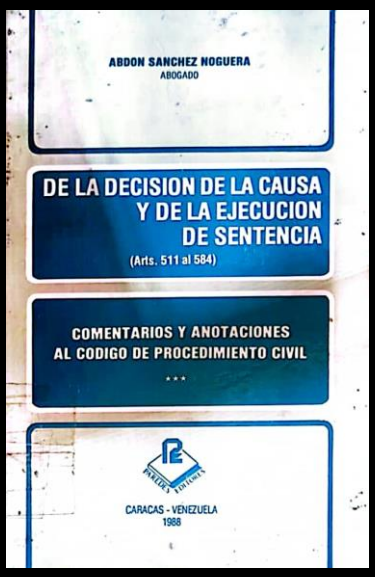

Abdón Sánchez Noguera
Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos
2da EDICIÓN
TERCERA REIMPRESIÓN
MANUALES UNIVERSITARIOS
MU
Ediciones Paredes

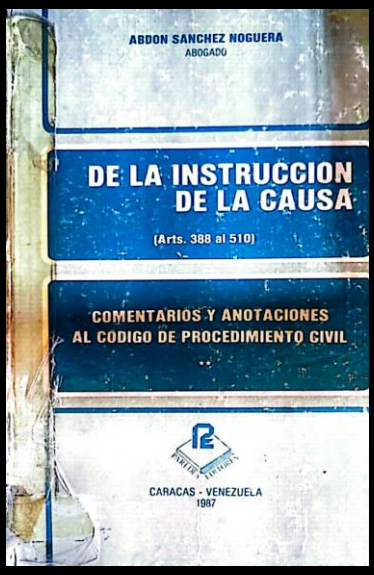

ABDÓN SÁNCHEZ NOGUERA
La Responsabilidad Judicial
RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y PROCEDIMIENTO PARA HACERLAS EFECTIVAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA
Ediciones paredes



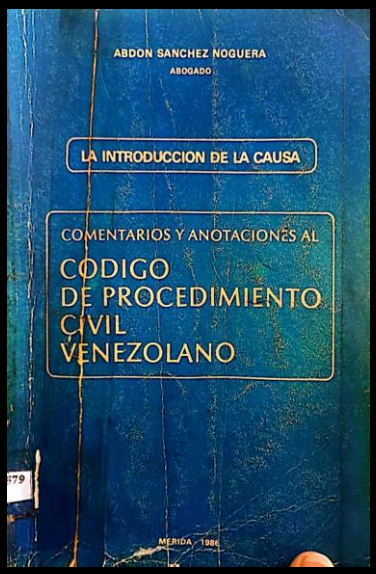

ABDÓN SÁNCHEZ NOGUERA
EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVIL Y DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE
Ediciones paredes


Abdón Sánchez Noguera
Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos
3ra EDICIÓN
Tercera reimpresión
MANUALES UNIVERSITARIOS
MU
Ediciones Paredes


ABDON SANCHEZ NOGUERA
ABOGADO
DE LA DECISION DE LA CAUSA Y DE LA EJECUCION DE SENTENCIA
(Arts. 511 al 584)
COMENTARIOS Y ANOTACIONES AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL
CARACAS - VENEZUELA
1988


ABDON SANCHEZ NOGUERA
ABOGADO
DE LA INSTRUCCION DE LA CAUSA
(Arts. 388 al 510)
COMENTARIOS Y ANOTACIONES AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL
CARACAS - VENEZUELA
1987


ABDON SANCHEZ NOGUERA
ABOGADO
DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y DE OTRAS INCIDENCIAS
(Arts. 585 al 607)
COMENTARIOS Y ANOTACIONES AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL
PROLOGO: MOISES A. TROCONIS V.
Caracas - Venezuela
1995


ABDON SANCHEZ NOGUERA
ABOGADO
LA INTRODUCCION DE LA CAUSA
COMENTARIOS Y ANOTACIONES AL
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO
MERIDA - 1986

PALABRAS DE DEDICACIÓN AL HOMENAJEADO

Quisiera ante todo, como promotor de la iniciativa del Homenaje para tan distinguido jurista de la región andina y de la Nación venezolana, pero, también en calidad de actual ***Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM)***, y como autor de un estudio acerca de la Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales para tan loable obra compiladora de diversos estudios de Derecho Procesal, señalar, que el hoy homenajeado Profesor Abdón Sánchez Noguera, fue mi Profesor de Derecho Procesal Civil II, en conjunto, de la asignatura de Prácticas Procesales Civiles, y que desde un principio sentí, una profunda admiración por el hombre que escribió una de las Obras doctrinales más importantes del Derecho Procesal Patrio; obra, que fue un factor concluyente para decidirme para cursar la asignatura con él. Fue de tal magnitud la calidad de la obra que muchos grandes procesalistas de la región capital estudiaban y siguen estudiando con suma asiduidad el Manual, poniendo en ejecución sus enseñanzas del Derecho Procesal Civil venezolano en los tribunales.

Hoy, la obra posee un valor inigualable en la literatura jurídica venezolana, así como muchas de sus otras publicaciones jurídicas. Me llena de mucho orgullo develar, que Yo fui uno de sus tantos alumnos, y que ahora compartimos los mismos espacios universitarios en el estimable arte de la enseñanza meticulosa del Derecho, los valores cívicos de una República democrática, que todavía se niega a morir, el Liberalismo, el respeto rotundo por los Derechos Humanos, y sobre todas las cosas, la promoción, desarrollo y defensa de la Academia, en conjunto, con la defensa de los espacios universitarios, pues además, el Profesor Abdón E. Sánchez Noguera, es apoderado de la ilustre, bicentenaria y distinguida Universidad de Los Andes (ULA-Venezuela).

Hoy, varios Catedráticos de diferentes Universidades, disciplinas jurídicas e instituciones del Estado, se reúnen en el Auditórium de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la ilustre Universidad de Los Andes (ULA), para rendir un merecido Homenaje a un hombre que se dedicó por largo tiempo a la formación de varias generaciones de abogados y de ciudadanos respetables, que luchan día tras día, por un mejor país, un mejor sistema de justicia y una mejor administración de justicia para el administrado.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO • Número 1 Especial • noviembre 2022
PALABRAS DE DEDICACIÓN AL HOMENAJEADO • Pág.: 14 – 15

Esperemos, que con la presente Obra Compiladora del extraordinario saber jurídico procesal venezolano, se siga construyendo un Estado de Derecho –como en efecto se llama nuestra Revista Electrónica- orientada al servicio objetivo de los administrados por la conquista del valor justicia y el vigor pleno de los Derechos.

Jean-Denis Rosales Gutiérrez
Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo
de la Universidad de Los Andes (ULA)
Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl

FRASE DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN ROBERT VON MÖHL

Un hombre que es un maestro de la paciencia,

es maestro de todo lo demás

George Savile

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
AGRADECIMIENTOS ● Pág.: 17 – 18

AGRADECIMIENTOS

El Consejo Editorial de la Revista "***Rechtsstaat: Estado de Derecho***" quiere agradecer de una manera admirable y prodigiosa a la comunidad de juristas del Estado de Mérida, que, reunidos hoy, aquí, en el auditórium ***Antonio E. Rivas Belandria*** de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes (FACIJUP-ULA), a cada uno de los Profesores y Abogados que participaron de manera prodigiosa y satisfactoria con sus trabajos, en la presente obra colectiva.

Además, los miembros del actual Consejo Editorial de la Revista "***Rechtsstaat: Estado de Derecho***" quieren agradecer a cada miembro de nuestra Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Mérida también, porque ellos están coordinados por el Profesor **Abdón E. Sánchez Noguera** - quien es su actual Presidente - y por su Secretario el Profesor Invitado **Francisco A. De Jong Sarmiento** –Jefe del Consejo Jurídico Asesor de la ULA- en la promoción del Derecho y sus diversas ramas por la geografía entera del Estado con ayuda de Congresos, Convenciones, Jornadas, Foros y distintos Talleres a abogados y los funcionarios públicos del Estado. De igual modo, porque varios miembros de la Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Mérida trabajaron activamente en el desarrollo del presente proyecto.

Igualmente, el presente Consejo Editorial de la Revista "***Rechtsstaat: Estado de Derecho***" quiere agradecer a las autoridades centrales de la Universidad de Los Andes (ULA), **Mario Bonucci R.**, **Patricia Rosenzweig L.**, **Manuel Aranguren P.**, y **Manuel Morocaima** por su extraordinaria lucha al servicio del país ante la fatal situación de adversidad, que aqueja actualmente a nuestra amada casa de estudios, tanto por la espantosa política de asfixia presupuestaria ejecutada por el gobierno nacional; como por los continuos ataques vandálicos que ha venido sufriendo para ver desvalijada sus instalaciones académicas, que sólo se preservan por su enorme valor histórico y el valor de su servicio invaluable para sus respectivos usuarios; como por la alargada crisis económica que ha mermado hondamente la capacidad financiera

de todos sus estudiantes, obreros, empleados y Profesores, de todas las categorías, sin excepción.

A este tenor, el presente Consejo Editorial de la Revista "***Rechtsstaat: Estado de Derecho***" quiere agradecer también a las personas que todavía quieren estudiar en las instalaciones de nuestra *alma mater*, como también a sus actuales estudiantes, pues ellos constituyen la savia, el germen y la levadura necesaria para reconstruir las bases de nuestro futuro como nación. A ellos también, por acudir al presente acto académico, que les genera un fuerte despertar de simpatía en su alma por el reconocimiento brindado a un hombre, que todavía viaja desde Tovar –a una hora y media de distancia de la Universidad, en plena crisis de transporte por el tema de la gasolina- para ofrecer su formación profesional y académica a sus alumnos de Derecho Procesal Civil I y II, año tras otro, sin dar excusas a las máximas autoridades.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL

Finalmente, el presente Consejo Editorial de la Revista "***Rechtsstaat: Estado de Derecho***" quiere agradecer al **Profesor Francisco Ferreira D'Abreu**, miembro del Consejo de Redacción de la Revista por su asesoría, consejo, trabajo enjundioso y recomendación de Profesores, que pudieren colaborar con sus investigaciones a la noble tarea de consolidar el presente Proyecto Académico. A él, por la paciencia demostrada a lo largo del tiempo de creación, gestión y concreción. De igual modo, el Consejo Académico de la Revista quiere agradecer la entera entrega del Profesor a sus estudiantes, empleados, obreros, Profesores y máximas autoridades de la Facultad, y en general, a la Universidad. Su colaboración con los Foros de Derecho Penal es importante en la formación de buenos penalistas por la Universidad.

Su constancia ha sido muy importante para consolidar muchos proyectos en la actual situación de crisis político-económica que azota a nuestra universidad. El **Profesor Ferreira D'Abreu** fue la segunda persona que más colaboró en el presente número especial. Sin él, no hubiera sido posible concretar tan loable homenaje.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Índice Temático ● Pág.: 19 – 20

Índice Temático

1. **"Enseñanza de la Lecto-Escritura y Metodología del Estudio e Investigación: Un Acercamiento a la Experiencia Docente en la Escuela de Derecho-ULA"** de Jesús Alfredo Morales Carrero
2. **"Una Aproximación al Debido Proceso como Garantía Vital"** de Jim Douglas Morantes Monzón
3. **"Alcances de la Interpretación Jurídica para el Juez en el Contexto del Código Civil Venezolano"** de Arelys Ramona Rondón de Guillén
4. **"Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano"** de Humberto José Angrisano Silva
5. **"La Eficacia Parcial de las Sentencias Extranjeras en materia de Familia: Especial Referencia a la Interpretación y la Argumentación del Juez Civil"** de Cristina Beatriz Figueredo González
6. **"Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales"** de Douglas Montoya Guerrero
7. **"Estudio de la Eficacia de la Prueba de Oficio contenida en el COGEP y conferida a los Jueces"** de Bartolomé Gil Osuna, Brayan Alejandro Mayorga Morillo y Pedro Mauricio Arias Romero
8. **"Licitud de las Pruebas Obtenidas en Redes Sociales"** de Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez
9. **"La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela"** de Jean-Denis Rosales Gutiérrez
10. **"El Disenso Judicial: Sobre la Importancia del Pensamiento Crítico en los Tribunales Constitucionales"** de Angello Javier Peña Barrios
11. **"Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes: A Propósito de la Sentencia Dictada por la Sala Constitucional del TSJ N° 0735 del 25 de Octubre de 2017 (Caso BANAVIH VS. Mercantil Banco Universal)"** de Iván D. Paredes Calderón
12. **"De los Sujetos Actuantes en el Contencioso Administrativo. Especial Referencia a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa"** de José Gregorio Silva Bocaney
13. **"Sobre el Proceso Tributario Venezolano: *Reflexiones y Propuestas*"** de Serviliano Abache Carvajal

14. **"Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección Procesal de los Derechos de los Contribuyentes"** de Luis Fraga-Pittaluga
15. **"Observaciones a las Sentencias N° 1518 del 20 de Julio de 2007 del Expediente N° 07-0498 y N° 1392 del 21 de Octubre de 2014 del Expediente N° 14-0264 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de Jubilación y Destitución"** de Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez
16. **"Incorporación Judicial de la Conversión de Acciones en el Ordenamiento Procesal Penal Venezolano"** de Magaly Vásquez González
17. **"La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia"** de Wilmen Yohan Romero.
18. "**Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional en materia Penal desde la Perspectiva Interamericana y Venezolana**" de Miguel Ángel Gómez Ortiz
19. **"Derecho de Supresión de Datos ("Derecho al Olvido"): Antecedentes Jurisprudenciales que explican los Fundamentos del Reconocimiento de este nuevo Derecho en el Sistema Jurídico de la Unión Europea"** de Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar
20. **"Consideraciones Generales sobre el Amparo Constitucional desde la Óptica Jurisprudencial"** de Luís Alberto Martínez Chacón

ENSEÑANZA DE LA LECTO-ESCRITURA Y METODOLOGÍA DEL ESTUDIO E INVESTIGACIÓN: UN ACERCAMIENTO A LA EXPERIENCIA DOCENTE EN LA ESCUELA DE DERECHO-ULA

THE TEACHING OF READING-WRITTING AND THE METHODOLOGY OF STUDY AND RESEARCH: AND APPROACH TO THE TEACHING EXPERIENCE IN THE SCHOOL OF LAW-ULA

Jesús Alfredo Morales Carrero[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.01

Fecha de Recepción: 12 de octubre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 15 de febrero de 2022

RESUMEN

En tiempos de complejidad, de recurrentes y constantes cambios en la vida social, la formación de profesionales competentes ocupa un lugar importante en los programas y agendas educativas a nivel mundial; los cuales, plantean el cumplimiento de una serie de condiciones académicas, intelectuales y éticas, que maximicen las posibilidades para dialogar con el conocimiento científico, operar de modo epistémico y emprender con autonomía y responsabilidad procesos de investigación que den cuenta de la realidad inmediata. En atención a estos requerimientos, este artículo expone una serie de reflexiones sobre el ejercicio docente que se desarrolla en la Escuela de Derecho, precisando aspectos sobre la vida académica, la formación jurídica competente y la generación de experiencias de investigación, que le aporten al abogado en formación el instrumental teórico-metodológico para operar eficientemente como administrador de justicia.

Palabras Clave: Enseñanza, Formación Ciudadana, Investigación Jurídica, Escuela de Derecho, Compromiso Social.

ABSTRACT

In times of complexity, of recurring and constant changes in social life, the training of competent professionals occupies an important place in educational programs and agendas worldwide; which propose the fulfillment of a series of academic, intellectual and ethical conditions, that maximize the possibilities to dialogue with scientific knowledge, operate in an epistemic way and undertake with autonomy and responsibility the research processes that account for the immediate reality. In response to these requirements, this article presents a series of reflections on the teaching practice that takes place in the School of Law, specifying aspects of academic life, competent legal training and generating research experiences that provide the lawyer in training with the theoretical-methodological instruments to operate efficiently as administrator of justice.

Key Words: Teaching, Citizenship Training, Legal Research, Law School, Social Commitment.

---

[1] Licenciado en Educación y Politólogo (ULA). Magister en Educación mención Orientación Educativa (UPEL) y Magister en Educación mención Lectura y Escritura (ULA). Investigador Emérito-reconocido por el Programa de Estímulo a la Investigación (PEI) y por el Programa de Estímulo a la Docencia (PED). Candidato a Doctor en Antropología (LA). Docente del Departamento de Psicología General y Orientación en la Universidad de Los Andes-Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

INTRODUCCIÓN

Los cambios vertiginosos y el evidente dinamismo que permea las relaciones sociales, han impulsado una re-formulación significativa de los programas educativos en todos los niveles. Estas transformaciones se encuentran fundamentalmente asociadas con formación de un ciudadano con la flexibilidad para adaptarse competitivamente a las exigencias propias de un mundo globalizado y complejo.

Es así que, las demandas emergentes han supuesto para la educación jurídica la realización de ajustes en sus cometidos, integrando como puntos focales: el uso de la lectura y la escritura, como procesos inherentes al desarrollo de habilidades críticas y reflexivas, a las que se asumen responsables de potenciar el desarrollo del pensamiento como requerimiento para operar sobre la realidad; y, fomentar el manejo de la investigación como actividad necesaria para profundizar sobre los fenómenos socio-jurídicos, sus particularidades y características, hasta lograr la identificación de hallazgos suficientemente válidos que motiven la adopción de una posición científica sólida.

Ello supone, según indica Schauer (2013) instar al estudiante para que desarrolle su pensamiento y razonamiento jurídico, como requerimientos para operar sobre la realidad y sobre el conocimiento "de manera más efectiva, racional y rigurosa, es decir, se dejen de pensar como comúnmente se hace, y se adopte una actitud analítica o más precisa, más acuciosa, para destrabar los complejos problemas que emergen cotidianamente." Pág. 19.

Estos propósitos plenamente compartidos por la Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes, en su Cátedra Lectoescritura y Metodología del Estudio, procuran una formación de calidad tanto de sus estudiantes como de los futuros profesionales del Derecho, en quienes se procura el desarrollo de competencias comunicativas e investigativas, que dimensionen las capacidades para enfrentar los desafíos de una sociedad en recurrente cambio y transformación.

Este requerimiento de formar para el desempeño social comprometido como tendencia actual, supone la ampliación de las posibilidades de actuación protagónica del estudiante, posibilitando su consolidación como sujeto responsable, capaz de insertarse en el ejercicio jurídico con el instrumental teórico-metodológico oportuno, a partir del cual operar con efectividad en la

resolución de conflictos, en la discusión de problemas sociales, en el manejo de los procedimientos propios del litigio y en el uso del lenguaje oral y escrito, como requerimientos que buscan la adherencia de terceros a su posición sobre las situaciones sociales en controversia.

Es así que, la Unidad Curricular en mención busca que el estudiante de nuevo ingreso a la carrera de Derecho, se afilie a las prácticas inherentes a su ejercicio profesional así como a las convenciones académicas que definen su participación efectiva tanto en el escenario universitario, como en el conjunto de roles propios de los administradores de justicia. Al respecto Coloma y Agüero (2012) enumeran algunas de las más relevantes, a decir "formación ética, capacidad para comunicarse y argumentar sus ideas, competencias reflexivas e investigativas; así mismo, este abogado ideal debe disponer de atributos críticos y analíticos para la interpretación de los problemas sociales, políticos y económicos." Pág. 169.

Lo dicho indica, que la formación jurídica en tiempos inciertos, le demandan tanto al docente como al estudiante, una inminente receptividad y apertura al cambio, que le permitan identificar las transformaciones sociales desde una actitud flexible dispuesta a comprender las dimensiones y aristas de los problemas emergentes, a los cuales desde el Derecho ofrecer soluciones que dimensionen las posibilidades de vivir juntos, en armonía y paz. Lograr estos propósitos significa integrar el uso de la lectura, la escritura y la investigación, como procesos a través de los cuales "acceder a otras fuentes de conocimiento a fin de consolidar la comprensión de los grandes temas y problemas del mundo contemporáneos." (Torres, 2004, Pág. 3).

Frente a la complejidad que caracteriza a la sociedad actual, la tarea de formar ciudadanos competentes, supone el involucramiento activo del estudiante en el estudio de los fenómenos jurídicos, en las discusiones actuales de las que se ocupan las comunidades científicas y en las controversias epistémicas, como espacios a partir de los cuales precisar posibles temáticas cuya afinidad académica despierte el interés por conocer en profundidad lo escasamente explorado. Se trata entonces, de motivar el espíritu reflexivo y de indagación, capaz de deducir los múltiples factores que subyacen en los fenómenos socio-jurídicos y, que por su relevancia exigen la construcción de

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

explicaciones que impulsen el avance de la ciencia en sus dimensiones teórica y práctica.

Estos propósitos como parte de la formación integral del ciudadano que demanda el presente siglo, también involucran la adhesión del estudiante a la defensa de las libertades individuales y a la organización democrática de la sociedad, como condiciones fundamentales de las que se desprende la reivindicación de la autonomía del ser humano y su pleno desarrollo.

De allí, que la docencia en la Escuela de Derecho al igual que en otros espacios de la Universidad de Los Andes, se haya integrado a las discusiones cotidianas la libertad de pensamiento, el pluralismo intelectual y la defensa de la justicia social, valores que por ser parte fundamental de la cultura jurídica, instan al estudiante a conducirse como "un verdadero ciudadano, consciente de los problemas colectivos y deseoso de participar de la vida democrática." (Delors, 1996, Pág. 58).

Estos cometidos plenamente adoptados por la Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes, en sus cátedras Lecto-escritura y Metodología del Estudio e Investigación, han procurado integrar al abogado en formación, en las prácticas propias de las ciencias jurídicas, a decir: la valoración objetiva y crítica del conocimiento y de los de los fenómenos sociales, el desarrollo de actitudes y aptitudes comprometidas con la resolución de conflictos, así como la disposición flexible para adaptarse a las transformaciones emergentes, frente a las cuales operar desde el uso interdisciplinario del conocimiento científico-jurídico. De allí, que este artículo recoja algunas reflexiones sobre la enseñanza de la Lecto-escritura y Metodología del Estudio e Investigación, como procesos que por su relevancia académica potencian la capacidad para responder a las exigencias sociales y jurídicas propias del ejercicio del derecho.

DESARROLLO

1_. La Docencia en la Escuela de Derecho. Un Compromiso con la Formación Ciudadana.

La enseñanza del Derecho enfrenta, como cualquier otra ciencia un desafío complejo, consistente en someter la realidad a una reflexión constante, acuciosa y permanente, a través del lente de posiciones doctrinales y jurídicas, mediante

las cuales su estudioso desarrollar la convicción suficiente sobre la relevancia de las instituciones que impulsan y son garantes del establecimiento del orden y estructuración coherente de la sociedad. Es así, que la enseñanza de este campo del saber, supone fomentar la actividad reflexiva sobre los problemas cotidianos, cuyas implicaciones multidimensionales demandan con mayor vehemencia el operar intelectual y la actitud científica de profesionales revestidos de la convicción jurídica necesaria para configurar los fundamentos de una sociedad genuinamente democrática en la que se garantice el progreso social.

En sentido amplio, tales exigencias tanto académicas como sociales y profesionales, han servido como motivaciones para construir espacios académicos en los que el estudiante no sólo adopte como propósito el aprendizaje de las normas que conforman el sistema jurídico vigente, sino familiarizarlo con los valores y principios que han inspirado las regulaciones, los derechos y las obligaciones que todo ciudadano debe adoptar para consolidarse como agente intelectual, capaz de administrar justicia en los diversos roles que desempeñe en su espacio de convivencia inmediato.

Lo dicho deja ver al Derecho como un instrumento al servicio de la construcción social, cuyo potencial arsenal teórico y metodológico por estar "estrechamente conectado a la complejidad impredecible de la condición humana, posibilita no solo el mejoramiento de las circunstancias que determinan el progreso social, sino la fundación de las bases para ofrecer soluciones equitativas y justas a los conflictos emergentes" (Schauer, 2013, Pág. 24). Estas bondades del Derecho, lo posicionan como el modo por antonomasia de apoyar el establecimiento del imperio de la ley, en el que prime la aplicación de reglas y principios que garanticen la construcción de un clima armónico en el que prevalezca el ejercicio de los valores democráticos.

Este elevado compromiso con la transformación social efectiva, supone la enseñanza vivencial y significativa, en la que el estudiante se asuma como un agente activo, autónomo y responsable, capaz de "formular respuestas constructivas cambiantes y flexibles a algunos de los problemas más profundos que acosan al hombre moderno." (Rogers, 1996, Pág. 6).

En otras palabras y asumiendo la importancia de la competitividad en la resolución de situaciones cotidianas, la tarea de enseñar supone, entre otras cosas, la integración sistémica de saberes, lo cual exige "incluir referencias básicas

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

en varias direcciones epistémicas, es decir, más conocimientos concretos y menos ideas abstractas, que contribuyan con el cambio sustantivo del escenario social." (Taruffo, 2021).

En este sentido, la tarea de la docencia en la Escuela de Derecho se ha caracterizado por propiciar una importante combinación entre teoría y praxis, que le otorga a quien se forma en esta ciencia, la posibilidad de precisar la pertinencia de las lecciones magistrales para su pertinente desempeño académico y profesional.

Este proceso de enseñanza ha permitido a lo largo del tiempo, que el estudiante, además de apropiarse conocimientos actualizados y vigentes, desarrollar actitudes asociadas con el aprendizaje significativo, entre las que se precisan: la rigurosidad para valorar el saber, el espíritu crítico para construir criterios propios y la posibilidad de colocar en contexto la realidad jurídica que tiene frente a sí.

En atención a lo expuesto, Leiva (2007) indica que el cometido de la enseñanza en las Facultades de Derecho, gira en torno a cumplir con la función principal de "inculcar ideas, contribuyendo con la formación intelectual de la juventud, en quienes recae se precisa la fuerza intelectual y el ímpetu por integrarse en procesos de renovación, en los que prime el apego profundo a la consolidación de un sistema jurídico efectivo." (Leiva, 2007, Pág. 114).

Lo dicho refiere implícitamente a la promoción de la convicción normativa que conduzca al sujeto en el proceso poner en práctica la justicia social, como requerimiento para transformar la realidad jurídica nacional; estas condiciones propias de la educación en el siglo XXI, reiteran que el compromiso de la formación que se imparte en la Escuela de Derecho, trasciende de la transmisión pasiva de conocimientos, al desarrollo de hábitos intelectuales que facultan al estudiante para participar en cualquier espacio académico generando aportaciones que llevadas a la realidad produzcan cambios significativos.

Este cúmulo de propósitos indica que, la vida al interior de las aulas de la Escuela de Derecho, ha constituido un espacio propicio para la formación de juristas comprometidos con la defensa del Estado de Derecho, no sólo desde la convicción que otorga el manejo teórico-conceptual, sino desde la vocación para consolidarse en sujetos activos, capaces de defender los más altos principios que subyacen a la vida en democracia, libertad e igualdad. Por ende, formar para

dignificar la condición humana como propósito de enseñanza del Derecho, supone según Bayuelo (2015) fomentar el sentido de co-responsabilidad con la transformación de la sociedad, es decir, en la que la participación activa propicie "emprender la búsqueda del bienestar que conduzca a la consolidación de Estado Social de Derecho." Pág. 172.

Esta posibilidad de contextualizar el conocimiento, ha investido a la enseñanza en la Escuela de Derecho, de una singular cualidad académica, a la que se considera responsable de aflorar importantes competencias críticas, analíticas y reflexivas inherentes al ejercicio de la abogacía. Y a las que se les atribuye la transferencia de conocimientos teóricos a una realidad que demanda con mayor vehemencia acciones sociales concretas que dimensionen la calidad de vida de los ciudadanos.

Frente a este desafío Delors (1996) propone que las condiciones por las que atraviesa la sociedad, en general, demanda la formación de sujetos con la flexibilidad para adaptarse a las recurrentes y emergentes transformaciones sociales, entre las que se precisa la adopción "del entendimiento mutuo entre los individuos y los grupos humanos, mediante la promoción de una ciudadanía consciente y activa, cuya plena realización solo puede lograrse en el contexto de sociedades democráticas." Pág. 56.

Cumplir estos propósitos indica que la formación jurídica procura, entre otras cosas, fomentar la responsabilidad social al confrontar al estudiante con su realidad inmediata, instándolo para que genere apreciaciones propias, así como el desarrollo de criterios sólidos a partir de los cuales abordar los problemas jurídicos que aquejan su entorno.

Al respecto Agudelo, León y Prieto (2015) plantean que la Universidad como escenario para la transformación integral del ser humano, debe estimar que sus estudiantes adopten como proceder profesional "la reflexión acerca de los mínimos actos que se deben tener en cuenta en el momento de ejercer el derecho, pensando en el porqué de tal ejercicio, las metas que se deben plantear a la hora de abordarlo." Pág. 28. Se trata entonces, de generar espacios de aprendizaje en los que el estudiante asuma al Derecho como un el medio académico para satisfacer las necesidades de organización que demanda el contexto social nacional e internacional.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

En razón de lo expuesto, la docencia que se imparte en la Escuela de Derecho procura incentivar el uso de la lectura y la investigación, como procesos inherentes al desarrollo del pensamiento, requerimiento del que depende que el estudiante despliegue sus habilidades y competencias personales y profesionales para operar con efectividad en su rol como defensor y administrador de justicia. Este cúmulo de propósitos encuentra sus motivaciones en el deseo imperativo de educar para el ejercicio pleno de la ciudadanía, es decir, para la defensa de sus propios derechos y la lucha por la construcción de una sociedad en la que el Derecho se asuma como la alternativa propicia para resolver las controversias que históricamente han aquejado al ser humano.

Es importante precisar, que esta formación ciudadana como objetivo ampliamente reconocido en las convenciones sobre la educación en el siglo XXI, concede especial relevancia a la integración del sujeto en experiencias significativas que lo lleven a relacionar posiciones científicas que a través de la integración multidisciplinar le provean el instrumental teórico-metodológico necesario para los enfrentar los complejos problemas jurídicos desde una actitud ejercicio profesional comprometida y activa. Para ello, privilegiar el manejo dicotómico lectura-investigación, posibilita la consolidación de actitudes autónomas y el sentido de co-responsabilidad en la tarea de modelar un sistema social idóneo, fundado en: la honestidad, responsabilidad, el uso del razonamiento y la disposición para conciliar en la resolución de conflictos.

Al respecto Gordillo (2000), comparte que estas pretensiones académicas no son más que una estratégica invitación tanto al docente como al estudiante de Derecho, para enriquecer su mirada sobre las situaciones jurídicas que estudian, valiéndose de la investigación como el proceso del que depende que "se argumente de diversas maneras un caso, en un intento por demostrar la validez de su tesis desde diversos ángulos, bajo los cuales el juez pueda a su vez querer considerarlos." Pág. 126.

Esta actitud académica, responde a la reformulación de la actividad docente experimentada durante las últimas décadas, la cual demuestra que la integración activa del estudiante en la tarea de comprender por sí mismos, de valorar argumentos, de construir un texto y de hacer uso del lenguaje oral y escrito, como medios para insertarse en el campo profesional con la suficiente

competitividad para ofrecer alternativas y posibles opciones que coadyuven con la resolución de conflictos de diversa índole.

Este proceder pedagógico indica que la Escuela de Derecho, constituye un escenario en el que el estudiante vivencia el acompañamiento oportuno, que le guía a construir una actitud consistente y ecuánime, con inminente apego al proceder ético y a la protección de los derechos de sus conciudadanos; de allí, que se involucre la divergencia de pensamiento y la libertad para objetar el conocimiento, lo dado en las normas, los pronunciamientos judiciales y el proceder de las instituciones que administran justicia, convirtiéndose en un sujeto crítico con el potencial académico y personal para sugerir cambios significativos que mejoren el desempeño del profesional de la abogacía.

Para ello, como lo expone Rogers (1996) enseñar para el desempeño competitivo entraña propósitos asociados con cómo aprender, cómo adaptarse y cambiar, pero además, cómo "liberar la curiosidad, permitir que las personas evolucionen según sus propios intereses, desatar el sentido de indagación, abrir todo a la pregunta y la exploración, reconocer que todo está en proceso de cambio." Pág. 6.

Una revisión de los postulados de Weston (2006) refleja que parte de los cometidos de la docencia en ciencias jurídicas, tiene que ver con un proceso responsable de formar ciudadanos comprometidos con la defensa de la institucionalidad, con el gobierno de las leyes y la búsqueda de mejoras en los sistemas jurídicos, que conduzcan a una vida digna para todos. En consecuencia, el autor indica lo siguiente "la universidad debe orientar al estudiante para que cuestione sus propias creencias, sometan a prueba y defiendan sus propios puntos de vista; se trata de instar a pensar por sí mismos, a formar sus propias opiniones de una manera responsable." (Weston, 2006, Pág. 14).

Esto ha supuesto un desafío institucional, cuyos resultados demuestran que la actuación tanto académica como profesional de los egresados de la Escuela de Derecho, representa una de las más prominentes en lo que a calidad se refiere; en parte, esto se debe a la creación de espacios formativos mediados por la discusión abierta, en los que el estudiante instado por la necesidad de participar de modo pertinente, adopta como praxis profesional el examen de las ideas expuestas magistralmente en las sesiones de clase, complementándolas con

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

materiales de consulta que le ayudan a ampliar su mirada sobre el mundo jurídico.

En función de lo propuesto, introducir al sujeto en los complejos entramados teóricos y conceptuales propios del campo jurídico, exige asumir la enseñanza como un proceso de transformación multidimensional, en el que se asuma al estudiante como un sujeto capaz de impulsar cambios producto de su praxis reflexiva, del ejercicio intelectual crítico e investigador, como operaciones que le permiten dialogar con sentido profundo con su propia realidad, sobre la cual actuar desde el compromiso activo; en concordancia con esta posición Torres (2004), expone que el docente de Derecho como practicante reflexivo e intelectual transformador, debe posibilitar las condiciones para que el estudiante "desarrolle una actitud permanente de aprendizaje, seleccione y se provea autónomamente de información requerida para su desempeño." Pág. 3.

Enseñar las ciencias jurídicas y las disciplinas complementarias, supone transformar el aula de clase en una comunidad para el aprendizaje y la investigación, en la que el estudiante se apropie de los procedimientos de investigación, sus aportes a la formación integral y el manejo de las operaciones de búsqueda de información especializada, que lo conduzcan al desarrollo de un espíritu riguroso y analítico, con la disposición para trascender la especulación y, en su lugar, construir argumentos sólidos que demuestren la veracidad de la posición que pretende defender.

Lo dicho deja ver a la enseñanza en Derecho como un proceso encargado de posibilitar el desarrollo competitivo y multidimensional de estudiante, en quien se procura el ejercicio profesional fundado en razonamientos sólidos y lógicos, cuyo asidero jurídico le posibilite la adhesión de los encargados de tomar decisiones proceso parte de la administración de justicia. Cumplir con este cometido, resulta una tarea compleja para el docente, pues se trata de enriquecer su proceso de enseñanza con vivencias derivadas de su ejercicio profesional, académico y de investigación, como aristas en función de las cuales ubicar en contexto la eficacia del Estado en su compromiso por resolver los problemas sociales que emergen de las diversas formas que adoptan las relaciones humanas.

De allí, que el compromiso con la formación de los futuros juristas se enmarque en fortalecer la convicción hacia el deber ser, es decir, hacia el ajuste del proceder profesional en torno a valores éticos, morales y jurídicos, que

reiteren el rol del abogado como agente capaz de impulsar cambios significativos que dignifiquen la vida humana, reestablezcan el orden y eduquen a la sociedad para convivir en condiciones pacíficas, adoptando la mediación y el diálogo como instrumentos para resolver los conflictos que emergen cotidianamente. Estas actitudes definen, entre otras cosas, la capacidad de respuesta de un profesional cuyas competencias críticas y reflexivas, le posibilitan sugerir alternativas para satisfacer los requerimientos jurídicos de un mundo caracterizado por la trasformación permanente, condición frente a la cual, el Derecho se erige como el modo idóneo para alcanzar los ideales de paz, reconciliación, justicia y bien común.

Lo dicho reitera que el compromiso de la formación jurídica en momentos cruciales como los que atraviesa la sociedad en general, supone la consolidación de actitudes ciudadanas, con la disposición para abordar las grandes controversias humanas y los conflictos históricos mediante el uso de las fuentes formales del Derecho, en las cuales precisar principios asociados con la administración objetiva de justicia, que no obedezcan a propósitos políticos e ideológicos, sino por el contrario, a los fines del Estado de Derecho como garante del reconocimiento de la dignidad humana.

Al respecto, Giraldo (2012) propone que este proceder metodológico inherente al ejercicio del Derecho, sugiere la "la búsqueda de la fuente confiable para la solución de problemas jurídicos, a los cuales abordar desde sus elementos coyunturales, sus relaciones causales y las fuentes formales en dónde tales situaciones se encuentran contemplados." Pág. 24.

Guiar al estudiante hacia estas operaciones académicas, demanda de una actividad docente estratégica capaz de motivar "el esfuerzo de cada individuo y del grupo por construir la realidad con la que interactúa; proceso que exige trascender de los problemas existentes en el plano teórico, para trascender al plano práctico, en el que se dan situaciones reales." (Zemelman, 2015, Pág. 346). Es en este proceso teórico-práctico en el que el estudiante logra reflexionar sobre la pertinencia del bagaje conceptual del que dispone, así como de su capacidad para explicar comprehensiva y descriptivamente su fenómeno de estudio.

Este proceder intelectual debe verse como un ejercicio significativo para el estudiante, que le permitirá entender el carácter mutable de la realidad, pero además, comprender que su complejidad no puede encerrarse en marcos teóricos

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

limitados, cuya escasa capacidad interpretativa exige ir más allá, hacia un operar interdisciplinario que permita enfrentar lo desconocido y lo inédito, mediante una actitud abierta e integradora de perspectivas científicas en función de las cuales reconocer posibles aportaciones que cooperen con la resolución de situaciones reales.

Esta articulación entre teoría y práctica, posibilita que el sujeto en formación se consolide como un agente competente, con la disposición para afiliarse al mundo científico trascendiendo de los grandes entramados conceptuales, en una actitud irreverente que le permita colocarse frente a los problemas jurídicos sin la limitación de adoptar lo ya pensado, sino por el contrario, vivenciando su propio proceso de indagación, del que seguramente se derivarán apreciaciones propias que agudizarán su sentido crítico sobre los fenómenos socio-jurídicos y los discursos disciplinares que pretenden erigirse como receptáculos de la verdad.

Por consiguiente, la educación en la Escuela de Derecho-ULA, ha involucrado como parte del quehacer docente, experiencias educativas con las pretensiones de conducir al estudiante al establecimiento de conexiones entre el lenguaje y el razonamiento, como procesos a partir de los cuales construir argumentos apropiados y generalizaciones relevantes que den cuenta de su capacidad para integrar posiciones teóricas diferentes, lo que en la praxis profesional supone "adoptar visiones diversas y hasta divergentes sobre las situaciones en controversia, que coadyuven a la sustanciación de soluciones que deriven en la conciliación o la mediación." (Atienza, 2005, Pág. 96).

De allí, que el compromiso docente en la educación actual, sea la promoción del pluralismo, como condición fundamental que abre el abanico de posibilidades para actuar con coherencia respecto al contexto del que se participa. Esto implica, formar para "el respecto por los criterios no compartidos y considerar que no se está en posesión de toda la verdad, razón por la cual se debe fomentar el diálogo y el respeto mutuo." (Sarramona, 2002, Pág. 83).

En resumen, el rol del docente en momentos de incertidumbre, complejidad y confusión como los que atraviesa el mundo entero, representa un intrincado desafío, que invita a reflexionar sobre el sentido de co-responsabilidad que se tiene con la construcción de una sociedad justa, plural y equitativa; como ideales capaces de impulsar que sus conciudadanos desarrollen la convicción de

actuar conforme a derecho, asumiendo que sus aportaciones a la vida en comunidad trascienden del conocimiento de los derechos y deberes establecidos en el ordenamiento jurídico vigente, para convertirse en sujeto activos con la disposición para orientar la resolución de problemas mediante la escogencia estratégica de los dispositivos jurídicos más apropiados y efectivos.

2_. La Vida Académica al Interior de la Escuela de Derecho. Un Reporte de las Prácticas que Aportan a la Formación Integral y Competitiva del Abogado.

La vida académica de la Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes, se encuentra confluida por una amplia gama de actividades extra-curriculares enfocadas en la aportación de conocimientos generales y específicos de interés nacional e internacional. Se refiere a eventos (foros, talleres, seminarios, entre otros), en los que se promueve la deliberación abierta de temas relativos a la democracia, a la libertad de expresión, a los derechos humanos, política nacional y relaciones internacionales, el funcionamiento del Estado y los poderes públicos, así como el sistema de administración de justicia nacional.

Este conjunto de tópicos constituye momentos de aprendizaje, que procuran desarrollar en el estudiante de Derecho, la afiliación al deber ser, a la defensa de los derechos que le asisten como ciudadanos y al compromiso que recae sobre quienes deciden participar responsablemente en la defensa de la vida en condiciones de respeto e igualdad.

Del mismo modo, estas actividades académicas constituyen espacios en el que estudiantes y profesores discuten sobre sentencias o pronunciamientos jurídicos emanados de los tribunales de la República o de un organismo internacional, cuyas repercusiones exigen y merecen ser discutidas en aras de promover su apego normativo; es en estos escenarios académicos, en los que el docente procura que sus que el estudiante aflore sus puntos de vista, como parte del ejercicio al que cotidianamente el futuro profesional del Derecho deberá integrarse como defensor de los valores democráticos y de su legalidad.

En este sentido, el debate público, el uso de simulacros y el desarrollo de reuniones académicas, constituyen momentos estratégicos para la formación de los estudiantes de la Escuela de Derecho; estas como iniciativas de quienes hacen vida intelectual, tienen como propósito mantener una disertación permanente y

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

actualizada, con la cual poner en evidencia la importancia de conocer las funciones y actuaciones de las instituciones que operan bajo el Estado de Derecho, en un intento por logra la convicción jurídica sobre la necesidad de mantener la subsistencia y mejoramiento del régimen democrático.

En función de lo expuesto, es preciso indicar que la vida académica de la Escuela de Derecho, también alberga una profunda convicción humanista, que coloca en el centro de la formación "la lucha por configurar valores compartidos socialmente, con el propósito de ampliar la concepción de justicia e impulsar esfuerzos en torno a cuestiones cotidianas que exigen respuestas que dignifiquen la vida humana y aporten a la disminución de las desigualdades sociales." (Carbonell, 2014, Pág. 308). Esto supone, reflexionar sobre lo que sucede en la realidad y, cómo el Derecho fundado en su potencial para organizar la vida social, es capaz de ofrecer alternativas a las problemáticas emergentes.

Este cúmulo de actividades también responde, entre otras razones, a la existencia de un clima democrático, en el que la libertad de pensamiento consigue un espacio preponderante, al desarrollarse en condiciones de respeto, demostrándose de esta manera que la expresión de posiciones ideológicas y científicas de diversa índole, dan cuenta del pluralismo y la libertad para construir desde posturas y visiones, fórmulas o soluciones socio-jurídicas.

Por ende, estos espacios enriquecedores en los que conocimiento de refiere, instan a la comunidad estudiantil a profundizar sobre las problemáticas jurídicas, situaciones sociales y procesos en los que se considera que el Derecho debe intervenir, en pro de cooperar en "resolver controversias generadas por los propios avances que se han ido dando en la sociedad." (Álvarez, 2002, Pág. 2002).

Por otra parte, la existencia de los semilleros de investigación, constituyen espacios en los que estudiantes con el interés de investigar en su disciplina, se integran a grupos especializados encargados de guiar en el proceso de profundizar en el mundo jurídico, en los entramados teóricos complejos y en la comprensión de los problemas generales y específicos que han impulsado el avance y la progresividad del conocimiento científico-jurídico. Es en estos contextos académicos, en los que se procura que el estudiante se apropie de los procedimientos metodológicos, la aprehensión de datos y la producción de nuevas interpretaciones sobre los hechos y actos de índole socio-jurídico,

económica y político, como dimensiones sobre las cuales operar académicamente para lograr el orden y la adopción de conductas deseadas.

Adicionalmente, la vida académica en la Escuela de Derecho constituye un escenario en el que se da una relación estrecha y significativa entre teoría-práctica, como dimensiones de la vida intelectual que se unen para mostrarle al estudiante cómo los elementos teóricos abstractos consiguen su aplicación a situaciones del contexto nacional e internacional; este proceder le permite a quien se forma, construir su propia perspectiva sobre el ejercicio jurídico, pero además, precisar posibles situaciones de estudio en las que pudiera ahondar mediante el uso de fuentes informativas fidedignas y de referentes conceptuales, como insumos de los que depende que el investigador opere de manera epistémica sobre el conocimiento acumulado.

Según indica Schauer (2013) este cúmulo de actividades extra-académicas implícita o explícitamente constituyen una invitación a la revisión crítica de lo que sucede en el mundo real, es decir, en la cotidianidad del operar jurídico y la actuación institucional; lo cual supone un diálogo abierto al contraste de opiniones que procuran, entre otras cosas, dilucidar posibles alternativas con apego normativo, en las que el estudiante logre "identificar, describir, analizar y, en ocasiones, evaluar los métodos característicos del razonamiento jurídico que pudieran conducir en su futuro profesional a operar si vicios." Pág. 20.

En síntesis, construir espacios para el desempeño académico integral y de alto nivel formativo, implica el involucramiento de actividades extra-cátedra que le permitan al estudiante y al docente no sólo la discusión abierta de los problemas socio-jurídicos y el acercamiento intelectual complementario a las diversas aristas desde las cuales valorar el alcance del Derecho, sino fomentar la responsabilidad social y moral, como dimensiones desde las cuales hacerle frente a la defensa de la institucionalidad, al ejercicio de la autonomía ciudadana y al desarrollo de las libertades, anteponiendo la práctica de valores asociados con el reconocimiento de la dignidad humana y el respeto por los derechos que la protegen.

3_. El Rol del Docente en la Enseñanza de la Ciencia Jurídica.

La enseñanza de la ciencia jurídica enfrenta en la actualidad un inminente desafío, asociado fundamentalmente con el desarrollo de la convicción

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

ciudadana y apego al compromiso de aportar a la consolidación del Estado de Derecho. Según indica Carreño (2014), lograr estos propósitos supone enfatizar en la "aplicación de los conocimientos científicos para orientar la resolución de los conflictos de su entorno, hasta lograr el ideal de un sociedad más segura, justa, equitativa, libre, pacífica y feliz." Pág. 294.

En palabras de Carbonell (2021) el docente que enseña la ciencia jurídica debe ser capaz de transmitir el sentido crítico y el desarrollo de un carácter consistente ética y moralmente, en un intento por fortalecer la convicción de luchar contra "un contexto sumido en la corrupción, en el que es difícil destrabar ciertos trámites y resolver procesos judiciales, que refieren a un aparato institucional viciado". Este planteamiento llevado a la realidad venezolana, supone una persistente lucha por la conformación de una cultura jurídica, que le devuelva a la sociedad en general, la confianza en la competencia y actuación de nuestras instituciones.

Lo expuesto indica, que pese a las contradicciones que se viven socialmente en lo que respecta a cumplimiento de la norma, el apostar por la consolidación de una ciudadanía consciente, supone enfrentar tales distorsiones con un discurso reformador, capaz de vincular el papel del profesional del derecho con la recuperación de la capacidad para influir en "las instituciones del sistema político, lo cual implica una formación jurídica que articule las demandas sociales y la integración comprometida por gestar cambios que resuelvan la crisis multidimensional." (González, 2006, Pág. 53).

Frente a este escenario, el rol del docente gira en torno a la necesidad de actualización, como condición de la que depende ofrecer una educación de calidad que propicie los medios instrumentales, metodológicos y pragmáticos, en función de los cuales posicionarse a la altura de los requerimientos sociales y profesionales. Este compromiso con la academia se erige como una tarea compleja, que demanda de quien enseña, el paso de una relación pasiva con sus estudiantes, a la conversión del aula de clase en un escenario activo, en el que el verdadero propósito es formar alumnos a través de experiencias enriquecedoras, en las que se privilegie el aprendizaje significativo, pero además, la valoración reflexiva y la actitud propositiva que conduzca a la adopción de hábitos asociados con apropiarse del conocimiento de manera autónoma, es decir, "aprender a aprender, ser capaces de tomar un caso o un problema y aportar la

mejor solución, tener imaginación, ser innovadores, tener habilidades comunicativas o habilidades básicas." (Carbonell, 2021).

Lo expuesto indica, que el rol del docente de la ciencia jurídica consiste en formar para la vida, para el desempeño labora eficiente y competitivo, así como generar cambios oportunos que propicien adelantos en los modos de administrar justicia. En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, la consideración a estos aspectos y exigencias propias de la praxis jurídica, ha logrado integrarse como parte del quehacer formativo, en parte, debido a la preponderancia de docentes que, por su labora investigativa y profesional, han logrado hacer una importante fusión entre teoría y práctica, que les ha posicionado como figuras con elevado reconocimiento social, no sólo por su experticia, sino por su conducta proba, su invaluable apego a la justicia y al resguardo de los más importantes valores que orientan la administración de justicia.

En correspondencia con lo anterior, Schauer (2013) indica que la educación jurídica es la perfecta integración entre el conocimiento de las normas y el uso práctico de su poder para mejorar la sociedad; esto implica "el despliegue de la capacidad para tomar decisiones jurídicas, compenetrarse con el mundo y sus problemas, así como operar de manera empática con el mejoramiento de la condición humana." Pág. 18. Ello precisa poner en relieve, que el docente se encuentra ante una oportunidad única de impactar las diversas dimensiones de la sociedad, pues su labor da cuenta de una profesión noble, altruista, con el potencial de impulsar la construcción de valores y el fortalecimiento de la vocación de servicio, como requerimientos para consolidar mayores oportunidades de convivencia.

Este proceder comprometido con la vida académica y universitaria, en tiempos como los que atravesamos, llenos de incertidumbre, de crisis institucional y de caos social, posicionan al docente como depositarios de un valioso saber, al que se le adjudica el poder para redireccionar y reconstruir la República, mediante la disposición de su experiencia como agentes de cambio, cuyo estrecho acercamiento con la realidad, le revisten de la autoridad para re-construir con eficacia el aparato institucional de nuestro país y, orientar en una dirección común procurar la recuperación del sendero propio del Estado de Derecho.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

Esta adherencia a la construcción de una sociedad cada vez más justa planeta para el docente de la ciencia jurídica, un compromiso no sólo ético sino intelectual, que oriente al estudiante hacia el proceder normativo, buscando "superar la antinomia entre la enseñanza brindada por la universidad y la aplicación cotidiana del Derecho." (Leiva, 2007, Pág. 110). Por consiguiente, la formación competitiva del jurista supone desarrollar actitudes intelectuales integradoras, que lleven al sujeto a adoptar enfoques, teorías, dispositivos jurídicos y las aportaciones de las disciplinas generadoras del Derecho, en las cuales precisar principios con el potencial de generar profundos cambios y transformaciones en las diversas dimensiones de su contexto, a decir: estructura social, procesos administrativos, organización institucional y política, sin dejar a un lado la cultural y económica.

En consecuencia, la relación entre teoría y práctica que vivencia el docente universitario en ejercicio del Derecho, además de generar una acuciosa valoración de lo social, también posibilita dilucidar la correspondencia real entre un mundo en recurrente cambio y las normas legales vigentes; este proceder constituye un activo de singular valor que reviste al docente de la Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes, para "ejercitar su autonomía personal e intelectual, y describir sus experiencias que impulsen al estudiante en la tarea de entender cómo operar, aplicar las normas y sus respectivas regulaciones en procura del bien común y de la justicia." (Cabrera y Diéguez, 2015, Pág. 773).

En función de lo anterior, es preciso acudir a lo expuesto por Universitas Fundación (2021) institución que posiciona al docente universitario como el responsable de dar cuenta de la realidad social, mediante la generación de aportaciones teóricas, científicas y prácticas que, como parte del pensamiento jurídico garanticen la prolongación de la cultura ética-legal "de manera crítica, reflexiva, profunda, flexible e integradora, sobre bases científicas que permitan perfeccionar las condiciones de vida en sociedad y, ampliar las posibilidades que reconozcan el respeto por los valores humanistas y de justicia social."

Desde esta perspectiva, el docente de Derecho pese a las dificultades que atraviesa no sólo desde el punto de vista epistemológico y axiológico, entre otras razones, por encontrarse frente a una realidad en contravía de los más elevados valores éticos, científicos y académicos, ha decido apostar por el resguardo de los principios profesionales como orientadores de su compromiso social con el

desarrollo humano integral, el cual depende significativamente de la consolidación operativa del sistema jurídico nacional.

En síntesis, el compromiso académico, ético e intelectual de los profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes, se ve reflejado en la formación de ciudadanos autónomos, responsables y dispuestos a defender que el funcionamiento social e institucional con apego a lo normativamente establecido; este proceder, refiere a su vez, a la convicción profesional guiada por el pensamiento jurídico, que procura involucrar al sujeto en formación en la tarea de hacer del derecho un medio para "explorar y expandir sus fronteras, lo cual se traduce en la capacidad científica de formular y resolver problemas jurídicos, valiéndose del sentido crítico para cuestionarlos, refutarlos y abocarse a construir medidas idóneas que garanticen el respeto de la dignidad humana." (Mantilla, Guevara y Frías, 2018, Pág. 21).

4_. La Formación Jurídica en la Escuela de Derecho-ULA.

La formación de nuevas generaciones ha representado un elevado compromiso para la Universidad de Los Andes, y en específico para la Escuela de Derecho, entre otras razones, por el elevado sentido de vocación de quienes, entendiendo la responsabilidad que recae sobre los futuros administradores de justicia, han asumido con actitud académica la tarea de educar no sólo para lograr que sus egresados se inserten competentemente en el ejercicio profesional independiente, sino el desafío de constituirse en ciudadanos con la convicción de defender la dignidad humana, la preservación del orden y el cumplimiento de los más importantes valores éticos, jurídicos y morales sobre los que se sustenta la convivencia en sociedad.

En tal sentido, Carreño (2014) plantea que la vida académica en cualquier carrera universitaria constituye "una apuesta importante para alcanzar la formación de un sujeto emancipado, autónomo y reflexivo como propósito de la mayor parte de las instituciones universitarias; ello indica que el abogado está llamado a solucionar los problemas y asuntos sociales." Pág. 291.

Entender estos cometidos, supone para quien enseña Derecho adoptar como parte de sus lecciones académicas, la formación ética necesaria para elevar la condición humana, a la cual sólo es posible acceder desde la inserción temprana en procesos reflexivos que insten a la construcción de una personalidad

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

crítica, flexible, consciente y coherente, capaz de imponerse sobre las circunstancias desde la convicción, como la cualidad que acredita al ser humano para practicar y responder al deber.

En este sentido, formar para la ciudadanía y para la actuación social pertinente, supone para el docente, la transformación del escenario educativo en un espacio en el cual cooperar para que el estudiante se consolide en sujeto activo, capaz de generar conocimientos nuevos desde los que le sea posible no sólo valorar la realidad con criterio, sino poner a prueba elementos teóricos a partir de las cuales interpretar el hecho jurídico y social, como objeto de estudio que demanda la disposición intelectual para entender el contexto, sus actores, las miradas existentes y las posibles consecuencias que pudiera desencadenar el proceder humano tanto en la dimensión individual como colectiva.

Al respecto López (2017) propone que, dadas las condiciones actuales, se hace perentorio "formar un abogado que garantice no sólo la asimilación de conocimientos, sino algo más importante, las necesidades sociales, es decir, lograr que las capacidades y habilidades de este profesional estén orientadas al servicio de la colectividad." Pág. 3. Esto implica "desarrollar la capacidad transformadora, que se sustente en una alta competencia en el desempeño científico, social y jurídico, como vértices en función de los cuales consolidar un elevado compromiso y responsabilidad social." (Diéguez y Cabrera, 2015, Pág. 770).

Lograr estos cometidos, sugiere en la actualidad, una acción docente crítica que fomente el ejercicio de operaciones importantes como: la perplejidad, la discusión y el debate abierto, actividades que por sus implicaciones académicas, personales y profesionales, posibilitan la inserción progresiva del estudiante en el manejo de la mediación, el consenso y la resolución de conflictos, cualidades estas que logran ser adoptadas a través de la interacción cotidiana con una realidad dinámica, en la cual vivenciar los procesos que recurrentemente emergen como resultado de los vínculos humanos.

Visto lo anterior, este apartado procura mostrar parte de los cometidos que la Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes ha establecido para formar profesionales competentes académica, social y profesionalmente, tomando como punto de referencia la enseñanza de la lectura y la escritura académicas-jurídicas. Para comenzar, y como lo reiteran gran parte de los especialistas, el ingreso a la

Universidad supone un giro cultural que demanda de quien se forma, el cumplimiento de ciertas actividades, que según Carbonell (2014) determinan la participación activa en las prácticas y convenciones propias de la disciplina en la que se pretende incursionar. A decir:

1. Integrarse y familiarizarse con los hábitos y rutinas de tu nueva vida universitaria.
2. Comprender adecuadamente el lenguaje que utilizan los profesores y que muy pronto se tendrá que dominar. Pág. 20.

En este sentido, aprender Derecho como cualquier otra ciencia implica para quien participa del Curso Introductorio, el desarrollo de un profundo compromiso académico consistente en profundizar en saber expuesto en las diversas unidades curriculares, pero además, adoptar con responsabilidad y disciplina la tarea de complementar lo dado en clase con otros materiales de consulta complementaria. Operar de esta manera, se entiende como un modo proactivo de aprender, que posibilita el desarrollo de actitudes autónomas y responsables, de las cuales depende la apropiación del conocimiento que fluye y se produce en las diversas fuentes informativas.

Pero además, es al inicio de la carrera de Derecho, en la que se estima necesario que el estudiante se integre activamente en lo que será su desempeño académico, se trata de enfrentar las grandes discusiones científicas, mediante la "valoración de posiciones diferentes, de posiciones ideológicas, actitudes, ideas políticas y razonamientos jurídicos en función de los cuales tomar decisiones objetivas." (Schauer, 2013, Pág. 19).

Como expone Sarramona (2002) los tiempos de globalización y complejidad por los que atraviesa la humanidad, han dado origen a nuevos modos de relacionarse, de interactuar y de aprender, que demandan estimar las diversas aristas que pudiera tener un problema social. Esto se asocia con la capacidad enfrentar la sobresaturación de información y conocimiento que se produce en todas las disciplinas, condición que se erige como un desafío académico e intelectual frente al cual, el estudiante de Derecho se ve obligado a "elaborar síntesis y practicar la estrategia de resolución de problemas por vía disciplinar." Pág. 78.

Es así que, participar activamente de los amplios y complejos entramados conceptuales e ideas que explican el hecho jurídico, obliga en un tiempo el que

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

emergen y se transforman recurrentemente las grades teorías, disponer el pensamiento para establecer relaciones entre posiciones científicas dispersas que al ser integradas le otorguen sentido a la realidad y "sobre la base de esas nuevas visiones posibilitar la construcción y manejo con solvencia sobre la demanda de respuestas razonadas y pertinentes sobre el mundo social y los conflictos que se derivan de los vínculos sociales." (López, 2010, Pág. 7).

Lo dicho indica, que la responsabilidad del estudioso del Derecho, trasciende al desempeño activo resultado de un ejercicio cognitivo continuo, consistente en enriquecer su abanico de conocimientos jurídicos, sociales y hasta políticos, pues se trata de ir construyendo e integrando una serie de elementos teórico-conceptuales, en función de los cuales no sólo comprender en profundidad los contenidos que continúan en las otras asignaturas, sino además, consolidarse como un ciudadano comprometido cuya objetividad le posibilite la búsqueda de ideas implícitas, actitud que por sus implicaciones le permiten co-construir aquello que requiere respuestas, que amerita ser esclarecido y, en consecuencia, comprendido en toda su amplitud.

Este proceder propio del que se forma en el campo jurídico, refiere al resultado de la interacción significativa con el complejo entramado de postulados y posiciones subyacentes en el conocimiento jurídico, al que el estudioso debe ingresar valiéndose de la disciplinada revisión de materiales bibliográficos a través de los cuales lograr, al menos dos cometidos fundamentales: ampliar su mirada del mundo y desarrollar su pensamiento para precisar ideas medulares, que al ser integradas cognitivamente potencien su capacidad de respuesta frente a una realidad que requiere ser transformada, re-conducida y ajustada en respuesta a valores importantes como: el bien común, la justicia, la equidad y el reconocimiento de la dignidad humana.

En función de lo expuesto, se puede decir, que el estudiante de ingreso reciente a la carrera de Derecho, se enfrenta al desafío intelectual de formarse para la vida jurídica, pero además, para el ejercicio consciente de la ciudadanía; lo dicho supone, operar desde las habilidades y competencias propias del pensamiento jurídico, cuyo objetivo procura buscar razonamientos sólidos y consistentes a partir de los cuales adoptar una postura coherente, sustanciada con argumentos y premisas apegadas a las máximas de la lógica. En atención a estos requerimientos, la lectura como proceso inherente a la formación jurídica

pertinente, debe ser valorada como el modo por antonomasia para fomentar el proceder responsable y democrático, consistente en dirigir la toma de decisiones hacia fines que garanticen la adecuada resolución de conflictos.

Desde esta perspectiva, el acercamiento al conocimiento jurídico implica para el estudioso del Derecho, una tarea compleja, que involucra desplegar el sentido crítico para profundizar en los temas propios de su campo disciplinar, sin dejar de lado, que su formación integral se ve transversalizada por la revisión de las aportaciones científicas provenientes de otras comunidades académicas que, directa o indirectamente se encuentran asociadas con los fenómenos jurídicos; y, que de alguna manera amplían y enriquecen la construcción de una posición autónoma y dotada de criterios firmes. Visto lo anterior, la lectura académica-jurídica se entiende como el modo idóneo para consolidar actitudes reflexivas, capaces de posibilitarle a quien aprende el desarrollo de razonamientos personales y profesionales que garanticen su desempeño idóneo.

Lo planteado hasta el momento indica que, la formación de juristas en la actualidad tiene, entre otros enfoques, guiar al sujeto hacia el desempeño exitoso de sus competencias, imperativo que por su relevancia, supone el ejercicio virtuoso y loable de administrar justicia, valiéndose del lenguaje tanto escrito como oral para expresar sus decisiones. En otras palabras, el ingreso y participación en una nueva cultura académica, sugiere la consolidación de habilidades asociadas con comunicación eficaz de los elementos sustantivos en torno a una situación; pero, además, la capacidad para organizar y jerarquizar en orden de importancia las ideas necesarias para convencer a determinada audiencia.

En consecuencia, el uso efectivo de la lectura y la escritura supone para el estudiante de Derecho, la posibilidad de apropiarse de un discurso cargado como cualquier campo académico, de términos especializados que requieren ser integrados cognitivamente, pues de ello depende significativamente la comprensión de posiciones en toda su complejidad, así como construir un discurso escrito y oral que le permita relacionarse con sus pares con suficiente fluidez. Por estas razones, la lectura en nuevos ingresantes, procura alfabetizar en el uso del lenguaje jurídico, garantizando de esta manera que el estudiante en los años subsiguientes "se ejercite en la comunicación de información de alta calidad." (Guerra, 2006, Pág. 70).

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

Familiarizar al estudiante con este proceder profesional, sugiere insertarlo en experiencias formativas que en las que se promueva el diálogo abierto con el saber, en la elaboración de preguntas en las que el énfasis sea la construcción de respuestas justificadas en pruebas y hechos, que insten al sujeto a desenvolverse con criterio, es decir, mediante el uso de un discurso sustanciado con alegatos científicos que demuestren su posición sobre la situación en disputa. Esto plantea, entre otras cosas, ubicar información a la cual clasificar por su pertinencia, relevancia y fiabilidad, condiciones indispensables para navegar en los grandes cúmulos de datos dispuestos en diversos formatos y repositorios académico-científicos.

En este sentido, la lectura que se desarrolla en el Curso Introductorio de Derecho, constituye un proceso abierto a la reflexión, en el que el estudiante es guiado al intercambio de puntos de vista y a la adopción de un rol activo, consistente en "aportar desde sus conocimientos previos a la co-construcción de conocimiento, a la sistematización de información, a la praxis del debate y al manejo de la comunicación asertiva, como estrategias necesarias para nutrir su formación." (Carbonell, 2014, Pág. 75). Esto implica el despliegue de competencias críticas para consultar fuentes que al ser contrastadas permiten extraer los datos que gozan de mayor credibilidad y, que con ayuda de la interpretación dimensionan la posibilidad de elaborar razonamientos estratégicos que maximicen las posibilidades de persuadir o convencer a su interlocutor.

Para ello, la praxis educativa ha enfocado sus esfuerzos en formar para el cambio social positivo, como el proceso consistente en involucrar a los estudiantes en la disertación las principales problemáticas tanto nacionales como internacionales que, por su vinculación con el ámbito jurídico, requieren la revisión rigurosa, profunda acucioso, como competencias crítico-reflexivas capaces de aportar a la exploración de alternativas y a la escogencia de "respuestas adecuadas a los problema del presente." (Carbonell, 2014, Pág. 145).

En este sentido, la lectura como proceso de transformación multidimensional, emerge como el modo a través del cual insertar al nuevo ingresante a la carrera de Derecho, en el uso de la interpretación de la realidad y del saber socio-histórico-jurídico, como punto de partida para entender el carácter dinámico y cambiante al que se debe adaptar para comprender el sentido

profundo de las situaciones socio-políticas que determinan el funcionamiento institucional.

Es así que, la Unidad Curricular de Lectura y Escritura, se asume como un programa mediante el cual educar para la democracia, para la vida en sociedad y la convivencia pacífica, como propósitos inherentes a la lectura académica, que procuran el entendimiento y reconocimiento de la divergencia de pensamiento, condición que determina la construcción del pluralismo social al que se le atribuye la consolidación de una visión en conjunto que incremente la capacidad de respuesta a los grandes problemas que definen el funcionamiento de los asuntos públicos. Esto supone, entre otras cosas, el acto formativo de crear un marco de referencia más o menos amplio, que le permita al estudiante tomar distancia sobre las situaciones inmediatas, y adoptar una posición reflexiva que conduzca a la duda, al cuestionamiento y a la construcción de nuevas ideas.

Según indica Savater (2008) la lectura como práctica social representa un modo estratégico para guiar al estudiante en la tarea de manejar "una cantidad de información enorme, a veces incierta, a veces falsa, a veces irrelevante, a veces importantísima, que a veces está fundada, a veces infundada." Pág. 11. Lo dicho refiere a la lectura como una experiencia asociada con la disposición intelectual, que busca promover actitudes críticas que conduzcan a la confrontación de lo engañoso, de lo que carece de sentido lógico y de consistencia conceptual creíble, como cualidades de las que depende el desarrollo de criterios que orienten la transformación del escenario social inmediato y su radio de acción profesional.

Este ideal como parte de los cometidos de la educación para la ciudadanía mundial, deja ver la vigencia, pertinencia y actualidad de la formación jurídica impartida en la Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes, como elementos que giran en torno a la aportación de conocimientos que guíen la acción humana hacia fines colectivos, es decir, hacia el uso del saber cómo instrumento para el fortalecimiento de los cimientos que sustentan el funcionamiento institucional, pero además, hacia la articulación de esfuerzos por operar en atención a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.

Esto significa que, la lectura y su praxis crítica acerca al estudiante de Derecho a la ampliación del espectro no sólo interpretativo sino comprensivo de su realidad, conduciéndolo a pensar en nuevas posiciones que cooperen con la renovación y el avance de la ciencia jurídica; a la cual sustanciar mediante la

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

adopción de una mirada integradora y racional, que permita escoger elementos teórico-metodológicos provenientes de diversas disciplinas, a los cuales apelar para generar acciones con amplias repercusiones sociales que deriven en el efectivo desenvolvimiento judicial.

De allí, que Gordillo (2000) proponga que es en el uso crítico de la lectura, que el estudiante de Derecho "logra penetrar la realidad y describirla; es decir, percibir adecuadamente la realidad para determinar sus condiciones y dinámica, sin que ello suponga, determinar en qué casillero del mundo teórico encuadrarla." Pág. 120. Lo dicho indica, que la interacción disciplinada y rigurosa con el conocimiento jurídico, le otorga al lector la precisión para identificar y caracterizar la realidad o situación a la que se enfrenta, operaciones mentales que se deben, entre otras razones, al manejo de referentes teórico-conceptuales y metodológicos que cooperan en la tarea de adoptar una u otra posición.

Lo expuesto es motivo, para reiterar que, la lectura jurídica dimensiona la capacidad del estudiante de ampliar su percepción de la realidad, facilitando de esta manera el desempeño óptimo y efectivo de los procesos decisorios necesarios para resolver una querella judicial. En consecuencia, puede estimarse a la lectura como una actividad cognitiva y social que favorece el darle sentido preciso al accionar humano, pues otorga la consistencia lógica necesaria para adoptar determinadas medidas resolutorias que garanticen el operar efectivo del sistema de justicia.

Por ende, la formación de juristas supone "contar con importantes conocimientos teóricos sobre el Derecho, pero además, con una visión crítica y dialéctica, enfocada al estudio de la totalidad de fenómenos presentes en el marco de la disciplina." (Agudelo, León y Prieto, 2015, Pág.18). Esta actitud refiere a un sujeto capaz de posicionarse frente a la realidad y a los fenómenos emergentes, asumiéndolos en toda su complejidad e integrando puntos de vista diversos, contrapuestos y divergentes, a partir de los cuales producir conocimientos nuevos que coadyuven con el avance de la comunidad científica a la que procura afiliarse.

Desde esta perspectiva, la lectura en ciencias jurídicas le permite a su estudioso, hacer un rastreo riguroso, sistemático y profundo de las diversas corrientes de pensamiento existentes en torno a los grandes problemas que históricamente han conducido la organización de la sociedad; pero además, que

han determinado la construcción de aportaciones tanto teóricas como prácticas, en función de las cuales proceder frente a la resolución de problemas asociados con la búsqueda de ideales sociales como: la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.

Lo dicho refiere permite afirmar que la interacción acuciosa con el conocimiento jurídico, determina de modo significativo el descubrimiento de elementos subyacentes que mediante el uso de la deducción, pudieran convertirse en alternativas construidas mediante la argumentación y el diálogo con las teorías y perspectivas científicas, como referentes válidos que dan lugar a la sustanciación de la defensa de una u otra posición en un caso determinado.

Asumir este compromiso plantea para el estudiante, la disposición académica e intelectual para adecuarse al carácter cambiante de las condiciones socio-jurídicas, las cuales exigen desplegar operaciones propias del pensamiento epistémico, cuyo propósito fundamental consiste en trascender lo evidente de las situaciones de estudio, para adentrarse en la búsqueda de planteamientos novedosos y posiciones ideológicas o disciplinares que conduzcan hacia la producción de interpretaciones, de alternativas de solución e intervención en una realidad permeada por el dinamismo y el cambio.

Entonces, puede afirmarse que la enseñanza de la lectura y escritura en nuevos ingresantes a la Universidad, implica generar una ruptura con la idea de educar para el consumo pasivo de conocimientos, es decir, para la repetición de lecciones y la memorización, y en cambio, se espera la consolidación de sujetos competentes, cuyo pensamiento autónomo le permita ir más allá de los contenidos temáticos dados; en su lugar, se espera el despliegue de su potencial cognitivo, para explicitar los principios elementales que diferencia una teoría o perspectiva y otra. Lo dicho por Gordillo (2000) confirma que el uso de la lectura para el estudiante de Derecho, constituye la posibilidad para "encontrar los puntos nodales o coyunturales, los ejes fundamentales de aquello que se está leyendo." Pág. 114.

En ocasiones este lector universitario debe trascender de lo que no está escrito o dado en el texto, a la identificación de los aspectos que el autor ha dejado entre líneas y, en los que se resguardan ideas importantes que contienen las verdaderas intenciones y propósitos. De allí que la lectura en Derecho implique, por ejemplo, en la revisión de una ley, no sólo el articulado que regula tal o cual

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

materia, sino las condiciones sociales, políticas, económicas y hasta culturales que, como parte del contexto en el que emerge la misma, permite profundizar sobre las razones que impulsaron su promulgación.

En función de estas exigencias, sobre el lector de las ciencias jurídicas reposa el compromiso de identificar en las normas tanto elementos conceptuales como resolutorios, sin dejar a un lado que, como parte de su responsabilidad se encuentra la revisión de los antecedentes legislativos; mientras que en el caso de la lectura de un contrato, el lector debe aprender cuestiones precisas asociadas con la búsqueda de cohesión o armonía entre los acuerdos, la conducta de las partes, su ejecución, así como los medios probatorios que el ordenamiento jurídico admite.

Lo expuesto significa que el lector como agente crítico, en su praxis profesional debe constituirse en garante del cumplimiento de las regulaciones establecidas por el Estado, logrando de esta manera que los procedimientos judiciales que conforman la administración de justicia se ajusten al espíritu de la norma y cumplan así, propósitos trascendentales asociados con el progreso de la vida en sociedad.

En otro orden de ideas, Gordillo (2000) sugiere que la lectura en Derecho no debe limitarse ni privilegiar el aprendizaje memorístico, y sí, por el contrario, el manejo interpretativo, analítico y profundamente reflexivo del conocimiento jurídico, con la finalidad de posibilitar que el sujeto focalice su atención en la identificación de "fuentes con las cuales solucionar un planteamiento concreto de derecho en un caso singular; asumiendo que su peso real no es el de su autor sino el de sus argumentos." Pág. 120.

Por tal motivo, ejercitar al lector en ciencias jurídicas en lo relacionado al manejo de los modos cómo se organiza el saber, posibilita, entre otras cosas, el ingreso y manejo de la información cuyo carácter variable demanda el despliegue de habilidades del pensamiento superior, que le ayuden a aprender comprensivamente, a evaluar contenidos saturados de voces diversas y de posturas ideológicas en ocasiones contrapuestas, así como la identificación de ideas fundamentales a partir de las cuales construir síntesis de los textos de consulta obligatoria.

Según indican Coloma y Agüero (2012) el abordaje de la información especializada a la que se enfrenta el estudiante de Derecho, involucra el "uso de

estrategias para identificar la información importante, contrastar los resultados de diversas investigaciones o las opiniones de diversos autores, seleccionando de este modo lo que deberá aprender." Pág. 47.

Estos requerimientos indican que, los estudiantes de nuevo ingreso a la Universidad requieren ser guiados en su proceso de afiliación a una nueva cultura, en este caso la académica-jurídica, con la finalidad de familiarizarlos con los modos cómo se produce conocimiento científico, pero además, como se comunica mediante el uso del lenguaje especializado, los hallazgos propios de su ciencia, así como los discursos que habitualmente se manejan dentro de las comunidades académicas y en la praxis profesional, y que determinan su participación como sujetos activos.

Este proceso de afiliación a la cultura académica-jurídica, supone ingresar a las fuentes que sustanciaran su formación a lo largo de su estadía en la Universidad, es decir, el manejo de las particularidades propias de cada género de uso obligatorio en Derecho, entre los que se precisan "códigos, manuales, sentencias, contratos, artículos de revistas especializadas, reglamentos y opiniones periodísticas, guías de aprendizaje para estudiantes de derecho y monografías." (Coloma y Agüero, 2012, Pág. 50).

Este desafío, pone a prueba la capacidad del estudiante para trascender lo ofrecido en los encuentros sostenidos con el docente, cuyas aportaciones por más completas y ampliadas que procuren ser, requieren de revisión de materiales complementarios, que provean de la sustanciación del andamiaje teórico-conceptual necesario para acceder a contenidos de mayor complejidad y, que por su relevancia, determinan el aprendizaje, comprensión e interpretación de las unidades curriculares subsiguientes.

Lo planteado deja ver a la lectura como la puerta de ingreso a la cultura jurídica, la cual por estar permeada de tecnicismos, supuestos subyacentes, ideas implícitas y explícitas, demandan el acompañamiento pedagógico para apropiarse de los discursos altamente especializados con los que deberá lidiar durante su permanencia en la Universidad. De allí, que la Unidad Curricular Lectoescritura y Metodología del Estudio, establezca como práctica asociada con el aprendizaje, la lectura académica guiada, en la que el profesor recorre el texto junto al estudiante, identificando elementos como:

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

1. Palabras técnicas y sus usos dentro de la praxis jurídica-profesional.
2. Identificación de la temática general que aborda el autor.
3. Posición académica y filiación ideológica a la que se adscribe.
4. Apartados fundamentales o básicos que conforman un texto académico, en un intento por indicarle al estudiante los aspectos que se deben exponer al inicio, desarrollo y cierre-consideraciones finales.
5. Ideas implícitas que demandan de la deducción de planteamientos que el autor deja al sentido crítico de su lector. Estas por lo general ameritan de la participación de los conocimientos previos del lector.
6. Discusión y estructura retórica que el autor utiliza para hilvanar su postura particular sobre el tema tratado.
7. Puntos de vista que se entretejen y que refieren al modo como el autor sustancia o fundamenta su texto.
8. Ideas explícitas, tales como conceptos, planteamientos pertenecientes a una disciplina en particular, ideas en las que se describe o caracteriza determinada situación u objeto, así como afirmaciones que aluden a teoría o perspectiva científica.

En consecuencia, la lectura académica en Derecho involucra actividades importantes que el estudiante deberá adoptar como hábitos, pues de su praxis depende el acercamiento significativo al conocimiento jurídico. Entre las más relevantes se pueden mencionar:

1. La valoración de fuentes informativas en función de criterios como: la credibilidad, rigurosidad, pertinencia, actualidad o vigencia, calidad y veracidad de sus argumentos;

2. El uso del parafraseo y la interpretación, como habilidades cognitivas que permiten darle un nuevo significado a las ideas sin perder su sentido real y, reconociendo la autoría como parte del proceder ético de quien se forma en la Universidad;

3. Establecer asociaciones entre posiciones teóricas generadas por diversas disciplinas en momentos diferentes;

4. Fomentar el pensamiento analógico con el propósito de establecer comparaciones, definir semejanzas y diferencias, y construir conclusiones propias.

Este cúmulo de recursos tiene su razón de ser, en la necesidad de adoptar el uso de la argumentación, como recurso al servicio de la construcción de premisas que al ser organizadas de manera coherente, le permitan al futuro profesional del Derecho "ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión." (Weston, 2006, Pág. 11). Lograr que el estudiante opere de este modo, exige la inserción progresiva en experiencias académicas en las que se promueva el uso de la información y la documentación, como procesos fundamentales para sustanciar los puntos de vista que se intentan defender.

Lo dicho debe interpretarse como una invitación a la indagación sistemática, permanente y rigurosa, a través de la cual el estudiante se familiarice con fuentes de consulta reales y fiables; de las que tome afirmaciones que por estar respaldadas por una autoridad dentro de su disciplina, le otorguen la suficiente consistencia a su defensa. Es así, que parte de los cometidos de la Unidad Curricular Lectoescritura y Metodología del Estudio, sean la adopción de prácticas éticas asociadas con el manejo de la información, y no exclusivamente al reconocimiento de la credibilidad de las fuentes de consulta, sino al respeto por las aportaciones científicas producidas por terceros.

Este uso apropiado de la información, refiere la revisión de materiales (revistas, textos académicos, entre otros) para sustanciar determinada posición a la cual apoyar por razones profesionales, pues de esta condición depende en modo significativo la consideración de un tercero (audiencia, juez, contraparte) como argumento válido en una defensa; esta práctica inherente no solo al campo jurídico, implica el otorgamiento de créditos a las fuentes y autores, con el propósito de evitar la lesión de derechos asociados con la propiedad intelectual de sus producciones.

Esta actitud ética constituye la integración de convenciones y prácticas propias de la cultura académica, como la referencia de autores, organismos e instituciones, que le permitan a los destinatarios (audiencia) disponer de los datos necesarios para ampliar, complementar o precisar detalles con fines de investigación. Se trata entonces, ofrecer los elementos bibliográficos en los que el lector pueda identificar la cualificación de las fuentes, los procedimientos utilizados por los autores y la calidad y méritos de los que gozan los recursos utilizados.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

De este modo, puede decirse que la calidad de las decisiones que se tomen en el ejercicio jurídico, depende en modo significativo del apoyo que el profesional le aporte a sus argumentos, es decir, del uso crítico de la información suministrada por la lectura de doctrina, jurisprudencias o sentencias, que por representar los insumos fundamentales para la construcción de un buen alegato, permiten enfrentar las afirmaciones y argumentos esgrimidos por su contraparte. Por ende, la interacción del estudiante con estas fuentes jurídicas, ha de entenderse como un ejercicio que le otorga mayor fuerza a su posición, por estar sustentado su juicio en evidencias.

Lo expuesto hasta ahora, es planteado por Lipman (1998) como el resultado de un diálogo acucioso con la información, capaz de producir resultados favorables para el estudiante de Derecho, en quien se procura desarrollar el juicio crítico que le impulse a la sensación de "que algo ha quedado fuera o está incompleto, condición que lo conducirá a ir más allá del conocimiento procesado; es decir, que lo parcial, lo fragmentario y lo problemático lo insta a completarlo o resolverlo." Pág. 5.

Por su Atienza (2005) indica que esta actitud científica además de aportar al avance del conocimiento, posibilita que el operador de justicia le otorgue fuerza a sus argumentos, respondiendo de este modo a "los fines más profundos del proceso jurídico, que son: administrar justicia, persuadir a la audiencia y darle validez a las decisiones." Pág. 95.

En consecuencia, la Unidad Curricular Lectoescritura y Metodología del Estudio, procura como parte de sus cometidos, que el estudiante sea capaz de construir razonamientos sólidos, en función de los cuales argumentar no sólo de manera correcta, sino efectiva; lo que en la praxis significa el manejo de fuentes confiables y verificables, pero además, la agudización del pensamiento para formular planteamientos que convenzan, adhieran y despierten la convicción de su contraparte, así como de los demás operadores de justicia.

Adicionalmente, se busca desarrollar las competencias reflexivas y críticas, para identificar afirmaciones carentes de sistematicidad, es decir, sin asidero jurídico ni científico, debilidades retóricas que le permitirán desmontarlas por carecer de consistencia lógica. Retomando las aportaciones de Atienza (2005) la formación del profesional del Derecho implica formar su pensamiento para que deje por sentado cuándo la posición de su contraparte se encuentra sustanciada

por falacias pertenecientes a las cinco categorías a mencionar "las que adolecen de razones, aquellas cuyas razones son irrelevantes, las razones defectuosas, de suposiciones no garantizadas y, de ambigüedades." (Atienza, 2005, Pág. 94).

Este modo de interactuar con el saber, según Schauer (2013) refiere a un diálogo activo, capaz de lograr que el estudiante de Derecho se "más inteligente, empático, analítico, riguroso, preciso, carente de prejuicios y sensible frente a los hechos y sus matices, entre otras razones, porque estos rasgos representan aspectos valiosos a la hora de administrar justicia." Pág. 21. Estas cualidades excepcionales definen al abogado como un agente con el potencial para actuar coherentemente sobre la realidad, apelando a su sensibilidad humana y sus competencias críticas, como requerimientos para resolver controversias que de otra manera no pudieran ser efectivamente abordadas.

En resumen, la lectura y la escritura académica-jurídicas, constituyen procesos epistémicos que agudizan el operar del pensamiento para dialogar, cuestionar, producir y comunicar el conocimiento científico; razones por las que sus aportaciones a la formación del abogado, aportan la interacción rigurosa, crítica, analítica con las opiniones, posiciones, significados y explicaciones generadas desde las diversas comunidades científicas y jurídicas.

Como resultado de este proceder activo, se espera que el estudiante de Derecho desarrolle actitudes comprometidas, mesuradas y conscientes que le pongan en alerta frente a distorsiones, falencias y parcialidades subyacentes en el conocimiento con el que se relaciona cotidianamente y, que le debe servir de insumo para tomar decisiones efectivas y sustanciadas en razonamientos consistentes lógica y racionalmente.

6_. La Investigación en Derecho.

El uso de la investigación en ciencias jurídica, más que un requerimiento académico que debe cumplir el estudiante durante los primeros años de su carrera, representa un proceso continuo asociado con el aprendizaje significativo y a lo largo de su praxis profesional. Esto supone para quien se forma en Derecho, la posibilidad para transitar el complejo pero fascinante mundo de la interacción profunda y rigurosa con los fenómenos propios de su disciplina, a los que deberá asumir con actitud responsable y comprometida, como operador de justicia.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

En este sentido, comprender la pertinencia de la investigación en Derecho, demanda involucrar al sujeto en formación, en prácticas fecundas asociadas con la producción de conocimiento; lo cual implica, adoptar una actitud científica capaz de comprender el carácter dinámico de las relaciones sociales y de las instituciones que procuran organizar la vida en comunidad. Esta tarea, por demás compleja, implica "una manera específica de problematizar, de construir sus observaciones; de imaginar y construir teorías y marcos de fundamentación conceptual." (Sánchez, 2014, Pág. 12).

En el campo de las ciencias jurídicas, la enseñanza de la investigación como eje que transversaliza el quehacer del profesional del Derecho, busca entre otras cosas, despertar el interés por preguntarse, inquirir y conocer lo que no se encuentra a simple vista; razón por la cual, es fundamental el ejercicio comprensivo del proceso de investigación, en el que el estudiante desde su actitud crítica logre identificar aquello que corresponde a su campo de estudio y, que por lo tanto, representa la posibilidad de interactuar profundamente, acercándose a las implicaciones sociales, políticas y jurídicas que el fenómeno de estudio genera dentro de las relaciones humanas.

En función de lo anterior, la investigación como parte de la cultura jurídica que debe adoptar quien se forma en Derecho, alude "al procedimiento reflexivo, sistemático, controlado y crítico, que tiene como finalidad descubrir, describir, explicar o interpretar los hechos, fenómenos, procesos, relaciones y constantes o generalizaciones que se dan en un determinado ámbito de la realidad." (Ander-Egg, 2011, Pág.18). Este proceder refiere a la aptitud científica como el resultado de competencias propias del pensamiento epistémico, que opera no sólo generando nuevos conocimientos sino formulaciones teóricas que aporten al avance de la ciencia jurídica y a su modernización.

Es a partir de este proceder intelectual, que la tarea de investigar toma sentido, pues se convierten las sesiones de clase en un espacio para la valoración de la realidad desde una actitud dotada de profundidad analítica que posibilita la emergencia de ideas, planteamientos novedosos e interpretaciones propias, que den cuenta de su potencial para problematizar, establecer relaciones y operar con suficiente criterio científico sobre un mundo permeado por la complejidad.

Dicho de otra manera, la investigación que se desarrolla en la Escuela de Derecho, busca que el estudiante se consolide como un sujeto autónomo y

responsable, capaz de generar explicaciones por sí mismo, de preguntar y preguntarse sobre la veracidad de los hallazgos y conclusiones propias y de terceros, así como la pertinencia de sus apreciaciones para resolver tanto problemas teóricos como prácticos de su disciplina.

Frente a este desafío se propone que la investigación en el nivel universitario debe, entre otras cosas, privilegiar la experiencia de indagar en la búsqueda de nuevos hallazgos y aportaciones, pero también, en la comprensión de las condiciones inherentes al rigor metodológico, como el conjunto de cualidades que instan al investigador a ajustar su proceder a determinados requerimientos asociados con la veracidad de sus producciones científicas. Al respecto, Ander-Egg (2011) expone algunas de estas cualidades, a decir:

1. ***Aptitud Científica***: El investigador en ciencias jurídicas debe poseer cierto bagaje teórico-metodológico sobre su objeto de estudio, permitiendo de esta manera soportar su proceder en fundamentos epistemológicos "suficientes para no dejarse llevar por meras especulaciones; y, sí, en la identificación de los elementos de interés teorético que amplíen la comprensión sobre los fenómenos socio-jurídicos." Pág. 18.
2. ***Actitud Científica***: Esta cualidad alude a la disposición plena de los sentidos para aprehender, focalizar, precisar y valorar lo que otros no han logrado identificar de su objeto de estudio. Esta actitud implica "detenerse frente a los fenómenos de estudio para desentrañar las relaciones subyacentes y desvelar complejos entramados que pudieran conducir a la resolución oportuna de situaciones de interés común." Pág. 18.
3. ***Búsqueda de la verdad***: Como esencia de la actividad investigativa y jurídica, esta cualidad debe insertarse dentro de la praxis docente como un requerimiento asociado con el compromiso social de integrar tantas posiciones existan en torno a un problema, es decir, la sustanciación objetiva de respuestas en las que se muestren las diversas aristas, implicaciones, responsables y posibles repercusiones; como exigencias fundamentales que le otorgan credibilidad a sus afirmaciones frente a una audiencia académica.
4. ***Curiosidad insaciable***: Consiste en promover la búsqueda permanente, incansable y consciente, que le indiquen al sujeto la necesidad de ir más allá, es decir, en el compromiso de ir sobre la realidad valiéndose de su

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

capacidad para profundizar sobre relaciones, hechos y procesos asociados con su fenómeno de estudio.

5. ***El espíritu del valle***: Esta actitud flexible refiere a "la apertura a otros saberes y otras opciones científicas, filosóficas, ideológicas, políticas y hasta religiosas que no compartimos." (Ander-Egg, 2011, Pág. 19).

Las razones expuestas indican que la investigación jurídica como proceso asociado con el aprendizaje, tiene como intensión que el estudiante confronte su bagaje teórico-conceptual con una realidad dinámica, que le exige la resignificación de sus ideas y el proceder interdisciplinario, como requerimientos en función de los cuales organizar un marco interpretativo más o menos completo, que permita operar de manera epistémica, es decir, elaborando aportaciones actualizadas que coadyuven con la realización de ajustes en el ordenamiento jurídico vigente.

Es preciso indicar, que la enseñanza de la investigación jurídica que se imparte en la Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes, no solo tiene como enfoque el ejercicio de operaciones mentales vinculadas con la revisión de situaciones nacionales, sino de problemáticas que por su repitencia en escenarios internacionales, constituyen una oportunidad para profundizar en el acontecer socio-jurídico, en una aproximación intelectual que exige: la revisión documental, la comprensión del contexto, el manejo de fuentes documentales creíbles y el estudio de las normas del país.

Lo dicho supone, entender que la investigación jurídica debe asumirse como un proceso asociado con la generación de evidencias suficientemente consistentes para modernizar los sistemas de justicia, pues de su praxis oportuna debe obtenerse como resultado información relevante, pero además, confiable y actualizada que le indiquen al estudiante como potencial servidor público, cuáles pudieran ser los cambios que deberían introducirse para garantizar la capacidad de las instituciones jurídicas para abordar las particularidades de cada fenómeno social en el que el Derecho como ciencia que regula la conducta humana, debe pronunciarse.

En función de lo anterior, se puede afirmar que la investigación jurídica como responsabilidad social y académica del estudiante de Derecho, debe su razón de ser, a su potencial epistémico para producir mecanismos alternativos frente a los problemas sociales, así como demostrar la vigencia teórica de los grandes

entramados conceptuales, a los que el investigador debe asumir con sentido crítico, definiendo de este modo su alcance y la posibilidad para interpretar los fenómenos socio-jurídicos, determinar la eficacia de la norma y su trascendencia para satisfacer necesidades individuales y colectivas.

Visto lo anterior, la investigación jurídica como actividad orientadora del proceso decisorio al que se enfrenta el abogado en el ejercicio profesional, no tiene como finalidad conducir a la resolución única de los problemas socio-jurídicos, por el contrario, permite deducir potenciales vías alternas, que motiven el consenso, el diálogo reflexivo y ecuánime como instrumentos necesarios para lograr procesos de conciliación efectivos en los que se imponga la justicia. Lo dicho implícitamente refiere al rol educador del abogado, del juez y del servidor público, quienes en su actuar racional, equitativo y consciente, le transmite a las partes implicadas en una controversia judicial, los procedimientos técnicos y el compromiso social del Derecho con la satisfacción de los problemas que aquejan al ciudadano y, que representa una expresa manifestación de los cometidos del Estado de Derecho.

Según indica Giraldo (2012) la praxis de la investigación jurídica le indica al futuro profesional del Derecho, que el uso del pensamiento científico constituye un modo objetivo de construir soluciones estratégicas, pues le exige al investigador apelar a la revisión de antecedentes, procesos resolutorios análogos y elementos doctrinales, en función de los cuales "definir patrones racionales de decisión, precisando las discusiones epistémicas y legales que garanticen la seguridad jurídica como requerimiento sobre el que se sustenta la vida institucional del país." Pág. 21.

Investigar es entonces, acercarse a la realidad social con el propósito de cuestionarla, buscar nuevos sentidos y significados, así como recoger evidencias, en función de las cuales sustanciar el plano teórico de las ciencias jurídicas, es decir, operar de modo epistémico construyendo nuevos conceptos, resignificando los existentes y deduciendo los alcances interpretativos de las corrientes doctrinales sobre las que se cimienta el Derecho.

Para ello, Zemelman (2015) propone que la tarea intelectual de investigar debe girar en torno a "la captación de los fenómenos que tenemos por delante, precisar las problemáticas en lo que tienen de específicas, aunque esas especificidades no calcen con ninguna teoría general." Pág. 345.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

Desde el enfoque de Rogers (1996) la verdadera experiencia de investigación, es aquella que conduce al estudiante en el proceso de comprender los requerimientos científicos, las operaciones metodológicas a implementar y el compromiso de dialogar con el problema o situación de estudio, hasta lograr identificar hallazgos por sí mismo, organizar resultados y ofrecer a una comunidad científica posiciones teóricas consistentes.

De allí que, como lo afirma el autor "es en este contexto en el que surgen los verdaderos estudiantes, gente que aprende realmente, científicos, profesionales creativos, que pueden vivir en un delicado pero cambiante equilibro entre lo que saben actualmente y los mudables y fluidos problemas del futuro." Pág. 6.

En tal sentido, debe asumirse a la investigación jurídica como un proceso en el que el estudiante toma conciencia de sus propias experiencias, de sus cualidades para insertarse en la ardua tarea de indagar sobre situaciones complejas, que le demandan, entre otras cosas, su disposición para vivenciar los cambios propios y de los fenómenos de los que se ocupa, a los cuales, a su vez debe ser capaz de comunicarlos, describirlos y explicarlos como parte de su responsabilidad académica y profesional.

Este proceder debe ser asumido por el tutor o facilitador como parte de los propósitos en los que deberá insistir, con la finalidad de orientarlo en la adopción de las prácticas inherentes a la cultura jurídica, es decir, a sostener sus afirmaciones en pruebas, argumentos y evidencias que demuestren la credibilidad de la postura adoptada en cualquier caso.

Al respecto Álvarez (2002) enuncia una serie de bondades que subyacen a la enseñanza de la investigación jurídica, entre las que se precisa su potencial para "obtener datos o información para analizarlos y tomar decisiones adecuadas, resolver problemas vinculados al Derecho, conocer nuevas teorías y sus desarrollos, profundizar en la realidad socio-jurídica conceptos e ideas, revisar y analizar documentos y textos existentes utilizando la artesanía intelectual." Pág. 36. A esto se agrega, la posibilidad de valorar las normas y su eficacia, así como a proponer reformulaciones en los dispositivos jurídicos existentes y proponer nuevos, que se ajusten a los requerimientos actuales.

Esta actitud frente a la compleja tarea de insertarse en el conocimiento, constituye una experiencia en la que el investigador "identifica casos reales, en los cuales precisar modos en que opera la justicia, la correspondencia con

situaciones precedentes, el uso de reglas, mecanismos y dispositivos jurídicos que pudieran abrir un abanico de posibilidad para operar en el futuro." (Schauer, 2013, Pág. 26).

Este compromiso como parte del quehacer del operador de justicia busca potenciar el pensamiento jurídico, instándolo revisar pronunciamientos previos y situaciones semejantes en las que el uso del derecho como mecanismo de resolución de conflictos se ha convertido en sólido fundamento para satisfacer las necesidades de la sociedad.

Al respecto, Clavijo (2014) indica que la investigación en ciencia jurídica procura insertar al sujeto en el compromiso de descubrir, organizar y sistematizar el conocimiento que gira en torno a los fenómenos socio-jurídicos, en un intento por "lograr un fin determinado por las necesidades del contexto, frente a las cuales es perentorio operar con eficiencia, eficacia, efectividad y pertinencia; valores de los que depende enfrentar circunstancias complejas dándoles solución." Pág. 187. Esto refiere al operar competente del futuro abogado, de quien se espera tanto el dominio teórico como pragmático necesario para asegurar su desempeño en torno a las disfunciones que permean los modos de organización jurídica y social.

Investigar en Derecho también se encuentra asociado con el manejo ético de la información, pues el quehacer de quien procura dar cuenta de la realidad, debe ser no sólo el ofrecimiento de aproximaciones que muestren objetivamente lo que sucede, lo que caracteriza su fenómeno de estudio y las relaciones con otras situaciones, sino generar construcciones teóricas fiables y objetivas, que supriman posibles sesgos que manipulen los resultados y conduzcan a interpretaciones erradas.

Para ello, Rogers (1996) deja ver que la responsabilidad de cualquier cátedra universitaria debe ser, la reiteración permanente del proceder ético, en el que se apuntale la necesidad de "ser sincero, auténtico, honesto y coherente, como virtudes que deben acompañar el compromiso de quien dice defensor de la verdad." Pág. 9.

En concordancia, Lara (1991) reitera que el proceder ético del investigador en ciencias jurídicas, debe estar determinado por la obtención de nuevas conclusiones, por construir aportaciones novedosas y por el descubrimiento de verdades, lo que supone "caracterizar el objeto de estudio en su carácter real o

ideal, sin mostrar afirmaciones tendenciosas ideológicamente, sino por el contrario, reflejar hallazgos objetivos sin sesgos que conduzcan a decisiones erradas." Pág. 29. Estas actitudes científicas refieren a su vez, al uso del pensamiento problemático, como el modo de pensamiento que trasciende lo evidente y sistematiza nuevas evidencias que den cuenta de los aspectos que no están claros en el objeto de estudio.

Dicho de otro modo, la investigación jurídica debe conducir a un diálogo ético con el conocimiento, en el que se no sólo se reconozca la postura ideológica de los autores, sino además, el uso sus aportaciones veraces que conduzcan a la generación explicaciones fidedignas de la realidad, demostrando así que la formulación de juicios confiables y posibles generalizaciones con el potencial epistémico para resolver problemas tanto conceptuales como prácticos.

En función de lo anterior, se mencionan algunas sugerencias que el investigador en ciencias jurídicas debe adoptar para desarrollar procesos de indagación, que le den lugar a resultados significativos, entre los que se precisan:

1. ***Identificar una situación objeto de estudio jurídico***: Proceso que constituye un ejercicio cognitivo en el que el investigador debe contrastar el estado real de su fenómeno con el ideal. Esta actitud intelectual le permitirá deducir si está frente a un problema digno de abordaje científico, así como sus potenciales impactos sociales que le vinculan con el campo normativo y, del cual demandan posibles acciones que impulsen su resolución.
2. ***Revisión y documentación de fuentes teóricas, jurídicas y doctrinales***, en las cuales precisar los avances, la progresividad y la existencia de estudios previos, en función de los cuales deducir su relevancia, impactos, transformaciones y posibles giros que pudiera dar el fenómeno de estudio.
3. ***Construcción del planteamiento del problema***: Sugiere la caracterización del fenómeno socio-jurídico, para lo cual se considera indispensable la ubicación en un contexto tanto amplio y específico, dejando ver de esta manera su presencia en otros escenarios de la vida social. Adicionalmente, se requiere del uso de habilidades cognitivo-lingüísticas como: la descripción, la explicación y la interpretación de la realidad a la luz de la teoría, a este operar epistémico se le denomina problematizar.

4. ***Elaboración de marcos referenciales o teóricos***: Además de una tarea compleja, consiste en un ejercicio crítico y reflexivo, que no procura traer a colación exclusivamente los avances recientes, sino establecer un diálogo entre antecedentes, fundamentos teóricos, bases jurídicas y posiciones disciplinares, dejando ver las diversas perspectivas que han procurado dar cuenta del fenómeno; a las que deberá integrar y relacionar, con el propósito de construir su propia base epistémica a partir de la cual operar sobre la realidad.
5. ***Construcción del camino metodológico***: Debe fundamentarse en mostrar con claridad el proceso de acercamiento a la situación-problema, sus técnicas e instrumentos, pero además, los procedimientos analíticos a utilizar; en otras palabras, se trata de estructurar un esquema de trabajo que refleje la planificación y organización de actividades a cumplir para lograr los objetivos propuestos.
6. ***Organización y sistematización de los hallazgos***: Cumplir con este aspecto, implica otorgarle orden lógico y coherente a los resultados; aunado a este proceder intelectual, el investigador debe ser capaz de contrastar, analizar e interpretar a la luz de sus construcciones teóricas, lo que se recogió de su interacción con la realidad, con la información.
7. ***Construcción de las conclusiones***: Estas no deben circunscribirse a sintetizar el proceso de investigación desarrollado, sino integrar aspectos importantes como: la comprensión novedosa del fenómeno, las aportaciones tanto teóricas como prácticas, instrumentales o de índole material, avances metodológicos y epistémicos, las potenciales repercusiones que pudieran servir como punto de partida de futuras investigaciones, así como la posibilidad para emprender acciones de intervención y prevención que garanticen la minimización de los impactos del problema.

En tal sentido, la investigación jurídica como práctica profesional constituye un modo de comprender el contexto general en el que se dan las situaciones o problemas jurídicos; lo cual supone ver las relaciones que se entretejen, pero que además, son las responsables de su permanencia e implicaciones dentro del ámbito socio-jurídico.

A lo anterior se agrega la postura de Schauer (2013) quien afirma que la investigación en ciencia jurídica no sólo da lugar a la construcción de

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

razonamientos consistentes, sino que dimensiona "la capacidad privilegiada de ver el otro lado de un argumento o, algo conectado con lo anterior, para ser empático con los demás y ponerse en su lugar." Pág. 20.

Por su parte López (2017) sugiere que frente al carácter activo del Derecho, a las demandas sociales emergentes y a su constante evolución, se le debe ofrecer al estudiante el instrumental teórico y metodológico para que "al terminar su carrera, continúe estudiando e investigando de manera autónoma, requerimientos que por sus implicaciones le ayudarán a participar en los asuntos de la vida diaria." Pág. 4.

En otras palabras, la investigación debe conducir a la renovación de las miradas en torno a las situaciones socio-jurídicas, coadyuvando de este modo con la formación sólida de criterios en función de los cuales sustanciar su concepción científica del mundo.

En síntesis, integrar el uso de la investigación jurídica como parte del proceso formativo, implica promover la inquietud intelectual, el sentido de indagación y el pensamiento problemático, como operaciones mentales de las que depende el acercamiento acucioso, sistemático, organizado, profundo y coherente en los fenómenos socio-jurídicos con los que se deberá enfrentar como futuro administrador de justicia.

Esto sugiere, motivar el interés por la construcción disciplinada de conocimiento, por la revisión de la pertinencia y adecuación del ordenamiento jurídico vigente a las necesidades sociales, así como el cumplimiento real, la eficacia y efectividad de las normas vigentes.

CONCLUSIONES

Participar de la cultura jurídica y de sus complejos entramados de conocimiento científico, implica para quien se forma en Derecho, desarrollar un profundo compromiso académico e intelectual con la apropiación de los fundamentos teóricos, epistémicos e instrumentales que conforman el quehacer social y profesional del abogado; esto supone, que sobre este agente de transformación recae la responsabilidad de orientar la conducta humana hacia la consolidación de una profunda convicción ciudadana, plural y democrática, como valores indispensables de los que depende el fortalecimiento de la vida en

sociedad, así como la adopción de los acuerdos necesarios para consolidar relaciones fundadas en el reconocimiento de los derechos que le asisten al otro.

Estos cometidos indican, que los procesos de enseñanza en ciencias jurídicas, constituyen en modo significativo, la posibilidad de insertar al futuro profesional en la resolución de disputas sociales y en el abordaje de casos concretos, desde una actitud científica consistente en operar con decisiones razonadas que no sólo diriman conflictos inmediatos sino que sirvan para darle orientación a posibles procesos jurídicos.

Esto implica, crear las condiciones educativas en las que el estudiante se involucre activamente, apropiándose de prácticas asociadas con la revisión crítica y reflexiva del conocimiento jurídico, de fuentes fidedignas y confiables que le coadyuven a construir aportaciones novedosas y efectivas; para ello, se considera indispensable un acucioso esfuerzo intelectual para apoyar con buenas razones sus pretensiones, siempre en defensa del Estado de Derecho.

Este sentido crítico supone, dotar de fuerza los argumentos, las ideas, las afirmaciones y las premisas, con el propósito de que su discurso teórico y práctico permita comunicar y reconstruir situaciones, que expuestas ante una audiencia justifiquen, convenzan, adherían y persuadan, como propósitos estratégicos de los que depende la consolidación de decisiones jurídicas que posibiliten la resolución de controversias así como de fundamento para la progresividad del Derecho. De allí, el compromiso de la Escuela de Derecho, en conducir al estudiante al uso de la indagación, como el proceso científico que procura insertarlo intelectualmente en la identificación de diversas soluciones o alternativas jurídicas, a partir de las cuales justificar una decisión.

En función de lo dicho, es posible afirmar que la vida académica en la Escuela de Derecho, ha procurado la formación competente de sus egresados, mediante la valoración de la realidad a la luz del contraste entre teoría y praxis, como proceso significativo que da lugar a la comprensión profunda de las transformaciones sociales y de los problemas jurídicos; instando al futuro profesional a adecuarse al carácter dinámico y cambiante de las relaciones humanas, y por consiguiente, al compromiso de adherirse a la tarea de modernizar el sistema judicial.

Al respecto, Taruffo (2021) plantea que el investigador en derecho debe ser capaz de desarrollar una actitud integradora, que considere las diversas

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jesús Alfredo Morales Carrero ● Pág.: 22 – 67

dimensiones que conforman el macro-sistema social, que no se debe restringir a "las normas de los códigos y su efectividad operativa, sino el manejo de referentes sociales, políticas, históricas y económicas."

En resumen, el ejercicio jurídico competente demanda el involucramiento de quien se forma en este campo, ciertas condiciones para garantizar su accionar efectivo sobre la realidad y sus problemas emergentes, entre las que se precisan: la preocupación por adquirir nuevos conocimiento y actualizar los que se manejan, desarrollar una actitud abierta, indagadora, flexible y comprensiva, disponer sus competencias críticas para identificar potenciales alternativas teóricas y metodológicas que garanticen el bien común, la seguridad jurídica y la justicia; además, se espera que este sujeto en formación adopte como hábito el trabajo disciplinado, la actuación autónoma y responsable, como proceder fundado en el pensamiento reflexivo del que a su vez depende, la identificación de hallazgos en función de los cuales sustanciar la defensa de una posición determinada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, G. (2002) "*Metodología de la Investigación Jurídica: Hacia una Nueva Perspectiva.*" Universidad de Chile. Santiago de Chile, Chile. Págs. 183.

Ander-Egg, E. (2011) "*Aprender a Investigar. Nociones Básicas para la Investigación Social.*" Editorial Brujas. Córdoba, Argentina. Págs. 189.

Atienza, M. (2005) "*Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica.*" Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, México. Págs. 247.

Bayuelo, P. (2015) La Educación y el Derecho en Torno a un Nuevo Paradigma Transformador En, "*Justicia, 27. Págs.*" Págs.167-184.

Carbonnel, M. (2021, 15 de Agosto) *La Enseñanza del Derecho*. [video]. Youtube. https://youtu.be/wsKun79pdH4

Carbonnel, M. (2014) *"Cartas a un Estudiante de Derecho."* Editorial Porrúa. Págs. 116.

Carreño, M. (2014) La Formación de los Estudiantes de Derecho, Bajo el Paradigma de la Investigación Socio-jurídica En, "*Revista Logos Ciencia y Tecnología, Vol. 5, Núm. 2, Enero-Junio, 2014.*" Págs. 289-297.

Clavijo, D. (2014) El Enfoque de Competencias en la Formación del Abogado Para el Siglo XXI En, "*Justicia, N°. 27.*" Págs. 185-212.

Coloma, R., y Agüero, C. (2012) Los Abogados y las Palabras. Una Propuesta para Fortalecer Competencias Iniciales en los Estudiantes de Derecho En, "*Revista de la Universidad Católica del Norte, Año 19, N° 1.*" Págs. 39-69.

Delors, J. (1996) "*La Educación Encierra un Tesoro.*" Ediciones UNESCO. Madrid, España. Págs. 304.

Diéguez, X y Cabrera, R. (2015) La Formación Educativa Socio–Jurídica para Estudiantes Universitarios En, "*Revista Avaliação- Campinas-Sorocaba, SP, Vol. 20, N° 3.*" Págs. 769-777.

Giraldo, J. (2012) "*Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*." Universidad del Ibagué. Ibaqué-Tolima, Colombia. Págs. 291.

González, M. (2006) Enseñanza del Derecho y Cultura Legal en Tiempos de Globalización En, "*Revista de la Facultad de Derecho*." N° 60. Pág. 51-96.

Gordillo, A. (2000) "*Introducción al Derecho.*" Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Págs. 295.

Guerra, J. (2006) La Lectura Crítica de Textos Jurídicos, En "*Revista Universitas, N° 4. España.*" Págs. 69-81. http://universitas.idhbc.es/n04/04-04.pdf

Lara, L. (1991) *"Procesos de Investigación Jurídica."* Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. México. Págs. 257.

Leiva, A. (2007) La Enseñanza del Derecho y la Formación de los Juristas en la Primera Mitad del Siglo XXI En, "*Revista Academia sobre la Enseñanza del Derecho, Año 5, N° 10.*" Págs. 101-115.

López, C. (2010) "*Manual del Estudiante de Derecho. Cómo Enfrentar con Éxito los Estudios de la Carrera de Derecho.*" Grupo Editorial Patagonia. Santiago de Chile, Chile. Págs. 190.

López, E. (2017) "*La Enseñanza del Derecho*." Sistema de Universidad Abierta. Universidad Nacional Autónoma de México, En "*Revista Jurídica Amicus, Págs.1-5.*"

Mantilla, R., Guevara, M., y Frías, C. (2018) "*Aprendizaje del Derecho y Formación Metodológica.*" Universidad Autónoma de Bucaramanga. Bucaramanga, Colombia. Págs. 47.

Rogers, C. (1996) "*Libertad y Creatividad en la Educación.*" Editorial Paidós. Barcelona, España. Págs. 256.

Sánchez, R. (2004) "*Enseñar a Investigar. Una Didáctica Nueva de la Investigación en Ciencias Sociales y Humanas.*" Plaza y Valdez Editores. Ciudad de México, México. Págs. 252.

Sarramona, J. (2002) "*Desafíos de la Escuela en el Siglo XXI.*" Editorial Octaedro. Barcelona, España. Págs. 109.

Savater, F. (2008) "*La Aventura de Pensar.*" Random House Mondadori, S. A. Barcelona, España. Págs. 340.

Schauer, F. (2013) "*Pensar como Abogado. Una Nueva Introducción al Razonamiento Jurídico.*" Editorial Marcial Pons. Barcelona. Págs. 259.

Taruffo, M. (2021, 15 de agosto) "*Sobre la Enseñanza del Derecho*." [video]. Youtube. https://youtu.be/S6musN7_A6M

Torres, R. (2004) Nuevo Rol Docente: ¿qué modelo de formación, para qué modelo educativo? En "*Revista Colombiana de Educación*, (47)." https://doi.org/10.17227/01203916.5512

Universitas Fundación (2021, 18 de Agosto). La Persistencia del Pensamiento Jurídico en Venezuela. [video]. YouTube. https://youtu.be/kCQ8lFApb24

Weston, A. (2006). "*Las Claves de la Argumentación.*" Editorial Ariel. Barcelona, España. Págs. 153.

Zemelmann, H. (2015) Pensamiento y Construcción de Conocimiento Histórico una Exigencia Para el Hacer Futuro En "*Revista El Agora USB, 15(2).*" Págs. 343-362. https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-462691

UNA APROXIMACIÓN AL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA VITAL

AN APPROXIMATION TO THE DUE PROCESS AS AN ESSENTIAL QUARANTEE

Jim Douglas Morantes Monzón[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.02

Fecha de Recepción: 25 de octubre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 01 de febrero de 2022

RESUMEN

La cultura occidental, ha sido forjada por ideólogos y visionarios con aportes y premisas en pro de la humanidad, su estigma trata de convencer a la sociedad para continuar por el camino de la paz, del entendimiento, de la vida buena, saludable y justa, protegida por el estado de derecho, que a pesar de la adversidad, corrupción e inequidad, batalla con principios normativos y garantías constitucionales en pro de la reivindicación social. El debido proceso, depura y neutraliza, combate el mal en cada paso del procedimiento institucional, ataca y desarticula el tráfico de influencias, el dominio del capital y el deterioro de los valores éticos y morales, por ende sin equivocación a confusión, el principal bastión de la humanidad, es la educación por ser la base fundamental de la familia, cuyo núcleo, es el epicentro de la sociedad lo cual permite tener instituciones autónomas, sólidas y flexibles que establecen, tipifican, regulan, defienden y garantizan la equidad mediante esa garantía vital, pilar que evoca la verdad para responder a la justicia como norte del derecho.

Palabras Clave: Garantía, Debido Proceso, Educación, Verdad y Justicia.

ABSTRACT

Western culture has been forged by ideologues and visionaries with contributions and premises in favor of humanity, its stigma tries to convince society to continue on the path of peace, understanding, a good, healthy and fair life, protected by the rule of law, which despite adversity, corruption and inequity, battles with normative principles and constitutional guarantees in favor of social demand. Due process, purifies and neutralizes, fights evil in every step of the institutional procedure, attacks and dismantles influence peddling, the domination of capital and the deterioration of ethical and moral values, therefore without mistake or confusion, the main bastion of humanity, is education because it is the fundamental basis of the family, whose nucleus is the epicenter of society which allows to have autonomous, solid and flexible institutions that establish, typify, regulate, defend and guarantee equity through this guarantee vital, a pillar that evokes the truth to respond to justice as the north of law.

Key Words: Guarantee, Due Process, Education, Truth and Justice.

[1] Abogado (ULA). Politólogo (ULA). Licenciado en Comunicación Social (UNICA). Especialista en Derecho Procesal Civil (Universidad Santa María) y Especialista en Derecho Mercantil (ULA). Magíster en Ciencias Políticas (ULA). Doctorando en Ciencias Jurídicas (LUZ). Representante de los Egresados en el Consejo Universitario de la Universidad de Los Andes. Av. 3 Independencia Edificio Central del Rectorado, Consejo Universitario de la ULA. Email jimmorantes@hotmail.com

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

INTRODUCCIÓN

El pensamiento helénico, marcó en diversos aspectos pautas que contribuyeron en la configuración y movilidad de la civilización occidental, de allí que para entender la estructura social, política y jurídica de las instituciones modernas, resulta primordial tomar en consideración el origen y el legado de muchas figuras fecundas, cuyo nacimiento está íntimamente ligado a la cosmovisión filosófica de los clásicos griegos, sus aportes ineludiblemente continúan vigentes por su naturaleza, razón de ser, conexión, utilidad, fuerza, motivación, prevalencia, inquietud y vinculación con el ser; se toma de partida existencial el deber ser y su proyección como meta de consumación y avance frugal.

Abordar los antecedentes del debido proceso, constituye un reto de carácter investigativo arduo, cuyo patrón de conducta, de forma constante, es regido por la lógica jurídica romana ortodoxa. No obstante, en la presente investigación, trato el tema bajo un enfoque diferente con la direccionalidad y discrecionalidad asimétrica pero recurrente por su veracidad sustancial y destreza motivacional; esa garantía constitucional, es y se convierte en el elemento que trasciende y permite avanzar con seguridad hacia la consolidación de la justicia por ser garante de la libertad real para la humanidad.

Aproximarse al complejo mundo del debido proceso, representa la comprensión de la autorregulación depurativa que labra la vía para continuar el desenvolvimiento de la rectitud sosiega que debe imperar en la sociedad por ende el enfoque trazado, se circunscribe a la esencia jurídica del deber ser como principio autonómico del saber y su complejidad, se desglosa en 4 capítulos, orientados y delimitados a la concreción aproximativa de esa garantía vital destinada a predominar con transparencia, movilidad, destreza y equidad en todo andamiaje institucional.

El capítulo I, señala al fundamento existencial como el sustento material, de allí que la filosofía socrática, representa el cimiento conceptual del debido proceso, regido por las bondades de la vida buena y justa con cualidades extraordinarias en pro del bienestar común y de la verdad por ser la bandera que representa el encuentro espiritual y consagra la premisa esencial de la cotidianidad.

La realización metafísica del ser, continuamente cuestiona, innova, encuentra y soluciona por ser la parte básica del proceso que avizora contraposición y entendimiento del progreso.

En ese orden de ideas, Platón, incursionó en el análisis crítico de la realidad con la profundidad investigativa que requiere dicho planteamiento, su fundamento, bien incorporado, personifica la garantía procesal por ser la forma adecuada de actuar, al tomar de germen el discernimiento y su repercusión en la colectividad.

El capítulo II, se centra en la educación por ser el pilar que edifica a la sociedad, su fuerza individual proyecta y cumple con satisfacción la interrelación familiar, encargada de aportar el aprendizaje y los insumos capitales del buen ciudadano, su influencia suministra de forma ineludible la fortaleza requerida para constituir instituciones robustas e independientes que garanticen el debido proceso, personificado en la libertad de expresión y actuación, el respeto, la ecuanimidad, el acatamiento normativo, la sensatez, el prestigio, la integridad, la tolerancia y la credibilidad en torno a la verdad por ser la plataforma que nutre a la humanidad y en la modernidad, garantiza la protección, guarda y custodia de los derechos fundamentales.

Especial mención, proyecta la carta dirigida a los sofistas con la decidida recomendación de tener la vida rodeada de solidos valores éticos y morales, buena educación con aprendizaje óptimo, prudencia para combatir el engaño y erradicar la mentira con la expulsión del mal.

Gracias a las virtudes honestas del sano actuar, el acierto humanista aún permanece vigente, en este sentido Platón, avizoró en la deformidad inusual, referida a los comerciantes y a los guardianes, representados por la codicia, avaricia, gula, ansiedad e incredibilidad, males que hoy permanecen vigentes en las trasnacionales y en los regímenes de facto.

La apreciación filosófica del conocimiento, es designada para marcar el inicio de la racionalidad institucional, postulado bien demarcado y fundamentado por la lógica Cartesiana, la cual toma de referencia a la intuición y unifica el mundo individual con el colectivo por pertenecer a las mismas circunstancias tempo históricas en contextos diferentes que se integran entre sí, en el todo llamado realidad, es decir, es compatible sin ser excluyente y de

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

acuerdo al contexto protagónico, es el sujeto activo, pasivo o neutro, avanza a la movilidad del derecho, gracias a la preexistencia constitutiva, apegada a la comprensión que arroja eficacia existencial.

El capítulo III, expresa la imposición de la lógica y el raciocinio en toda causa incoada, probada, refutada, acumulada o culminada, por tanto la lógica, protege la garantía constitucional en materia legal, sin distinguir sobre lo administrativo o jurisdiccional, el fuero protector que corresponde a la administración pública, sanea de igual manera y en condiciones favorables al derecho privado y público; en otras palabras, se reivindica la lucha en contra de las tinieblas del mal para darle solución y vitalidad al bien, la consecuencia inmediata, es la apertura del camino justo a la claridad de la virtud que admite concluir con la lógica en general, bien sea de la investigación, comparativa, del juicio y la proposición y del raciocinio y la argumentación (las últimas según el criterio de Pompeyo Ramis).

Resulta básico mencionar la perpetuidad de la humanidad, por ser la aseguradora de la institucionalidad, de acuerdo a su desenvolvimiento, se fortalece o debilita el campo de acción societario y su expansión, disminución o erradicación.

El capítulo IV, cierra la aproximación al debido proceso con la mera descripción de dicha garantía que irradia equilibrio, supervisión, imparcialidad y brinda bienestar, advierte de la intervención corrupta y sin escrúpulos de algunos funcionarios en el ejercicio de la función pública y en el desenlace del procedimiento respectivo.

DESARROLLO

1_. El Fundamento, es el Sustento.

1.1_. La Filosofía Socrática como Cimiento del Debido Proceso.

Sócrates, se refirió al modelo de vida ideal, aquella cuya existencia buena, pura y noble, es la que todos queremos disfrutar, cumplir y consolidar, esa que tiene en su recorrido el camino recto, indicado, previsto, proyectado, anunciado

y adecuado, sin las distracciones de la tentación, ni las consecuencias mutiladoras del mal, mediante la guía del deber ser en pro del ser.

Francesco Carnelutti, reafirma esa postura ancestral del bien existencial en su obra Cómo Nace el Derecho (1997), específicamente en el capítulo referido al derecho y a la moral, demarcando con claridad el inconveniente principal, llamado capital, éste interviene para alterar la paz y la cordialidad, si no hay comprensión, ni solidaridad, el derecho sucumbe a la nociva manipulación, y por ende a la destructiva corrupción:

> Si quisiéramos resumir en una breve fórmula las razones por las que los hombres no consiguen vivir en paz en el terreno de la economía, podríamos decir que la economía, es el reinado del yo, es decir, del egoísmo. El de la economía es el terreno en el cual se encuentran diversos egoísmos, de los hombres lo mismo que de los pueblos. Por eso, en sí y por sí, es el reinado del desorden. Para poner orden en el caos económico y hacer de ese modo que los hombres vivan en paz, es necesario sustituir el egoísmo por el altruismo, el yo por el tú. Si la economía es el reino del yo, el reinado del tú es la moral. Kant ha hablado a este propósito del respeto; pero la formula cristiana, incomparablemente más clara y vigorosa, propone el amor al prójimo como solución del problema. Es evidente que si quien tiene da espontáneamente a quien no tiene, amándolo como a sí mismo, y quien recibe se contenta con lo que se le da, porque también él responde con el amor, desaparecerá la guerra. Pág. 17.

El accionar socrático, tomó de punto de partida a los grandes discursos públicos que nutrían y retroalimentaban la dinámica participativa, sustentaba la postura en la contradicción y la convergencia; no hay que olvidar que fue el creador y máximo exponente de la mayéutica.

Gracias a ese estándar, es capaz de ver la vida con la perspectiva inusual que imprime la visión diferente, su metodología investigativa, se sostiene de las constantes interrogantes surgidas del diálogo libre, ese donde todos intervienen sin el guión preestablecido, propicio para dar cabida a los diversos escenarios intelectuales, múltiples preguntas pertinentes o desatinadas y principalmente la

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

gran compenetración con sus alumnos, le permitió concebir el mundo puro, idealista e ingenuo.

Desde el presente punto de vista, ese magno escenario, no era tan utópico, ni delicado, sino por el contrario concibió la plataforma del espacio social con repercusión institucional sólida, seria, sin prejuicios y emancipada, porque depende del autónomo razonamiento que causa el nacimiento de las ideas y de la verdad como punta de lanza para establecer las garantías neurálgicas en el correcto proceder, es decir, marcó la pauta para la ponderación y la probidad.

Elementos indispensables para que exista y funcione el debido proceso a modo de garantía necesaria en cualquier procedimiento, su permanencia, pertinencia y vigencia, se encuentra presente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), la cual establece lo siguiente:

> 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 les 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…

Enunciación de utilidad en cuanto a la delimitación taxativa de acuerdo a las circunstancias, razón por la cual, es oportuno retrotraernos al pensamiento socrático, en especial cuando fomentó la estrategia de la desorientación y concretó la ordenación sistemática, mediante el argumento e interpretación de la ironía, el cuestionamiento del actuar, la duda al pensar, el desequilibrio social y la refutación intelectual, son elementos propios del diálogo.

La estructuración y definición conceptual, requieren de la apariencia que finge el desconocimiento, aunado al cuestionamiento del argumento y a la contradicción de la otra (s) postura (s), simbiosis vital para que predomine la

verdad que es inversa a la ignorancia, así vemos como el preámbulo constitucional (2000), se encuentra impregnado de retórica, historia y simbología patria con entusiasmo valorativo, muy similar al helénico:

> El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana. Con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna…

Ítems que se inspiran en el deber ser y fomentan bienestar, equidad, lucidez, integración, coherencia, respeto, orden, cordura e integridad social, su enunciación en teoría garantiza la felicidad de la población, los referidos postulados, dependen del principio básico de la buena enseñanza y de la sana formación, por tal motivo Sócrates da transcendental importancia a la transmisión del conocimiento educativo por medio de la oralidad; a pesar de no dejar obra escrita, ni cartas, ni libros, sus ideas continúan vigentes, la mejor representación, es el legado transmitido a sus discípulos como Platón, fiel representante de esa educación instituida de forma sistemática y abundante.

1.2_. El Análisis Crítico, Representa la Garantía Procesal.

Para Platón la opinión (*doxa*), se refería al quehacer habitual, mas no era vinculante en el ritual jurídico, ni repercutía en lo institucional, pues ésta en principio no alteraba la esencia misma de la cosa, es decir, en la praxis, su acción imprimía patrones de repetición con ritmo de rechazo o aceptación popular, la simple creencia en ocasiones marcaba tendencia y se renovaba con o sin razón.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

Hannah Arendt en la obra "*Sobre la Violencia*" (2008) atribuye a la deformidad social, la injusticia residual que socava la libertad y carcome a la humanidad, al respecto indica:

> Además, si inquirimos históricamente las causas de probable transformación de los *engagés* en *enragés*, no es la injusticia la que figura a la cabeza de ella sino la hipocresía. Es demasiado bien conocido para estudiarlo aquí, el breve papel de ésa en las fases posteriores de la Revolución Francesa, cuando la guerra de Robespierre declaró a la hipocresía, transformó el "*despotismo de la libertad*" en el Reinado del Terror; pero es importante recordar que esta guerra había sido declarada mucho antes por los moralistas franceses que vieron en la hipocresía el vicio de todos los vicios y hallaron que era el supremo dominador de la "*buena sociedad*", poco después denominada "*sociedad burguesa*". Pág. 88.

Algo similar sucede en la actualidad, aunque con otra dimensión y connotación, de acuerdo al caso específico, la matriz de opinión, genera estupor y es capaz de modificar la decisión, alterar la esencia jurídica y de inmiscuirse en la sacra rigidez institucional, en otras palabras, si hay presión social y las circunstancias coyunturales son idóneas, se configura el caso donde la opinión, cobra fuerza y muta alrededor de la verosimilitud, elemento que juega con determinación la balanza de la ecuación.

Aquí interviene la flexibilidad legislativa y/o la manipulación institucional en proporción al grado de difusión, estrategia, planificación, influencia, violencia y presión que exista en la sociedad, al proceder su accionar, se socava la razón, se deja de lado la verdad y se afecta al derecho, mediante la aplicación de la ambivalencia por ser el medio que satisface las posturas de las partes.

Sacrificar la verdad para tomar de soporte la conveniencia operativa bajo la coyuntura especial, es algo que carcome la esencia y razón de ser del debido proceso, representante directo de la honradez y legitimidad, encargado de velar por la justa causa para todos por igual, sin distinción, ni rivalidad, a continuación, se trascribe el contenido constitucional del artículo 49 (2000), en sus ordinales:

> 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. 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.

Garantías que resguardan y aprueban que las partes tengan igualdad de condiciones y las mismas oportunidades al momento de ser presentadas, oídas y sometidas a la vía administrativa o jurisdiccional.

La sabiduría platónica, consiste en analizar críticamente la realidad y eso permite que en ocasiones se logre desvirtuar algún elemento fuera de lugar, lo que se traduce en el campo jurídico a la indagación procedimental, esta se complementa con el sustento de la orientación doctrinaria y legal, aunado a la comprobación científica de pruebas irrefutables, también es acompañado de la descripción y reconstrucción testimonial y/o documental (declaraciones, fotos, videos, simulación tecnológica, pruebas biológicas, psicológicas y de laboratorio).

Someterse a la fórmula que filtra la verdad, es la garantía de la invulnerabilidad, para ello se persigue acertar en la adecuación técnica y normativa, vinculada con la concatenación legislativa en pro de la aplicación institucional y a favor de la exploración jurisprudencial.

Al cambiar la percepción de lo que aparentemente contiene hacedero cierto bajo la figura de la verosimilitud, resulta indispensable contrastar el escenario a la comprobación de la verdad y este resultado conlleva a una nueva realidad, ajustada a derecho e impregnado de responsabilidad social, fundada en el pensamiento exhaustivo que ha sido asimilado y adaptado como forma e instrumento de vida, ya que su actuar, es nutrido por la dualidad del amor y la sabiduría que sustenta la situación con mayor concentración.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

El discernimiento encontrado con el argumento implementado, debe ser y tener de fundamento hechos ciertos e irrefutables (la verdad) en el principio y en el fin, para cerrar el ciclo con ponderación, probidad, equidad y justicia, a pesar del intento de algunas de las partes en desvirtuar esa realidad, ya que posiblemente la etapa intermedia (procedimiento o juicio), se ve empañada por la falsedad que pretende burlar la legalidad, de allí que el debido proceso, se rige por la fuerza de la veracidad y no por la falsedad de la supuesta credibilidad que en ocasiones no es tal.

2_. La Educación, Edifica Sociedad.

2.1_. La Educación, es la Base del Debido Proceso.

Resulta vital partir de la educación griega como dimensión de la filosofía, característica indispensable para la consumación del debido proceso dentro del estado de derecho y como garantía eficaz en la concreción de la justicia.

Platón, vincula el proceso educativo, al nacimiento y a la conexión íntima que estipula, articula y edifica los aspectos esenciales propios de la creación, modelación, rectificación, corrección y del fortalecimiento de la sociedad.

La formación, está íntimamente enlazada a la enseñanza y su efecto, se concreta en la aplicación social con repercusión colectiva e institucional, la regla que predomina en la sociedad, es la banalidad por ende, se debe prestar atención a los valores éticos y morales, intrínsecos al proceso educativo, así se desprende de su obra La República, específicamente en el libro cuarto (1983):

> Hallarás, por el contrario, pocos deseos simples y moderados, fundados en opiniones justas, y regidos por la razón; y aún eso, solamente en aquellos que unan a un hermoso natural una educación excelente-Verdad es. – Pero ¿no ves, al mismo tiempo, que en nuestro Estado los deseos y las pasiones de la multitud, que es la parte inferior, serán regulados y moderados por la prudencia y por las decisiones de la minoría, que es la de los sensatos? Pág. 165.

Sensatez que después de varios siglos de amargas luchas por reivindicaciones justas, aparece consagrada como garantía procesal en la figura

del debido proceso, visto a modo de conocimiento superior, debe ser alcanzada mediante la postura jurídica sistemática en concordancia con el racionamiento propio de la verdad para la sociedad organizada.

La viabilidad lícita en materia institucional depende de la pertinencia, autonomía, tranquilidad, argumentación, interpretación, ordenación y aceptación, estructurada con procedimientos propios para su autorregulación, análisis, corrección y avance dentro del sistema de justicia efectiva.

El aprendizaje sistemático, ha sido, es y será la necesidad vinculante de la presencia del deber ser, responsable de certificar la equidad, representante de la luz, protector de la armonía y custodio de la justicia social, si traspalamos esa premisa al campo jurídico, se puede afirmar que cumple en cierta medida la tarea asignada, es decir, el debido proceso, se constituye como garantía del derecho, esa responsabilidad institucional, en teoría se convierte en obligación de la sociedad para resguardar el bienestar actual y a las nuevas generaciones, hoy proyectadas en la tutela de los derechos humanos.

La afirmación de Aristóteles, presente en el capítulo II de su tratado La Política, referido "*De la Felicidad con Relación al Estado*" (1983), señala:

> Nos queda por averiguar si la felicidad, respecto del Estado, está constituida por elementos idénticos o diversos que la de los individuos. Evidentemente, todos convienen, en que estos elementos son idénticos: si se hace constituir la felicidad del individuo en la riqueza no se vacilará en declarar que el Estado es completamente dichoso tan pronto como es rico; si se estima que para el individuo es la mayor felicidad el ejercer el poder tiránico, el Estado será tanto más dichoso cuanto más vasta sea su dominación; si para el hombre la felicidad suprema consiste en la virtud, el Estado más virtuoso será igualmente el más afortunado. Pág. 112.

Esa felicidad, se extiende al estado de derecho y a la autonomía institucional que conlleva a que prevalezca de forma esencial el debido proceso como garantía sine qua non que vive presente en toda actuación y por ende en teoría debe funcionar con equilibrio, verdad, sabiduría, transparencia, entendimiento, celeridad y justicia.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

La mejor forma de encontrar la verdad, consiste en entender el sentido común y trascender más allá de lo habitual, el norte es transformar la cosmovisión instituida, a fin de hacerla cambiar desde y para la cotidianidad.

El conocimiento educativo, es la base para la formación, el acceso, la comparación, el alcance y la consolidación de la vida buena, justa, equilibrada, deseada, merecida y armónica, es decir, es la única forma de cumplir su fin (sin iniquidad), consiste en sustentarla en el amor y la rectitud del proceso pedagógico.

2.2_. Carta de Platón a los Sofistas, Vía a la Equidad Institucional.

Misiva de gran alcance, brillante connotación y adelanto epocal, direccionada a la educación por ser el bastión fundamental en la formación cívica, eje de la motivación individual y su ejercicio mancomunado, garantiza el progreso probo y justo, dualidad vital para que la sabiduría no falte a nivel familiar por ser el constructo que logra la eficacia institucional y el resguardo ciudadano.

En el campo del derecho, el debido proceso, es el puente que consiente quien pasa o no, por tanto, si andas en el camino correcto de la verdad, dedicación, honradez, autoestima, carácter, testimonio, dignidad, constancia, sacrifico y vigor, tienes mayor posibilidad de pasar.

En otras palabras, es el filtro que se aplica en beneficio de la transparencia actoral, en este sentido el artículo 49 de la Constitución venezolana (2000), establece lo siguiente en sus ordinales:

> 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su conyugue, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

Al retrotraernos a la antigüedad griega, el mensaje está destinado precisa y categóricamente a la élite política, acostumbrada de timar, engañar, mentir, juzgar e irrumpir en la buena fe de la plebe, valerse de la sensible oratoria y de la

astucia malformada, es algo que aparentemente no ha cambiado en nuestros tiempos, no obstante, si queremos una sociedad idónea que respete y se vea representada de manera autentica en el estado de derecho, debemos tener excelente educación y ardua comunicación para que el entendimiento ejerza con satisfacción el buen gobierno, dedicado a impartir justicia real.

La clave consiste en obviar el interés personal mezquino y sobreponer la justicia a tan importante actividad oficial, a continuación procede, el criterio de Martínez, en su artículo titulado Concepción Moderna de los Derechos Humanos revista (1995):

> Debe recordarse, que la Declaración de 1789, estuvo influenciada directamente por el pensamiento de Rousseau y Montesquieu, tomándose de Rousseau los principios que consideraban el rol de la sociedad órgano protector de la libertad natural del hombre, y la idea de que la ley, como expresión de la voluntad general adoptada por los representantes de la nación, no podría ser instrumento de opresión. De Montesquieu deriva su desconfianza fundamental respecto del poder y consecuencialmente, el principio de la separación de poderes. Se señala en esta declaración que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Pág. 136.

La interacción y comprensión de múltiples ideas, aplicadas a diversos contextos, garantiza la optimización formacional, convertida en la oratoria triunfal, por tanto, antes de emplear la dialéctica como método eficaz en la consumación de la justicia como fin último de la civilización, es forzoso e indispensable la defensa de la humanidad en toda su expresión, hoy resumida tal actividad en la protección y el amparo de los derechos fundamentales mediante la garantía del debido proceso.

Platón en su reflexión, mencionó a dos grandes sectores sociales que aún mantienen la hegemonía pragmática, se refirió a los comerciantes, responsables de evadir los tributos y a los guardianes, quienes cobraban comisiones para la guarda y custodia; los primeros fueron sustituidos por los capitales que se reabsorben constantemente, son representados por los monopolios y los

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

oligopolios y los segundos por las instituciones corrompidas que permiten cometer injusticia y opresión por la fijación de un precio determinado.

Su brújula desnuda la ineptitud gubernamental con la bandera de la verdad, es importante tener coherencia de pensamiento y acción lo que trae como consecuencia la trilogía integrada por la conexión filosófica, la integridad moral y la actitud personal, elementos indispensables en la actualidad.

2.3_. Apreciación Filosófica del Conocimiento, Inicio de la Racionalidad Institucional.

Antes de aproximarnos al acercamiento doctrinario con el enfoque ortodoxo tradicional, tomo en consideración a la intuición como fundamento filosófico y al debido proceso como eje cardinal para la consumación de la justicia.

Incumbe, articular la mayéutica a la cotidianidad frecuente, para ello es pertinente valerse de la orientación, esbozada por Manuel García Morente, en su obra Lecciones Preliminares de Filosofía (1971), por tanto, se debe observar a la intuición como el principal método de la sabiduría por ser la antesala al mundo filosófico moderno, es decir, la intuición, es la constante histórica que aparece y persiste a lo largo del tiempo.

Responsabilidad, asumida entre otros por René Descartes, cuya visión constitutiva y clara percepción sobre la realidad a la que estamos acostumbrados en el planeta tierra, marcó pauta, sin embargo, hasta ahora desconocemos, si es la única, verdadera o circunstancial por aquello del constante movimiento, la transformación energética y la metamorfosis.

A pesar de las circunstancias apócales, Descartes, se adelantó y logró consumar la descomposición de elementos con matices existentes para arrojar un desemboque diferente, contribuyó de sobremanera al avance sociológico de la neo ordenación en las condiciones que captan, perciben, integran, componen, modifican, alteran o representan el mundo externo, ese que a estas alturas del partido, aún no se ha conquistado.

Aportó y reestructuró en cierta forma a la filosofía, inició, comparó, cuestionó, acercó y asemejó las diversas opiniones inferidas por los filósofos y

aplicó la intuición a modo de mecanismo decantador; posición, que se constituyó como la nueva concepción intuitiva y convirtió, su enfoque en el método primario que une a la filosofía y desde mi punto de vista da origen a la racionalidad institucional que garantiza la equidad, pilar del debido proceso.

Elementos que por su naturaleza y razón de ser, se encuentran previstos en el texto normativo global y en Venezuela, de acuerdo a la situación, la Constitución (2000), establece en el artículo 49, varios supuestos bien tipificados en los distintos ordinales:

> 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado 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 magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado a actuar contra éstos o éstas.

Con estos enunciados, se cierra la delimitación taxativa que contempla la aplicación del debido proceso en materia constitucional venezolana, lo cual no significa que son los únicos supuestos o circunstancias vigentes que protegen tal figura en el ordenamiento patrio, no hay que olvidar que esta garantía, se encuentra protegida y reforzada por la legislación, doctrina y jurisprudencia.

Retrotraernos a la visión del ideólogo e impulsor de la intuición pre constitutiva y no derivativa, permite entender la forma de llegar al conocimiento y no a la discusión que se entabla *a posteriori*, a objeto del presente análisis, no es pertinente, lo que se discute después del pensamiento cartesiano, ya que lógicamente hay posturas y variables que pueden o deben ser permitidas, incluidas, aceptadas, impugnadas o descartadas.

La solemnidad y solidez de la institución, obedece, siempre y cuando la premisa con la que se pretende hacer valer la justicia, sea cierta y válida, ya que en innumerables ocasiones, es aproximativa, impregnada de algunos supuestos válidos, presunciones, mentiras y verdades, mientras que en otros, es errónea o utópica, sin embargo, todos los casos, deben y tienen que ser admitidos y vislumbrados de la misma manera.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

Aquí se adapta el planteamiento del Doctor Pedro Pineda León, en su obra Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil, Tomo I (1980):

> **Supuestos del ejercicio de la jurisdicción.** El maestro Alsina, quien nos ha servido de guía en esta explicación de cátedra, subordina la actuación del Estado a varios supuestos:
> a) litigio: si la conducta de los hombres se conforma a las leyes se está acatando su fuerza moral; pero si a la pretensión de una parte se opone la resistencia de otra, surge un estado llamado litis o controversia; y se conforma lo que puede llegar a transformarse en un proceso: conflicto de intereses, sujetos del conflicto y la afección a intereses privados. Si afecta intereses de la comunidad ese litigio no sería de orden privado sino público…En materia privada el litigio puede solucionarse sin necesidad de la intervención del Estado para el restablecimiento del orden jurídico: por sumisión de la parte, por transacción en la cual cada parte cede en algo en provecho de la tranquilidad; por arbitraje sustrayendo el negocio del conocimiento de los órganos jurisdiccionales para someterlo a jueces nombrados por las partes. Como los particulares no pueden por sí mismos restablecer el derecho haciéndose justicia por su propia mano, al no conseguir medios extrajudiciales de solucionar el conflicto, provocan la intervención del Estado por medio de la acción, como estímulo para la actividad de los órganos respectivos y es la forma extrema de solución, tomando el Estado a su cargo la protección del derecho a requerimiento de parte. Pág. 15.

La institución tiene la capacidad y el poder para iniciar la apertura del procedimiento administrativo o jurídico por vía de oficio, cuando exista la posibilidad de lesionar derechos subjetivos, particulares, difusos o generales, de igual forma, las partes tienen la potestad de relajar de cierta manera la normativa en el derecho privado, mediante diversas figuras distintas a las ya mencionadas, es viable la aplicación de lo establecido por la legislación civil vigente, se refiere a desistir, convenir, transigir, hacer finiquitos y disponer del derecho en litigio e incluso en situaciones patrimoniales o culposas de orden público, es factible la consumación de los acuerdos reparatorios (hurto, robo, estafa), contemplados en el régimen penal.

Al volver a la perspectiva cartesiana, lo importante, es comprender lo que sucede, a partir de la inferencia cognitiva proporcional a la intuición como método inmediato, acorde con la verdad y la realidad, sin dividir la situación entre el mundo palpable con el paralelo de las ideas como lo establecía Platón en los antecedentes.

A pesar de la ineludible confusión inicial, planteada por los precursores griegos, atribuida a la distorsión paralela, propia de esa percepción individual y aislada, desvalida por la asimilación temporal de la realidad palpable entre lo tangible e intangible, esa aparente dualidad que Descartes aclaró, al afirmar que el mundo, es uno solo, representado por el desorden y para su entendimiento, a pesar de ese caos, se debe recurrir a la cordura innata de la observación, al intelecto, a la apreciación y al análisis que proviene de la intuición, capaz de observar lo inteligible, sin dilación, esa es la cuestión y el asunto de la determinación para que proceda la consumación de la virtud en el escenario de la discusión que obedece de acuerdo a la materia delimitada institucionalmente.

Para comprender la dirección, resulta ineludible, inferir su máxima más representativa **"primero pienso y luego existo"**, el autor parte del hecho lógico de la preexistencia humana, como unidad vinculante, es decir, para saber qué hacer, dónde proceder y cómo actuar, debe planificarse, y también proyectarse, lo que se desea concretar, mediante la intencionalidad racional que otorga el pensamiento, la acción u omisión, y de acuerdo a esa duplicidad, proceder o no a la consumación del acto; esa sustancia mental, es capaz de convertir la ideología en acciones específicas.

Si se traslada, ese tipo de planteamiento existencial a la institución, lógicamente el debido proceso, es la parte que subyace como garantía para el correcto desenvolvimiento y la perpetración de la institución, por ser la ecuanimidad de la sociedad, el fundamento de la existencia y la razón de ser de esa persona jurídica.

Darle otra interpretación, entraría en el plano de la aparente contradicción cartesiana, si no existo, no pienso. Y obviamente, si existo; si él lo hubiera enfocado de esa manera, entonces su máxima no sería tal, sino una mera afirmación, ya conocida por todos: primero existo y luego pienso, consecuencia tan elemental que no necesita ser explicada, ni mucho menos probada, tampoco interpretada, ni concatenada, lo cual no es así para el creador de la referida

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

fórmula, ya que él parte del hecho cierto de la vida, pienso para posteriormente existir como forma de proceder y transcender, gracias a la razón y no a la experiencia circunstancial y subjetiva de los sentidos, propia del empirismo y no de la intuición, respirar o caminar, no es suficiente para avanzar; eso es lo que quiso decir Descartes, no tenía mayor alcance, dar por entendido lo que en efecto era obvio, verdad y no necesitaba ser explicado, ni mucho menos corroborado, el hecho de vivir no debía someterse a estudios, reunía las características indicadas "*objeto, claro, intuitivo y evidente*", sinónimo de la verdad, lo significativo consistía, en establecer hipótesis sobre el alcance de esa vida y no sobre la vida misma, porque el propósito principal, es lograr la intuición en el actuar.

El análisis minucioso, es el punto de partida y para definir o estudiar el objeto, no implica aislarlo, ni retirarlo de lado para verlo desde afuera, lo que se necesita es entenderlo, requiere acercarse y adentrarse lo más que se pueda al objeto de estudio, para que surja la claridad como esencia del proceso intuitivo inmanente, convertido de esta manera en un sistema de la filosofía con mayor recurrencia y excelencia metodológica que al ser aplicado en la administración de justicia, es eficiente por su robusto cimiento y clara demarcación que ilumina la razón para que la sabiduría marque pauta en la civilización.

Dos siglos después, a principios del siglo XIX, surge una nueva reinterpretación de la intuición, por parte de la filosofía romántica alemana, ahora desde el punto de vista intelectual, la simplicidad real e inmediata, que se asemeja a la celeridad procesal, compatible con el estado de derecho y la justicia social contemplada de manera taxativa en nuestra constitución nacional venezolana, es decir, se transmuta al tránsito de las ideas, tratado inicialmente por Aristóteles con la lógica.

A modo ilustrativo y en sintonía con la inspiración positiva en beneficio de la colectividad, se reproduce de manera íntegra la parte final del preámbulo constitucional (2000):

> Promueve la cooperación, pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el

> desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático.

Ahora bien, esta tendencia, pretende redescubrir la intuición como método filosófico vinculante y le otorga la razón a la dualidad funcional, en primer lugar al descubrir con el corazón "*la esencia misma de las cosas*" que es la pureza del alma, siempre y cuando el humano no este desorientado, malformado o trastocado, ya que la apreciación de la sensibilidad, trasciende, revela la realidad inmanente y en segunda instancia, se suscita la razón por la construcción de la intuición intelectual, primordial al momento de discernir y decidir qué hacer para actuar de acuerdo a la vocación espiritual de la humanidad, alejada de la mentira, los celos y la envidia para dar paso a la virtud, al sentido común y a la pertenencia, a la solidaridad y al progreso social.

Tendencia que toma en cuenta la postura del filósofo alemán Kant, en la dualidad mundana, así lo afirma Morente (1971):

> Esa distinción que hace Kant entre el mundo de la realidad independiente de mí y el mundo de la realidad tal como aparece en mí, lo lleva a considerar que cada una de las cosas de nuestro mundo sensible y todas ellas en conjunto, no son sino la explicación en el espacio y en el tiempo de algo incógnito, profundo y misterioso, que está por debajo del espacio y del tiempo. Pág. 23.

Al imponerse la intuición del intelecto, se abre cabida a la intuición del espíritu, mecanismo cardinal de pureza, ilustración, elevación y unión extrasensorial que nos conecta con el infinito universal de lo simple y absoluto, nos lleva a conocer la verdad, cuando esa etapa suceda, sólo bastará la intuición para conocer la realidad con solo mirar y el funcionario estará en la capacidad de impartir justicia con prioridad y probidad en el restablecimiento de la situación jurídica infringida y en la reparación del daño causado, así como también en el castigo del delito perpetrado.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

La intuición, es un método de la filosofía que no es único, ni excluyente, aunque puede llegar a ser vinculante, destacado, sobresaliente, particular, referencial y preciso, su composición depende de varios niveles cognitivos y progresivos que permiten agotar instancias básicas del saber para comprender la realidad con la sensibilidad del inconsciente, procesan la razón con la corroboración hasta llegar a la eficacia del universo y su origen, con el desenvolvimiento espiritual del ser en el aparecer.

3_. La lógica, se Impone.

3.1_. La Lógica, Protege al Debido Proceso.

La trilogía básica de la institución, consta de una contracara entre el bien y el mal, el deber ser y el ser, la verdad y la mentira por ser los componentes que mueven el rango de acción societario, sin importar la estratificación social, económica, cultural, religiosa, académica, militar y política.

Con el nacimiento del siglo XXI, se está gestando el post modernismo, caracterizado de las nuevas tecnologías, virtualidad, globalidad, capitalismo, clonación, inteligencia artificial, deformación biológica, apertura biónica, activación robótica, intervención de géneros que no son tales, exploración espacial y el progresivo agotamiento material de los recursos energéticos que conllevarán a la sustitución del petróleo por el hidrógeno líquido, paneles solares o tal vez energía eólica.

Lo cierto del caso es que el baile será determinado por el predominio y control del absolutismo capitalista desmedido hasta colapsar con el paradigma del siglo pasado (XX) para instaurar el nuevo orden mundial, en la ecuación, juega vital papel la sociología por ser la ciencia encargada de observar, plasmar, analizar, concatenar y fijar directrices viables que eviten consecuencias no deseadas en el escenario planteado.

Fernando Báez, en los fragmentos de Aristóteles (2002), avizora la siguiente aclaratoria:

> Pues él (Aristóteles) dice en *Sobre los Opuestos* que la justicia es lo contrario de la injusticia; no dice que el justo sea contrario al injusto sino que está en una situación contraria. Si estas cosas

> son contrarias, dice, lo contrario se usará de dos maneras: unas cosas serán llamadas contrarias o por sí mismas, como la virtud y el vicio, la acción y la pereza, o por participar de los contrarios, tal como el que se mueve y descansa y el bien y el mal. Pág. 205.

El debido proceso, garantiza que el procedimiento, se desenvuelva con soltura y libertad dentro de la legalidad, para que toda actuación cuente con el respaldo institucional y el fuero protector del Estado. Pompeyo Ramis en el libro Lógica y Crítica del Discurso (1992), señala:

> Los elementos de la argumentación son tres: antecedente, consecuente y consecuencia. A) Antecedente es la proposición o proposiciones de las que se sigue una conclusión... B) Consecuente es la proposición que se sigue del antecedente... C) Consecuencia es el nexo lógico, necesario, que se establece entre el antecedente y el consecuente. Conviene no confundir el consecuente con la consecuencia. El consecuente es una proposición que se infiere del antecedente, mientras que la consecuencia debe entenderse como fenómeno intrínseco y habitual de la argumentación, que podemos expresar mediante las partículas: luego, por tanto, por consiguiente… Pág. 146.

Para el mejor entendimiento, el sistema jurídico venezolano está conformado por un conjunto de instituciones, actores y normas sistematizadas que procuran mantener el equilibrio en la convivencia y desenvolvimiento sociológico, mediante la armonización conductual y en caso de alterarse la ponderación de esa proporcionalidad, se persigue dar cumplimiento a la pretensión del accionante o accionado (el que tenga la razón), hasta restablecer en la medida de lo posible la situación jurídica infringida y de no ser viable esa concreción, motivado a la neutralidad que deviene de la acción u omisión, bien sea del sujeto activo o pasivo, se traslada la tutoría a los órganos de administración de justicia, responsables de velar por la aplicabilidad preventiva, restituida o sancionatoria de las causas que por su naturaleza trascendieron las barreras del derecho privado para constituirse en jurisdicción de orden público.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

3.2_. La Perpetuidad de la Humanidad, Garantiza la Institucionalidad.

La esencia inspiradora de la estructura cívica que incentiva el correcto desenvolvimiento del hombre en la sociedad, se circunscribe a la protección de la naturaleza, su prioridad es el *homo sapiens sapiens*, toma en consideración los animales como parte del proceso de transformación y al ecosistema por ser el equilibrio de la ecuación general, de igual manera cohabita con neo tendencias y múltiples visiones, permite el desarrollo de la Inteligencia Artificial y la expansión de las Nuevas Tecnologías con el equilibrio indicado para evitar la desfragmentación y la sustitución del hombre bueno por el hombre malo, ese que devora todo lo que está a su paso, sin tomar en consideración las consecuencias por su inadecuado e inoportuno proceder, L. J. Lebret y Th. Suavet en el combate del mundo (1964), aciertan lo que significa:

> Vivir para el futuro. El responsable de una acción vive, generalmente, de cara al futuro. Si está atento a las enseñanzas del pasado, a la coyuntura del presente, anticipa la realidad futura. Todo gran realizador tiene delante de él un inmenso cuadro, de contornos mal definidos, en el cual convergen las fuerzas conciliables y las fuerzas antagónicas y en donde se colocan, a su debido tiempo, cada uno de los acontecimientos. El presente, el pasado y el futuro están aquí, reunidos en la unidad de una misma trama viviente, en continuidad. El mismo pasado, está vivo, a medida que, por el estudio, la observación y la experiencia, se descubre mejor las realidades. Todo acontecimiento es el resultado de todas las causas que lo han producido. Y la misma libertad de los hombres que da a la realidad una orientación y una profundidad nuevas, se inscribe en estas causas. Es necesario haberlo previsto todo, hasta los márgenes de lo imprevisible. Pág. 63.

Al respecto Aristóteles en la obra La Política (1983), está claro que la misión del humano, consiste en mantener el equilibrio y la perpetuidad de la especie de modo auto regulatorio con los límites, deberes y derechos correspondientes, a objeto de que su procedencia, no solo sea pertinente sino eficaz, así hace la comparación:

> El ciudadano, como el marinero, es miembro de una asociación. A bordo, aunque cada cual tenga un empleo diferente, siendo uno remero, otro piloto, éste segundo, aquel el encargado de tal o cual función, es claro que, a pesar de las funciones o deberes que constituyen, propiamente hablando, una virtud especial para cada uno de ellos, todos, sin embargo, concurren a un fin común, es decir, a la salvación ir la tripulación, que todos tratan de asegurar, ya que todos aspiran igualmente. Los miembros de la ciudad se parecen exactamente a los marineros; no obstante la diferencia de sus destinos, la prosperidad de la asociación es su obra común, y la asociación en este caso es el Estado. La virtud del ciudadano, por tanto, se refiere exclusivamente al Estado. Pero como el Estado reviste muchas formas, es claro que la virtud del ciudadano, en su perfección no puede ser una; la virtud, que constituye al hombre de bien, por el contrario, es una y absoluta. De aquí, como conclusión evidente, que la virtud del ciudadano puede ser distinta de la del hombre privado. Pág. 80.

Todos son parte de uno solo y del comportamiento humano depende el futuro de la colectividad. Por tanto, corresponde fomentar la educación como forma de protección que permite el desenvolvimiento institucional dentro de los parámetros del deber ser, y por supuesto, su rango de acción, impulsa la escena para que el debido proceso, sea la garantía vital en pro de la justicia secundada por la verdad que otorga el buen derecho.

4_. El Debido Proceso.

Es el asidero válido, pertinente, seguro, dinámico, agudo y constante que contempla, regula, comprueba, supervisa y garantiza que el petitorio incoado por cualquier persona natural o jurídica, interesada, involucrada o afectada, tome el curso correspondiente de ley, es decir, es la garantía instituida en pro de la equidad racional que fiscaliza la transparencia de la causa en sus diversas etapas, bien sea por vía administrativa y/o jurisdiccional.

El debido proceso, se constituye en el resguardo formal del camino a tomar en el ámbito institucional, su naturaleza, gravita en la pureza de la claridad que otorga la verdad, sus medios probatorios y argumentales, enriquecen la justicia y el deber ser normativo, por tanto, su actuación providencial, se apega

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

paralelamente a los principios básicos para la protección, resguardo y tutela de los derechos fundamentales de acuerdo a los preceptos jurídicos.

En conversación sostenida con el Dr. Pompeyo Ramis (2021), catedrático emérito de la Universidad de Los Andes, afirmó lo siguiente:

> El derecho adjetivo, no es el terreno en que yo me muevo, pero te diré lo que puedo: 1.- El debido proceso, es un derecho natural y constitucional que todo individuo tiene. No es en sí mismo ningún principio, sino que se rige por los principios generales del derecho. Si éstos se cumplen en el proceso, tal será la garantía del mismo. La garantía del proceso no está en el proceso mismo, sino en la rectitud con que se "procede". 2.- La efectividad del proceso depende de la medida en que se ajuste al mandato constitucional. Si dependiera del desempeño funcionarial, estaríamos en un caso de arbitrariedad procesal. Todos los vicios procesales provienen de algún defecto en el cumplimiento del mandato constitucional.

El ejercicio de su función, se ciñe a la verdad como eje primordial de la vitalidad procedimental, tal facultad le otorga el carácter de figura significativa de amplia relevancia, monumental prestancia y su estricta regulación, es proporcional al desenvolvimiento institucional que vincula la rigidez sustancial con el resultado a instaurar.

Las resultas deben ser amparadas por el único camino a seguir que es el correcto, derivado de la verdad, no debe haber lugar para el perpetrador de la mentira, sino buena posición para el justo, la respuesta ante cualquier irregularidad o retraso procesal tiene que ser categórica, enfática e idónea y el resultado no debe dar cabida a la confusión; su aceptación no genera controversia alguna, ni malinterpretación por la transmisión del asunto.

Convalidar el dogma de la justicia y tener la satisfacción de actuar apegado a derecho, es resultado directo de su correcto accionar, el postulado es claro, aquí no hay lugar a dudas, a medias tintas, ni a resquebrajos, la razón, se debe otorgar de acuerdo a la verdad y para ello se invoca esta garantía constitucional, el Dr. Pedro Pineda León (1980), cuando trata el proceso legal, no se refiere a la vía

administrativa, sino meramente al accionar jurisdiccional. Sin embargo, es pertinente su posición:

> Cuando una persona experimenta la violación de un derecho o una norma aparece resistida, precisa la intervención de los órganos jurisdiccionales para el restablecimiento del orden jurídico. Superada la etapa de la justicia privada, nada más lógico y necesario que el Estado deba mantener el equilibrio de la sociedad y el respeto de las leyes, que él mismo ha promulgado. Pág. 53.

Ese equilibrio lo brinda la garantía del debido proceso, su misión consiste en resistir la adversidad del mal, evadir con certeza los factores externos que tientan a los funcionarios por tanto, la institución tiene que cumplir con el deber cabal de la buena fe como testimonio de imparcialidad firme e igualdad mutua, extendida a todos los intervinientes en el proceso, así se evita la subversión del procedimiento por este órgano interno saneador.

Muchos se preguntaran, si el desenvolvimiento ordinario del debido proceso, acelera, depura, sanea, reviste, protege y permite, la respuesta es sí, siempre y cuando no proceda la falla humana, su rigor, garantiza el goce del fuero institucional y su función consiste en evitar cualquier tipo de irregularidad que pueda afectar el desenvolvimiento del patrón ideal, es decir, se afirma que el debido proceso, es el saneamiento que regula el equilibrio procesal, es el mecanismo que evita la arbitrariedad y la parcialidad de la actuación.

CONCLUSIONES

El enfoque tratado, rompe con el esquema romano preestablecido y el adentramiento al pensamiento helénico, es reforzado por la tendencia cartesiana que permite ser matizada y complementada por autores de la modernidad para llegar al cierre de esta primera etapa con buen sustento educativo, lógico y argumental, inspirado en la verdad por ser la fuente eficiente que garantiza la eficacia de la justicia, redimida de acuerdo a los postulados del deber ser para configurar la vida buena, prospera, libre, saludable y justa.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

Es pertinente aseverar que el debido proceso, es la garantía principal del procedimiento administrativo y judicial, su constante función autonómica, se convierte en la fuente saneadora capaz de proceder con el vigor de la verdad en el campo jurídico, aquí debemos prestar atención y evitar que la ductilidad del derecho en el constitucionalismo, se vea afectado por el instrumento de la política; se ha demostrado que en nuestro país la esfera pública, se accionó con la fuerza ciudadana que impuso cívica, democrática, situacional y electoralmente la carta magna de 1999, es decir, se debe evitar que la sacra garantía del debido proceso, se convierta en instrumento operativo al servicio el poder, cualquiera sea su manifestación.

Corresponde blindar la legitimidad constitucional y debe evitarse que los diversos mecanismos de la intelectualidad global, gobernados por la estandarización y hegemonía del capital, secundada por el dominio comunicacional, dejen de actuar en pro del absolutismo que brinda la reabsorción del capital, su rango de acción, se mide teóricamente de acuerdo a la trilogía producción, contenido y consumo.

La mayoría de las veces predomina la publicidad, el marketing y la orientación como eje del dominio comercial de ese producto cuyo efecto real en lugar de garantizar la integridad, verdad e independencia actoral, persigue es la satisfacción del ego y el aislamiento de la sociedad, su omisión da lugar a que penetren y afecten la solemnidad institucional porque de llegar a suceder la unificación global, se deformará la principal garantía procesal que existe en pro de la verdad, en beneficio de la institucionalidad y a favor de la libertad, me refiero al debido proceso como garantía vital para la humanidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arendt, Hannah (2008) "*Sobre la Violencia.*" 2° Reimpresión de la Primera Edición. Alianza Editorial S.A. Madrid, España.

Aristóteles (1983) "*La Política.*" 16° Edición. Colección Austral N° 239 Espasa - Calpe S.A. Madrid, España.

Asamblea Nacional Constituyente (2000) "*Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*" Gaceta Oficial N° 5.453 (Extraordinario). Caracas D.F., Venezuela.

Báez, F. (2002) "*Los Fragmentos de Aristóteles.*" Ediciones del Vicerrectorado Académico de la Universidad de Los Andes. Editorial Venezolana C.A. Mérida, Venezuela.

Carnelutti, F. (1997) "*Cómo Nace el Derecho. Monografías Jurídicas 54*". Editorial Nomos y TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá – Colombia.

Lebret, L. y Suavet, TH. (1964) "*En el Combate del Mundo. Tomo 11 Espiritualidad.*" 2° Edición. Traducción de Juana Givanel. Editorial Estela S.A. Barcelona, España.

García, M. (1971) "*Lecciones Preliminares de Filosofía.*" 9na Edición. Distrito Federal, México D.F., México.

Martínez, Y. (1995) Concepción Moderna de los Derechos Humanos En "*Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Vol. 2, Diciembre 1995. N° 2.*" Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando". Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia. Maracaibo, Zulia, Venezuela.

García Morente, M. (1971) "*Lecciones Preliminares de Filosofía*." 9° Edición. Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuentos. México D.F., México.

Pineda, P. (1980) "*Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil. Observaciones al Nuevo Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Tomo I (versión fonográfica de las clases dictadas por el profesor Doctor Pedro Pineda León en el año lectivo 1959 a 1960).*" Cuarta Edición. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, Venezuela.

Pineda, P. (1980) "*Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil. Observaciones al nuevo proyecto de Código de Procedimiento Civil. Tomo II (versión fonográfica de las clases dictadas por el profesor Doctor Pedro Pineda León en el año lectivo 1959 a 1960)*" Cuarta Edición. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, Venezuela.

Platón (1983) "*La República*." Primera Edición. Editores mexicanos unidos S.A. D.F., México.

Ramis, P. (1992) "*Lógica y Crítica del Discurso. Bases para una Dialéctica Jurídica.*" Reimpresión 1era de la 1ra Edición. Consejo de Publicaciones de la Universidad de Los Andes. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, Venezuela.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Sócrates Como Persona
http://moodle.unica.edu.ve/moodle/mod/page/view.php?id=71755&inpopup=1

Ramis, P. (5, Enero, 2021) "*Entrevista Virtual por Facebook.*" Mérida, Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Jim Douglas Morantes Monzón ● Pág.: 68 – 95

Una Carta más de Platón a los Sofistas
http://moodle.unica.edu.ve/moodle/pluginfile.php?file=%2F53553%2Fmod_resource%2Fcontent%2F0%2FPlaton_a_los_Sofistas.pdf

Unidad I. La Dimensión Perdida de la Filosofía
http://moodle.unica.edu.ve/moodle/mod/lesson/view.php?id=78126&pageid=1395

"A diferencia del investigador de una ciencia empírica, el jurista no observa fenómenos, ni verifica a través de la experiencia, la buena o mala, prueba de aquellas que son puramente reglas de comportamiento futuro, no ya representaciones de un evento acaecido: él se siente satisfecho de divisar la "verdad" en la presupuesta conformidad con ciertos principios éticos acogidos como criterios de valoración en una sociedad históricamente determinada. Sino más bien el contenido normativo de un determinado discurso: el de la ley. Libre de una tarea de observación de la experiencia o de deducción lógica, la jurisprudencia se agotaría en una tarea crítica, consistente en la construcción de un lenguaje riguroso, mediante el cual (y con ello únicamente) el estudio del derecho alcanzaría el valor de ciencia"
Betti, Emilio (2006) *La interpretación jurídica. Páginas escogidas*. Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco. Santiago, Chile: LexisNexis, pp. 61-62.

Desde que los romanos crearon una ciencia del derecho (*jus redigere in artem*), se administra la justicia mediante un aparato técnico de reglas y mediante un procedimiento. Remitimos a la observación hecha por Cicerón (supra n. 50): de ordinario, para constituir una disciplina científica, el primer acto debe ser comenzar por una definición precisa del objeto de esta disciplina. Dime primeramente lo que buscas y veremos luego cómo hay que buscarlo racionalmente.
Villey, Michael (1979) *Compendio de filosofía de derecho. Definiciones y fines del derecho.* Traducción de Jesús Valdés y Menéndez Valdés. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, pp. 221.

ALCANCES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA PARA EL JUEZ EN EL CONTEXTO DEL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

SCOPE OF LEGAL INTERPRETATION FOR THE JUDGE IN THE CONTEXT OF THE VENEZUELAN CIVIL CODE

Arelys Ramona Rondón de Guillén[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.03

Fecha de Recepción: 12 de julio de 2022 **Fecha de Aprobación:** 29 de agosto de 2022

RESUMEN

Este trabajo tiene como propósito disertar acerca de la interpretación jurídica en el contexto del Código civil venezolano, específicamente, nos centraremos en el análisis del artículo 4 que contiene el procedimiento de integración de la ley, pero al mismo tiempo, marca las pautas a seguir en dicha interpretación. Examinaremos esta temática a la luz de la disciplina de la hermenéutica jurídica, es decir, desde ciertas tesis que fundamentan el quehacer interpretativo en esta área del derecho. En este sentido, la interpretación jurídica se nos presenta como un modo particular de interpretar el texto de la ley, que suele sobrellevarse por el intérprete que por excelencia es el juez, aunque no es el único. No obstante, este tipo de interpretación, no se aparta en su esencia de la comprensión en general en tanto que alude a la aplicación de algo general a una situación concreta y nos dispone en la perspectiva del círculo hermenéutico. Para llevar a cabo esta investigación revisaremos la literatura acerca del tema planteado y la legislación pertinente.

Palabras Claves: Hermenéutica jurídica, interpretación jurídica**,** código civil venezolano.

[1] Abogado. Politólogo. *Magíster Scientiae* Ciencias Políticas (ULA). Doctora en Filosofía (Universidad de Los Andes). Profesora Agregada adscrita la Escuela de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (ULA). Profesora del Doctorado de Filosofía. Facultad de Humanidades y Educación (ULA); Miembro del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM).

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Arelys Ramona Rondón de Guillén ● Pág.: 96 – 116

ABSTRACT

This work has the purpose of disserting about the legal interpretation in the context of the Venezuelan Civil Code, specifically, we will focus on the analysis of article 4 that contains the procedure of integration of the law, but at the same time, it marks the guidelines to follow in that interpretation. We will examine this theme in the light of the discipline of legal hermeneutics, that is, from certain theses that support the interpretive task in this area of law. In this sense, legal interpretation is presented to us as a particular way of interpreting the text of the law, which is usually carried out by the interpreter who is the judge par excellence, although he is not the only one. However, this type of interpretation does not deviate in its essence from understanding in general insofar as it alludes to the application of something general to a specific situation and places us in the perspective of the hermeneutic circle. To carry out this research we will review the literature on the topic raised and the relevant legislation.

Key Words: Legal hermeneutics, legal interpretation, Venezuelan civil code.

INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como objetivo conocer acerca de la interpretación jurídica en el contexto del derecho civil venezolano, específicamente, en el texto del Código civil venezolano. En tal sentido, pareciera que la temática fuese amplia al plantearla de esta manera, pero no es así en tanto que nos proponemos indagar *grosso modo* la trascendencia del momento interpretativo en esta materia del derecho. Lo hacemos desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica[2] tomando en cuenta que esta disciplina es aplicable por excelencia al ámbito del derecho civil.

Si bien la labor de interpretación no solo está reservada al lugar del derecho, pues también se aplica en otros lugares, si es cierto que, en éste, tiene un particular modo de ser, en tanto que tiene sentido en su aplicación al caso concreto. Como indica Charlotte Lemieux, la labor de la interpretación forma parte de la vida cotidiana y, por lo tanto, es una actividad permanente e

[2] La hermenéutica jurídica es la disciplina que concierne a la interpretación jurídica. Se trata de una hermenéutica regional, junto con otras como la filológica y la teológica o bíblica, anterior a la fundación de la hermenéutica como disciplina en el siglo XVII. No obstante, es cierto que, a partir del siglo XVIII, quizás con el auge de la hermenéutica como disciplina en general, se desarrolló una suerte de métodos o cánones de interpretación de la ley que han contribuido al enriquecimiento de la interpretación jurídica. En tal sentido, Ignacio Galindo, acierta cuando señala que "aun cuando la labor de la interpretación se llevó a cabo desde el derecho romano y en gran medida a ella se debe la evolución del derecho quiritario, mediante la adaptación del mismo a las nuevas formas de vida del pueblo romano, el intento para formular una teoría de la interpretación jurídica no se lleva al cabo, sino en principios del siglo XIX y con motivo de la aplicación del Código civil francés de 1804" (Cfr. (2006) "*Interpretación e Integración de la Ley*." Serie 38. Estudios Jurídicos. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho. p. 6.

inevitable[3]. En el ámbito del derecho toma una mayor consideración y responsabilidad por parte del intérprete ya que está en juego la libertad de las personas. Además, el texto de la ley, al que el intérprete se acoge se nos presenta como portador de una verdad incontestable, y aun cuando, se impone a modo de evidencia, resulta que:

> Todavía es necesario que los significados que encubre sean decantados por el filtro de la interpretación. Introduciendo la miasma de la duda en el derecho, la interpretación aparece siempre como una operación sospechosa, con el riesgo de socavar los cimientos del orden legal y subvertir la racionalidad jurídica. Sin embargo, por otro lado, si ella abre un espacio de incertidumbre en el derecho, la interpretación aparece al mismo tiempo como un medio de cerrarlo, disipando la oscuridad que ocultan los textos, cortando entre las diferentes lecturas posibles "fijando" el sentido del texto, "deteniendo" la deriva de significados: así, concebida la interpretación se presenta como un acto de autoridad cuyo alcance depende de la calidad y atributos de quien lo pronuncia.[4]

Así pues, la interpretación jurídica es fundamental en el ámbito de la aplicación de la ley y aparece como una cuestión esencial en el campo del derecho. Es una labor acuciosa y rigurosa que amerita compromiso y responsabilidad por parte del intérprete, que en este caso sería el Juez, ya que de

---

[3] Cfr. **Lemieux, C.** (1994) "*Éléments d'interprétation en droit civil*". *Revue du droit*. Université de Sherbrooke. Faculté de droit. p. 227.

[4] **Chevallier, J.** (1993) "*Les interprètes du droit*" en *La doctrine juridique*. France: Presses Universitaires. pp. 259. "Encore faut-il que les significations qu'il recèle soient décantées par le filtre de l'interprétation. Introduisant le miasme du doute dans le droit, l'interprétation apparaît toujours comme une opération suspecte, risqu2006ant de saper les fondements de l'ordre juridique et de subvertir la rationalité juridique. D'un autre côté cependant, si elle ouvre un espace d'incertitude dans le droit, l'interprétation apparaît en même temps comme un moyen de le refermer, en dissipant l'obscurité que les textes recèlent, en tranchant entre les différentes lectures possibles, en "fixant" le sens du texte, en "arrêtant" la dérive des significations: ainsi conçue, l'interprétation se présente comme un acte d'autorité, dont la portée dépend de la qualité et des attributs de celui qui l'énonce".

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Arelys Ramona Rondón de Guillén ● Pág.: 96 – 116

éste depende la solución en el caso concreto sin que esta afecte la concreción de los fines fundamentales del derecho que conllevan a la verdad.

Para acometer esta labor se revisará la literatura sobre este tema y la legislación pertinente, pues en ella, está determinado el alcance de la labor interpretativa. Es una tarea ardua porque a pesar de que la interpretación jurídica es una labor reconocida en este ámbito, pues el entorno está muy apegado a la dogmática jurídica y, al respecto, se debe considerar que es ésta la postura que impera en el mismo. Por una parte, sustentada en el texto de la ley y, por otra parte, en una concepción establecida en el modo de proceder en cada caso concreto.

No obstante, es cierto que no todo está dado a la interpretación jurídica, aun cuando hay posturas que en la actualidad indican que todo está dado a ésta, pero en este caso se trata de comprender que la interpretación jurídica posee ciertas particularidades. Una cuestión es la subjetividad del intérprete que acude a la interpretación con todos sus prejuicios y, otra distinta, es la objetividad que emana del texto de la ley y a la cual este intérprete debe sujetar su comprensión para ajustarse en la medida de lo posible a la verdad. Entonces, se trata de lograr un equilibrio, incluso, se trata de ser coherente e interpretar cuando la situación jurídica así lo permita.

De tal manera, que a nuestro juicio, la labor del intérprete que por excelencia es el Juez[5], aunque no es el único, tiene sus límites y demanda un saber

[5] Consideramos que esto es así en tanto que es al Juez al que corresponde la labor interpretativa y de la cual no puede excusarse, es decir, es obligatoria. Desde los tiempos de Justiniano se consideraba que su labor debe solucionar el caso concreto. En este sentido, tal como indica Savigny, el juez "está siempre obligado a dar un sentido a la ley más obscura, y a decidir conforme a este sentido, de la misma manera que la mayor incertidumbre que puedan ofrecer los hechos de un proceso no lo dispensan nunca de pronunciar sentencia" Cf. *Sistema del derecho romano actual*, Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Tomo I-II. Segunda edición. Madrid: Centro editorial de Góngora. p. 184. De esto resulta que la naturaleza de las funciones judiciales así lo dispone y por esto en los Códigos se recoge está obligatoriedad. Con respecto a dicha obligatoriedad, el jurista García Maynez acota que "sí es el juez quien interpreta un precepto, a fin de aplicarlo a un caso concreto, esa interpretación no adquiere obligatoriedad general, pero sirve, en cambio, de base a una norma individualizada: el fallo que en la especie se dicte. Si, por último, un abogado, o un particular cualquiera, interpretan una disposición legislativa, su interpretación (correcta o incorrecta) tiene un simple valor doctrinal y, por ende, a nadie obliga" Cf. (1974) *Introducción al estudio del derecho*. Vigésima tercera edición revisada. México: Editorial Porrúa. p.p 329-330.

técnico[6] y un saber ético, lo cual garantiza el sistema de libertades en una sociedad.

Específicamente, esta investigación se aboca al contexto del derecho civil venezolano, en lo que atañe a la interpretación jurídica, que está fundamentada en el contenido del artículo 4 del Código Civil. Allí se establecen las indicaciones acerca de la integración del derecho en esta materia; pero, además, se nos indica el ámbito el modo cómo se debe interpretar y en qué orden hacerlo. Se trata entonces de presentar un esbozo de lo que se considera los momentos importantes de la interpretación jurídica en esta área del derecho, según la legislación vigente en el país.

DESARROLLO

1_. Nociones Generales de Interpretación Jurídica.

La interpretación jurídica ha tomado, en las últimas décadas, cierta importancia y reconocimiento en el ámbito del derecho. Se ha pasado por distintas tendencias o escuelas y autores que han enriquecido el estudio y la investigación sobre este tema, que, desde luego, ha ido en constante evolución. Tal como señala Rodolfo Vigo en su obra *Interpretación Jurídica*, "la teoría de la interpretación jurídica pasa por un momento de esplendor, quizás como nunca en la historia del pensamiento jurídico. Pero al mismo tiempo, aparecen problemas al respecto y los intentos de solucionarlos se diversifican"[7]. Y es en este punto donde se hará, un especial énfasis debido a la importancia que reviste en la actualidad; por una parte, el reconocimiento de la teoría de la interpretación jurídica; pero, por otra parte, el problema para comprender la aplicación del derecho.

Si bien, se entiende, que la interpretación es una suerte de búsqueda de sentido de aquello que está en la perspectiva de la comprensión. Tal como indica Heidegger en *Ser y Tiempo* "la interpretación de algo en cuanto algo está

---

[6] El saber técnico lo consideramos a la manera de las virtudes intelectuales o dianoéticas de Aristóteles a las que se refiere en su obra *Ética a Nicómaco* Cf. (2005) Libro II. 1103a. Introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez, Madrid: Alianza editorial. p. 75.

[7] Vigo, Rodolfo L (2006) *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. p. 13.

esencialmente fundada en el haber previo, en la manera previa de ver y en la manera de entender previa. La interpretación no es jamás una aprehensión, sin supuestos de algo dado".[8] La interpretación supone el conocimiento de la cuestión a la que se buscará el sentido que se halla en la posibilidad de comprensión de aquello dado.

Emilio Betti, quizás con otro modo de expresarlo, afirma que el proceso interpretativo responde al problema epistemológico del entender. Luego indica que este proceso del entender se efectúa a través del lenguaje y, al respecto afirma:

> El lenguaje utilizado por otros no puede ser recibido por nosotros, así sin más como algo corporal, sino acogido como un llamamiento o como una incitación a nuestra inteligencia, como una exigencia a traducir, recrear desde dentro y volver a expresar en nosotros, con nuestras categorías mentales, la idea que eso suscita y representa.[9]

Como señala este mismo autor[10], la interpretación parte de un objeto y se dirige a un sujeto. El objeto está "constituido de formas representativas, en las

[8] Heidegger, M. (1997) "*Ser y Tiempo*." Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago de Chile: Editorial universitaria. p. 174.

[9] Betti, E. (2006) "*La interpretación Jurídica. Páginas Escogidas*." Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco. Santiago, Chile: LexisNexis. p. 177.

[10] La concepción de Betti sobre la interpretación jurídica es metodológica al respecto refiere que existen cuatro cánones que dirigen dicha interpretación. Estos son dos cánones para el objeto y otros dos para el sujeto. Los cánones atinentes al objeto son: autonomía del objeto e inmanencia del criterio hermenéutico y totalidad y coherencia de la apreciación hermenéutica. El primero se refiere al respeto del objeto "en su peculiar modo de ser, y exige que sea mesurado con su misma medida" (p. 29). El segundo refiere a la correlación entre las partes y el todo. Esa suerte de iluminación que aparece en el momento de la conexión entre las partes y el todo. Al respecto indica: "Otra fundamental exigencia atinente al objeto a entender ya es advertido con ejemplar sabiduría y afirmada de un modo singularmente incisivo por el jurista Celso en un texto que dice: "*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare, vel responderé*" [trad.: "Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley"]. Los cánones atinentes al sujeto intérprete son: actualidad del entender y adecuación del entender: correspondencia de sentido y consonancia hermenéutica. La actualidad del entender, es el tercer canon y representa el llamado al intérprete para "reconstruir desde adentro y resolver cada vez en la propia actualidad un pensamiento, una experiencia de vida, que

cuales el espíritu se ha objetivado".[11] Mientras que el sujeto "es espíritu actual, viviente y pensante, dispuesto y puesto a entender según los intereses de la vida presente que pueden ser orientados en sentidos distintos".[12] Esto significa que la interpretación jurídica subyace como la posibilidad de comprender la objetividad de la ley frente a la realidad de los hechos que acaecen y tienen consecuencias jurídicas.

Desde luego, esto es así, porque la interpretación jurídica consiste en determinar el sentido del texto de la ley, en vista del alcance de la regla en el contexto de su aplicación. En un sentido amplio, la interpretación jurídica es toda forma de razonamiento jurídico que conduce a la solución de un caso o del descubrimiento de una regla independientemente de su referencia o no a un texto. Y, en este sentido, se ha tratado de discernir acerca de las técnicas y métodos de este modo de interpretación.

Al respecto, Kelsen indica en su obra *Teoría Pura del Derecho* que "toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico".[13] Claro, está que la perspectiva de este jurista es la del positivismo jurídico y está supeditada a lo estrictamente escrito en la ley. Queda por parte del intérprete sujetarse a lo establecido en ella y aplicarla en consecuencia.

Desde luego, esta postura, aunque con cierta resistencia, ha ido dando paso a otros puntos de vista que contribuyen al desarrollo de la interpretación jurídica, tomando en consideración que en ésta caben diversos modos de interpretación. En este sentido, F. Savigny ya advertía en su obra *Sistema de*

---

pertenece al pasado, vale decir, a incorporarlo como hecho de experiencia propia, a través de una especie de transposición, en el círculo de la propia vida espiritual, en virtud de la misma síntesis con la cual lo reconoce y reconstruye" (p. 37). No tiene sentido que el intérprete se despoje de su propia subjetividad sino que ésta representa una condición de posibilidad para interpretar. El último canon señala que, si bien es cierto que se requiere la espontaneidad del sujeto o intérprete, éste no debe hacerlo desde afuera del objeto al interpretar ya que perjudicaría la autonomía y el conocimiento.

[11] Ibídem.

[12] Ibídem.

[13] **Kelsen, H.** (2009) "*Teoría Pura del Derecho*." Traducción de Moisés Nilve. Cuarta edición. Buenos Aires: Ediciones Eudeba. p. 129.

Derecho Romano Actual, que la interpretación jurídica es "un acto intelectual", al cual califica de simple, pero, además, señala que es "un trabajo científico".

Esto desde luego, tiene un significado relevante en el actual contexto. Por un lado, el acto intelectual implica un saber, en este caso un saber jurídico, que necesita de preparación o formación para que dicho acto ocurra. Con esto se quiere apuntar que se comprende que no es cualquier acto intelectual, sino aquel que corresponde a un conocimiento previo del derecho, que pudiese incluso referirse a un área específica de éste. Por otro lado, ese trabajo científico requiere de un método que guíe al intérprete en su trabajo y, en esto coincide con otros autores como, por ejemplo, el antes mencionado jurista italiano E. Betti.

De igual manera, advierte este jurista alemán que la interpretación de la ley[14] es compleja, pues tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad. Esto tiene un sentido ya que, la interpretación de la ley no está limitada a aquellos casos en los que haya oscuridad de la ley – si es cierto que en estos casos es más relevante-, pues en cada caso que se aplique la ley, se requiere la interpretación. Al respecto sentido indica:

> La necesidad de esta operación intelectual tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad; en otros términos: la ley, sometida al criterio de nuestra inteligencia, debe aparecernos como verdadera. Esta operación es indispensable para toda aplicación de la ley a la vida real, y precisamente en este carácter de necesidad constante se funda su legitimidad. La interpretación no está restringida, como creen muchos al caso accidental de obscuridad de la ley; sólo que, en este último caso, tiene más importancia y mayores consecuencias. En efecto, la obscuridad es una imperfección de la ley, y para buscar el remedio es preciso estudiarla en su estado normal.[15]

[14]Aclaramos que nuestra referencia a la interpretación de la ley no la consideramos como sinónimo de interpretación jurídica, pues ésta es más amplia y abarca no sólo el criterio de aplicación de la ley de acuerdo al texto sino como una "verdadera y propia realización y elaboración del derecho" Cf. Vigo citando a Castán Tobeñas. Op. cit, p. 90.

[15] **Savigny, M. F. C de** (1839-1847) "*Sistema del Derecho Romano Actual."* Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Tomo I. Segunda edición. Madrid: Centro editorial de Góngora. p. 184.

De acuerdo con Savigny, la interpretación jurídica exige rigurosidad y metodicidad, lo que implica un acto intelectual, pero al mismo tiempo, también implica un acto ético. Si bien, en el sentido general de la interpretación en el mundo contemporáneo refiere al sujeto con su autonomía (al modo de la autonomía kantiana), en el ámbito jurídico es cierto, que además se trata de conservar la sabiduría y la prudencia en el momento de interpretar.

Así pues, la interpretación es la búsqueda de sentido de algo, en cuanto ese algo puede ser interpretado por el sujeto, no como una mera opinión, sino como algo que tiende a la verdad. Y para alcanzar la verdad, debemos ponerse con rigurosidad a indagar acerca de ese algo que va a ser interpretado. Siguiendo a H. G. Gadamer, el sujeto que interpreta debe poseer una conciencia histórica, hacer conscientes los propios prejuicios que le guían en la comprensión con el fin que la tradición se destaque a su vez como opinión distinta y acceda así a su derecho.[16]

Por ello, el intérprete debe poseer, además de sus conocimientos en la materia de lo que trata lo que va a interpretar (razón especulativa), un claro conocimiento de ética y la disposición a ponerla en práctica (razón práctica). A esto Aristóteles le llamaría, por un lado, la *phrónesis* (saber moral) y, por otro lado, la *epísteme* (saber teórico).

En el mundo contemporáneo, otros autores como Ronald Dworkin, M. Villey o el mismo Gadamer, han realizado aportes respecto a la interpretación jurídica. Es cierto, que en la medida que se avanza en el tiempo, este modo de interpretación va tomando otros matices, quizás más esclarecedores para el intérprete o jurista. En el caso de Dworkin, en su obra *Los Derechos en Serio*, en el prólogo, se indica que "el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles".[17]

En este sentido, este filósofo del derecho expone que si bien un positivista pudiese afirmar que los principios no son vinculantes, esto sería un error.

---

[16] Cfr. **Gadamer, Hans-Georg** (2007) *Verdad y Método I*. Decimosegunda edición. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca: Ediciones Sígueme.

[17] **Dworkin, R.** (1989) "*Los Derechos en Serio*." Traducción de Marta Guastavino. Segunda edición. Barcelona: Editorial Ariel, p.11.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Arelys Ramona Rondón de Guillén ● Pág.: 96 – 116

Reconoce que si bien hay normas también son determinantes los principios[18], en la solución de aquellos casos difíciles, en tanto que fundamentan derechos. Siendo ésta, una posición equilibrada entre iusnaturalismo y positivismo, que pone en una perspectiva de interpretación que es ineludible considerar en la actualidad.

Por su parte, el jurista francés M. Villey, presenta una tesis controvertida en la que reconoce el rol fundamental de la interpretación jurídica como un saber teórico y prudencial en el que, el intérprete determina lo justo teniendo como punto de partida el texto de la ley, pero yendo más allá de dicho texto. Reconoce que tanto la obra de Aristóteles como la de Santo Tomás de Aquino, constituyen una riqueza teórica indiscutible para el desarrollo de la interpretación jurídica.

Se trata de considerar el derecho desde una perspectiva distinta al positivismo jurídico, como otros autores contemporáneos lo han hecho, con el propósito de esclarecer su sentido originario. Es un derecho que en esencia determina lo justo ("*to dikaion*"), el sentido de proporcionalidad en la distribución de los bienes en una sociedad. Al respecto Juan Vallet de Goytisolo afirma que este derecho justo, al que se refiere el jurista francés, no reduce la función del derecho a lo meramente útil.

Así, "el objetivo del derecho no es un interés, ligado como el nominalismo lo ha hecho creer, a algún particular, ya sea persona individual o bien persona colectiva sino que lo justo es el valor de un conjunto".[19] Ese conjunto no es exclusivo del hombre, pero es determinante que el intérprete posea esa mirada de conjunto que le permita acceder a la interpretación desde una postura que sopese tanto las posiciones más ajustadas a la ley como otras que le permitan ir más allá, dependiendo de cada caso.

Esta visión de conjunto, según el presente punto de vista, se remitiría a la noción de contexto que se encuentra en la teoría del jurista italiano E. Betti, es decir, que en cada caso el intérprete no sólo debe atenerse al texto de la ley, sino que más allá de éste, hay un conjunto de cosas en las que lo justo permite establecer el criterio de interpretación sin poner en riesgo la objetividad. Y lo

[18] R. Dworkin, al referirse a principios, lo hace en un sentido general para indicar todo el conjunto de estándares que no son normas, sino que es una exigencia de la justicia, la equidad o cualquiera otra dimensión de la moralidad. (Ibíd., p. 72).

[19] **Vallet de Goyttisolo, J. B.** (1991) "Definición e interpretación del derecho según Michael Villey". *Revista de fundamentación de instituciones jurídicas y derechos humanos*, No. 25 p.p. 222.

justo, según este jurista, es aquello a lo que se refiere Aristóteles en *La Ética a Nicómaco*: "la conformidad de la conducta a la ley moral".[20] Esto es así, en tanto que el derecho es un fenómeno social que se funda en la relación de semejantes, la cual se regula a través de la repartición de los bienes de modo proporcional, ya sea aritméticamente. o geométricamente.

Así, "una proporción en la repartición de los bienes entre los miembros de un grupo es, pues, la esencia del derecho, aun cuando esta definición sorprenda a la mentalidad de hoy y parezca difícil de asimilar".[21] Desde esta perspectiva, queda claro que la interpretación jurídica concibe el derecho en relación con la justicia, y que ésta es algo real, que se concreta en cada caso.

Así pues, la interpretación jurídica con sus métodos y sus diferentes concepciones en la doctrina, no se aparta del proceso de comprensión en general, en tanto que siempre refiere a la aplicación de algo general a una situación concreta[22]. Y como se trata de la aplicación, este proceso, por así llamarlo, requiere del intérprete que debe ser aquella persona con una formación idónea en el campo del derecho. Tal como señala Gadamer, refiriéndose a Aristóteles, este intérprete debe poseer el saber moral y el saber científico para que esta aplicación sea la correcta en el caso concreto.

De tal manera, que este saber del intérprete es determinante y, en este sentido, se comparte el criterio de Dworkin y Villey la perspectiva de ir más allá del texto en los casos que se considere pertinente bajo la mirada de un saber prudencial[23] y hasta donde la integración de la ley en el caso concreto se lo permita. Y, en este punto, vale considerar que la interpretación jurídica se ajusta al círculo hermenéutico, es decir, de la comprensión, en tanto que ésta va del todo a lo individual y de lo individual al todo. Al respecto, Heidegger deja claro que la estructura circular de la comprensión es una cuestión inevitable, así:

---

[20] Villey, Michael (1979) *Compendio de filosofía de derecho. Definiciones y fines del derecho.* Traducción de Jesús Valdés y Menéndez Valdés. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, p. 75.
[21] Ibíd. p. 88.
[22] Cf. Gadamer, Hans-Georg (2007) Op. Cit p. 383.
[23] Sostiene Rodolfo Vigo, citando a Demócrito, que la prudencia tiene una triple función: "deliberar bien, hablar bien y obrar como es debido". De igual modo, citando a Aristóteles, refiere que la prudencia es emplear sagazmente la palabra y la acción. Cf. Op. Cit. pp 106-107.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Arelys Ramona Rondón de Guillén ● Pág.: 96 – 116

> *Ver en este círculo un circulus vitiosus y buscar cómo evitarlo, o por lo menos "sentirlo" como imperfección inevitable, significa mal comprender radicalmente el comprender*. No se trata de adecuar el comprender y la interpretación a un determinado ideal de conocimiento, que no es sino una variedad del comprender que se ha orientado hacia la legítima empresa de aprehender lo que está-ahí en su esencial incomprensibilidad. Por el contrario, el cumplimiento de las condiciones fundamentales de toda interpretación exige no desconocer de partida las esenciales condiciones de su realización. Lo decisivo no es salir del círculo, sino entrar en él de forma correcta. Este círculo del comprender no es un circuito en el que gire un género cualquiera de conocimientos, sino que es la expresión de la *estructura* existencial de *prioridad* del Dasein mismo. No se lo debe rebajar a la condición de un circulus vitiosus, y ni siquiera a la de un círculo vicioso tolerado. En él se encierra una positiva posibilidad del conocimiento más originario, posibilidad que, sin embargo, sólo será asumida de manera auténtica cuando la interpretación haya comprendido que su primera, constante y última tarea consiste en no dejar que el haber previo, la manera previa de ver y la manera de entender previa le sean dados por simples ocurrencias y opiniones populares, sino en asegurarse el carácter científico del tema mediante la elaboración de esa estructura de prioridad a partir de las cosas mismas.[24]

Por esto, en la interpretación jurídica, esta estructura circular siempre está presente y muestra que el ir de lo general, en este caso el texto de la ley, al caso particular o concreto pone al intérprete en una situación de exigencia en tanto que el prejuicio por sí mismo queda rezagado para dar apertura al texto con el cual será posible el diálogo que le lleve a confrontar los hechos o lo dado en particular. Cabe aquí, una cierta familiaridad con lo previamente comprendido y una suerte de extrañeza con lo nuevo que se presenta en la situación concreta a

[24] Cf. Heidegger, M. (1997) Op. cit. p. 176.

la cual el intérprete debe estar presto a dilucidar para hallar la verdad en ese caso determinado.

Así pues, pudiese ocurrir que no todo esté dado en el texto en relación con el caso concreto y, entonces, el intérprete deba recurrir a otras fuentes que permitan integrar el derecho, abriéndose la posibilidad de establecer soluciones al caso concreto. Y aquí vale considerar, que en la medida que ha avanzado la teoría acerca de la interpretación jurídica, cada vez más, se acerca a un punto en el que se percata de la importancia del texto de la ley, pero también de las posibilidades que concierne al fenómeno del derecho y en el que intérprete desde sus posibilidades del comprender debe estar atento para que su decisión sea siempre justa y acertada.

2_. El Artículo 4 del Código Civil Venezolano.

En este aparte se tratará acerca de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil venezolano vigente[25], en el que se determina la integración[26] del derecho civil. Es en este artículo, que se halla el orden o el método según el cual el intérprete, que en este caso sería el juez, debe seguir para encontrar la solución al caso concreto. De tal manera, que el alcance de la interpretación jurídica en

[25] El Código civil venezolano vigente data del año 1942 con una reforma parcial en el año de 1982. "Se trata, como se ha dicho, de una reforma parcial del Código de 1942, inspirado directamente en el Código Civil Italiano de 1865, e indirectamente por haberse a su vez inspirado éste en aquel, en el Código Napoleónico". Cfr. **Poles de Graciotti, Annalisa y otros** (2013) *Manual de Derecho Civil: Personas*. Segunda edición. Universidad Católica del Táchira. Fundación para el desarrollo y estudio del derecho. p. 33.

[26] Afirma Mouchet y Zorraquín que "la ciencia jurídica moderna ha llegado a la conclusión de que las leyes son siempre insuficientes para resolver los infinitos problemas que plantea la vida práctica del derecho. Aun cuando hayan aspirado a prever todas las hipótesis posibles, siempre quedan fuera de ellas casos que el legislador no ha imaginado. Las hipótesis no previstas se llaman las lagunas de la ley, es decir, los claros o los espacios vacíos que ésta ha dejado por olvido, imprevisión o imposibilidad de imaginarlos al sancionar la ley. Preciso es, por consiguiente, llenar esos claros, colmar esas lagunas mediante la integración del derecho, que consiste en suplir el silencio de las normas, completando sus preceptos mediante la elaboración de otros que no se encuentran formulados en las normas existentes" Cfr. **Mouchet, C.-Becú, Z.** (2000) Introducción al derecho. Duodécima edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 266. Sostienen estos autores que el procedimiento de integración es distinto a la interpretación jurídica, pues ésta, siempre supone la existencia de un precepto jurídico y, además, la interpretación conduce a conclusiones más certeras. Tanto la integración como la interpretación requiere de un riguroso dominio del derecho por parte del intérprete.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Arelys Ramona Rondón de Guillén ● Pág.: 96 – 116

materia de derecho civil está pautado en este artículo, el cual prevé, además, de la integración del derecho civil, las posibilidades de interpretación previstas en el texto de la ley. Así, pues, lo dispuesto en este artículo, es fundamental para comprender este proceso en el contexto de la legislación patria. Se remite a su contenido:

> A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrá en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.[27]

Desde luego, el Código civil venezolano establece ciertos momentos, por así denominarlos, de la interpretación jurídica. Un primer momento en el que se remite al intérprete al texto de la ley, y precisamente, la indicación es clara al afirmar que a la ley se le debe atribuir el sentido que aparece evidente en el significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Se trata de tomar el texto de la ley en sentido literal, por lo tanto, si la ley es clara no tiene sentido eludir su letra.

Al respecto, hay principios que establecen la legitimidad de este proceder como son: "*claris non fit interpretatio*" que significa "lo que está claro no requiere interpretación" y; por otro lado, "*ubi lex non distuinguit, nec nos distinguere debemus*" que significa "donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete". Sobre este aspecto, hay discusiones en la doctrina, pues algunos autores alegan que a pesar de la claridad de la ley existen casos controvertidos que ameritan la interpretación para conservar la equidad. Tiene sentido esta reflexión, sin embargo, la seguridad jurídica que es uno de los fines fundamentales del derecho, pudiese estar comprometido.

Aparece aquí, también, la controversia entre la dogmática jurídica y la interpretación jurídica. Pero sólo el saber prudencial del intérprete hará las salvedades correspondientes si llegase a considerar que las hubiere. Cabe señalar

[27] Artículo 4. Código civil venezolano.

en este punto, como lo hace Savigny, que no sólo se interpreta cuando existen lagunas en la ley, sino que, en todo momento, el intérprete debe estar atento y dispuesto a la comprensión de lo establecido en la ley y la aplicación de ésta al caso concreto.

En este primer momento, el lenguaje es fundamental y constituye un aspecto nada desdeñable en la interpretación jurídica, como tampoco en cualquiera otra, pues es la base de la comprensión hermenéutica. Y, en este sentido, la subjetividad del intérprete es decisiva en tanto que es a partir de su capacidad para comprender el objeto de interpretación que, en este caso es la ley; y luego, cómo aplicarla al caso concreto, ya que esta es la finalidad de la interpretación jurídica. Savigny tiene en cuenta este aspecto cuando define el elemento gramatical, en el que "la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes",[28] que claro está, sólo sabe distinguir el intérprete.

Al respecto, el intérprete debe poseer la comprensión clara y precisa de las palabras expresadas en el texto de la ley y del sentido que deriva de éste en consonancia con la intención del legislador. Gadamer, respecto a las palabras, afirma que "el sentido de cada palabra presupone siempre un sistema de palabras"[29], y precisamente a esto se refiere el contenido del artículo 4 del Código Civil, cuando indica que no sólo se atiende al significado propio de cada palabra, sino, de igual modo, a la conexión de ellas entre sí. Entonces, el intérprete, debe atender al significado de cada una de ellas, además, teniendo en cuenta, que algunas no tienen "un sentido unívoco, sino una gama semántica oscilante, (…)".[30]

Así, pues, este primer momento es decisivo para el intérprete en cuanto que tiene como imperativo definir el sentido de la ley y luego aplicarlo al caso concreto. Referente a este particular, Emilio Betti indica que la interpretación jurídica no se trata de un procedimiento puramente intelectual, parangonable al de las ciencias matemáticas o naturales, sino que se trata de un procedimiento en el que se refleja las valoraciones comparativas de los intereses en conflicto que

[28] Op cit. p. 187.
[29] Cfr. **Gadamer, Hans-Georg** (2010) "*Verdad y Método II*." Traducción de Manuel Olasagasti. Octava edición. Salamanca: Ediciones Sígueme. p. 192.
[30] Ibíd., p. 193.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Arelys Ramona Rondón de Guillén ● Pág.: 96 – 116

están contenidos en la norma jurídica. [31] Diríase, que es importante tener en cuenta, desde la perspectiva del intérprete, la función del círculo hermenéutico.

De igual manera, otros elementos citados por Savigny, forman parte del itinerario del intérprete, pues éste apela a ellos indistintamente, como son: los elementos lógico, sistemático e histórico. El elemento lógico lo define como "la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes". [32] El elemento sistemático "tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad". [33] El elemento histórico "tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada".[34] Todos constituyen elementos fundamentales en el proceso de la interpretación jurídica.

También, el artículo 4 se refiere a que, en el mismo orden del significado propio de las palabras y la conexión de ellas entre sí, está la intención del legislador que debe ser desvelada por el intérprete. Por lo tanto, se trata de hallar esta voluntad que está implícita en la ley, y para ello, éste debe procurar a través de los métodos pertinentes indagar acerca de esta intención.

Un segundo momento, que se aprecia en el artículo 4, alude a que no hay disposición expresa de la ley, ya que el legislador no previó el caso concreto, es decir, que existe una laguna en la ley, se "tendrá en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas". Se entiende en este momento, que la analogía a la cual el intérprete recurre es la analogía *legis*, la cual permite, que éste halle en una ley de naturaleza semejante otra norma jurídica que pueda ser aplicada al caso concreto. Tal como señala, Galindo Garfias:

> Entonces el intérprete no busca la intención real o supuesta del autor de la ley; por medio de la analogía, el juzgador crea una nueva y distinta regla fundada sobre la identidad de razón, para aplicar un determinado precepto, a un caso no previsto

[31] Op. Cit. p. 123.
[32] Ibídem.
[33] Ibíd., p. 188.
[34] Ibíd., 187.

> fundándose en el principio de que donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición.[35]

Como puede observarse, la analogía permite al intérprete conocer la *ratio legis*, para aplicarla a un caso semejante no previsto en la ley. Se trata de un procedimiento perspicaz y de cierta rigurosidad para hallar el precepto jurídico adecuado en una ley de naturaleza semejante y que en el origen el texto de la ley no previó. Aquí, el intérprete tiene la libertad para indagar y encontrar dicho precepto en el derecho positivo vigente, pero es una libertad dada en función del rol que tiene a su cargo, ya que se trata de la aplicación de la ley, del paso entre la regla general y el caso particular.

Por lo tanto, no se trata de una arbitrariedad, sino de un procedimiento previsto según cánones o métodos establecidos para tal fin. Entonces, en estos casos de leyes obscuras, tal como afirma Savigny, la interpretación es importante y necesaria y "en esta materia es donde el talento del intérprete brilla en todo su esplendor".[36] Específicamente, en este momento, el intérprete destaca por su eficacia en el modo cómo se dispone a hallar el precepto jurídico necesario para aplicar en el caso concreto.

Aquí vale considerar la aseveración de Pompeyo Ramis, cuando refiere que "no pecaremos, pues, de exagerados, si afirmamos que toda labor de interpretación jurídica ha de contribuir a la clarificación del binomio norma-hechos".[37] Se considera, que esto es así, en tanto que la norma jurídica cobra sentido en el momento de su aplicación.

Un tercer momento, que está dado en el artículo 4 del Código Civil, refiere a que "si hubiese todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho". Al respecto, se considera que, al legislador referirse a los principios generales del derecho,[38] lo hace de una forma amplia que tolera ciertas posturas

---

[35] Op. Cit. Pp. 16-17.

[36] Op cit. p. 248.

[37] **Ramis, P.** (1985) "Origen y Evolución de la Hermenéutica Jurídica". *Universitas Philosophica*. Vol. 2. No. 4. Junio. Bogotá, Colombia. p. 101.

[38] Sobre los principios generales del derecho, Mouchet y Zorraquín, afirman que éstos "han dado origen a diversos criterios para precisar su contenido o el alcance de la expresión. De acuerdo a la postura filosófica de cada uno de los autores, se los ha identificado con el derecho natural, los principios fundamentales de la legislación positiva, el ideal jurídico de la comunidad, las reglas de la equidad, etcétera. Si partimos de la base de que se trata de integrar o complementar el

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Arelys Ramona Rondón de Guillén ● Pág.: 96 – 116

de interpretación, ya sean estas positivistas o que se incluyan estimaciones de carácter iusnaturalista o con ciertos criterios axiológicos.

En fin, tal como explica Rodolfo Vigo en su obra *Interpretación Jurídica*, la recepción de los principios generales del derecho en el código venezolano, así como en otros Códigos, se corresponde con una fórmula neutra. [39] En este sentido, como se señalaba anteriormente, el intérprete tiene la libertad para hallar los principios generales que le permitan solventar el vacío de la ley. Claro está, se trata de la integración del derecho que permite llevarlo a cabo, a través de estos principios, los cuales no están escritos, y que el intérprete acuciosamente revisará y elegirá según sea la naturaleza del caso concreto.

En todo este proceso de interpretación jurídica destaca la subjetividad del intérprete, pues ese talento, que debe brillar como lo señaló Savigny, sólo estará presente si la formación requerida o la precomprensión es la suficiente para atinar la mejor decisión en cada caso. Esto es así teniendo en cuenta que no es un proceso sencillo ni dejado a la ligera, sino que requiere de estudio, rigurosidad y responsabilidad. Desde luego, como se señalaba en el apartado anterior, se trata de un acto intelectual y ético en el que el intérprete se reconoce como el mediador entre el texto de la ley y el caso concreto para hallar la verdad.

---

derecho vigente, podemos llegar a la conclusión de que el Código ordena recurrir a principios que no forman parte de la legislación positiva, es decir, que no han sido sancionados en forma expresa. De lo contrario, si esos principios hubieran sido ya incorporados al orden jurídico, ya no sería preciso integrarlo, y bastaría referirse a ellos para encontrar la solución adecuada". Op. Cit. p. 270. Así pues, específicamente, estos autores consideran que estos principios serían los preceptos del derecho natural que no forman parte del derecho positivo, como, por ejemplo: el enriquecimiento sin causa, la equidad, la represión de la usura, entre otros. También, los principios generales sobre los cuales está construido el derecho positivo, es decir las bases fundamentales sobre las cuales se constituye la organización política, económica y social de una comunidad. De igual manera, Rodolfo Vigo al señalar acerca de los principios generales del derecho, establece que existen distintas corrientes en doctrina sobre lo que se considera éstos sean tales principios, así tenemos: los positivistas, para los cuales, estos principios son los del derecho positivo; los historicistas, para quienes estos principios se hallan en un derecho pretérito como el derecho romano o las siete partidas; los cientificistas, para quienes los principios generales del derecho se hallan en la doctrina; los metapositivistas, los cuales consideran que estos principios se hallan en el iusnaturalismo tradicional y otros en el iusnaturalismo racionalista o algunas corrientes de inspiradas en posiciones axiológicas y; por último, los eclécticos que consideran que existen tanto los principios generales del derecho positivo como otros principios que se encuentran fuera de éstos. Cf. Op. Cit. p.p. 114-115

[39] Op. Cit. p. 114.

Así, cuando R. Dworkin señala como característica fundamental del juez, su compromiso de hallar la respuesta correcta en cada caso sin necesidad de reconocer en él un poder de creación del derecho, se está reconociendo su capacidad de comprender lo que es conveniente en su justa medida. También Villey se refiere a ello, a través de las nociones de justicia y de equidad, en tanto que el juez se encarga de ponderar según medida aritmética lo que debe ser la mejor decisión.

CONSIDERACIONES FINALES

La interpretación constituye un fenómeno complejo e ineludible, que en distintos ámbitos alienta la búsqueda de sentido, en este caso, en el texto de la ley. Esta es una interpretación que tiene su particular modo de ser y que tiene sentido en cuanto ocurre la mediación entre el texto de la ley y el caso concreto. Desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica concurren ciertas teorías que contribuyen a la comprensión de este modo de interpretación. Distintas escuelas y autores, especialmente después del siglo XIX, respaldan con sus estudios el proceso de interpretación jurídica que es continuo y amerita una constante actualización.

En el caso particular patrio, los alcances de la interpretación jurídica en el contexto del Código Civil venezolano, según lo establecido por el legislador en el artículo 4, otorga al intérprete ciertos métodos para llevar a cabo la labor de interpretación. Si bien allí, se encuentra descrito el procedimiento de integración que es distinto a la interpretación, es cierto que expresa las posibilidades de interpretación jurídica de las cuales puede disponer el intérprete. Esto de una manera general en el ámbito del derecho civil.

En lo que corresponde al intérprete, especialmente al Juez, éste tiene la libertad para asistir a la interpretación jurídica según lo establecido en el Código Civil. Como en toda interpretación de esta índole se requiere del saber técnico y del saber ético. Sin estos saberes no es posible dicha interpretación, pues ésta, exige cierta objetividad y rigurosidad que están supeditados a la precomprensión del intérprete.

Finalmente, se considera que, si bien este tema es recurrente en la literatura jurídica, es uno de los más arduos al momento de su disertación, ya que

hay una clara influencia del modelo dogmático que se resiste ante las nuevas tendencias y propuestas de interpretación. Sin embargo, aún en el contexto de este modelo es posible la interpretación y, en la medida, que se disponga de la actitud del intérprete para hallar la respuesta correcta en ese proceso de mediación entre el texto de la ley y el caso concreto se producirán avances en esta materia. Aún en los casos de ausencia de disposiciones precisas de la ley y ante las dudas, el intérprete tiene posibilidades, dadas en el texto de la ley, de interpretar y dar solución al caso concreto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles (2005) "*Ética a Nicómaco*." Introducción traducción y notas de José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza Editorial.

Chevalier, J. (1993) "*Les interprètes du droit*" en *La doctrine juridique*. France: Presses Universitaires. pp. 259-282.

Código Civil venezolano (1982) Caracas: Editorial La Torre.

Betti, E. (2006) "*La Interpretación Jurídica. Páginas Escogidas*." Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco. Santiago, Chile: LexisNexis.

Dworkin, R. (1989) "*Los Derechos en Serio*." Traducción de Marta Guastavino. Segunda edición. Barcelona: Editorial Ariel.

Gadamer, Hans-Georg (2007) "*Verdad y Método I*." Decimosegunda edición. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca: Ediciones Sígueme.

Gadamer, Hans-Georg (2010) "*Verdad y Método II*." Traducción de Manuel Olasagasti. Octava edición. Salamanca: Ediciones Sígueme.

Galindo, I. (2006) "*Interpretación e Integración de la Ley*." Serie 38. Estudios jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.

García, E. (1974) "*Introducción al Estudio del Derecho*." Vigésima tercera edición revisada. México: Editorial Porrúa

Heidegger, M. (1997) "*Ser y Tiempo*." Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago de Chile: Editorial universitaria.

Kelsen, H. (2009) "*Teoría Pura del Derecho*." Traducción de Moisés Nilve. Cuarta edición. Buenos Aires: Ediciones Eudeba.

Lemieux, C. (1994) "*Éléments d'interprétation en droit civil*". *Revue du droit*. Université de Sherbrooke. Faculté de droit. p. 221-253.

Mouchet, C.-Becú, Z. (2000) "*Introducción al Derecho*." Duodécima edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 266.

Poles de Graciotti, Annalisa y otros (2013) "*Manual de Derecho Civil: Personas*." Segunda edición. Universidad Católica del Táchira. Fundación para el desarrollo y estudio del derecho.

Ramis, P. (1985) "*Origen y Evolución de la Hermenéutica Jurídica*". *Universitas Philosophica*. Vol. 2. No. 4. Junio. Bogotá, Colombia. pp. 95-109.

Savigny, M. F. C de (1839-1847) "*Sistema del Derecho Romano Actual."* Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Tomo I. Segunda edición. Madrid: Centro editorial de Góngora.

Vallet de Goyttisolo, J. B. (1991) "Definición e interpretación del derecho según Michael Villey". *Revista de fundamentación de instituciones jurídicas y derechos humanos,* No. 25. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra. pp. 211-238.

Vigo, R. L. (2006) "*Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*." Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Villey, M. (1979) "*Compendio de Filosofía de Derecho. Definiciones y Fines del Derecho."* Traducción de Jesús Valdés y Menéndez Valdés. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano ● Pág.: 117 – 141

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA EN EL PROCEDIMIENTO ORAL CIVIL VENEZOLANO

SUE'S CALLING IN THE VENEZUELAN CIVIL ORAL PROCESS

Humberto José Angrisano Silva*

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.04

"Para encontrar la pureza en los Tribunales es preciso penetrar en su recinto con espíritu puro ..."
Elogio de los Jueces escrito por un abogado.
Piero Calamandrei

Fecha de Recepción: 20 de octubre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 17 de marzo de 2022

RESUMEN

Entender la oralidad y brevedad como esencia del sistema procesal venezolano, es reconocer el elemento necesario que debe prevalecer en el código, logrando el ideal de zanjar de manera efectiva y eficiente los conflictos de las personas para satisfacer sus derechos. Se establecen en este trabajo 3 objetivos: a) Revisar la interpretación y aplicación de la brevedad como principio en la aplicación supletoria de las normas ordinarias del procedimiento oral; b) Determinar la conceptualización de la experiencia judicial en la interpretación de las normas procesales; c) Precisar la existencia del problema legal que surge de la interpretación extensiva que se ha hecho de la norma supletoria del juicio ordinario y que se encuentra apartado de los nuevos paradigmas constitucionales del proceso; analizando el artículo 865 CPC, que prevé la contestación de la demanda en el procedimiento, según el término único referido a las "reglas ordinarias," para descubrir la correcta aplicación del derecho, atendiendo al fin de satisfacción y seguridad jurídica, que invitan a reconsiderar la interpretación del llamado lapso de emplazamiento y contestación en el procedimiento oral, permitiendo su correcta aplicación con la objetividad, que merece para estar en sintonía con la realidad jurídica que se vive. Luego, y para fines prácticos, se deja un esquema del procedimiento oral. Conclusión: Entender, el concepto de las reglas ordinarias, como aquellas propias del juicio oral, no haciéndolas extensivas al ordinario, porque atenta contra la naturaleza propia de una tutela judicial efectiva.

Palabras Clave: Oralidad, Brevedad, Procedimiento, Reglas Ordinarias, Contestación.

ABSTRACT

Critical study of the "answering of the claim in the Venezuelan civil oral procedure" and its incidence in the due process and the constitutional right to an effective judicial protection of article 26 and the constitutional principles of article 257 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela. To understand orality and brevity as the essence of the Venezuelan procedural system, is to recognize the necessary element that must prevail in our codes, achieving the ideal of settling in an effective and efficient

* **Abogado-Arbitro**, Universidad Santa María. **Especialista en Derecho Procesal** y Doctorando en la Universidad Central de Venezuela. Profesor de la **Escuela Nacional de la Magistratura.** Profesor de Pre y Post-Grado en Derecho Procesal de la **Universidad Central de Venezuela** y **Monteávila**. *Ex* Funcionario Ejecutor de Medidas del Área Metropolitana de Caracas. *Ex* Juez de Primera Instancia y Superior en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y Área Metropolitana de Caracas.

manner the conflicts of the people to satisfy their rights. It is stablished 3 objectives: a) the interpretation and application of brevity as a constitutional procedural principle in the supplementary application of the ordinary rules of the oral procedure; b) To determine the conceptualization of the judicial experience in the interpretation of the procedural rules; c) To determine the existence of the legal problem that arises from the extensive interpretation that has been made of the supplementary rule of the ordinary trial and that is apart from the new constitutional paradigms of the process; analyzing the Article 865 of the Code of Civil Procedure, which anticipates the reply to the claim in the Venezuelan civil oral procedure, according to "ordinary rules," to discover the correct application of the law attending to the purposes of satisfaction and legal certainty that invite to reconsider the interpretation of the so-called time period of summons in the oral procedure, allowing its correct application with the objectivity it deserves to be in tune with the legal reality we live in. Then, and for practical purposes, we leave an outline of the oral procedure. Conclusions: Understand the concept of ordinary rules as those proper to the oral trial, not extending them to the ordinary, because it goes against the very nature of effective judicial protection.

Key Word: Orality, Brevity, Procedure, Ordinary rules, Answer.

PALABRAS PARA EL HOMENAJEADO

Estamos celebrando el trabajo y dedicación de uno de los abogados más reconocidos del país. Procesalista admirado por su obra académica y a quien la providencia nos une en el amor por el Derecho Procesal. Se han colocado como referencia y consulta obligada sus obras, el Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos, en lo personal, es consulta obligada para estudiar algunos asuntos que fueron sometidos a mi conocimiento y en las clases de pregrado bibliografía necesaria. El presente trabajo es resultado de la invitación que se me hicieren a participar en el libro que va a ser editado en homenaje a un gran procesalista venezolano: Abdón Sánchez Noguera, quien ha acompañado a estudiantes y abogados a través de las letras y sensatez de su obra. Los homenajes deben hacerse en vida, allí es donde los hombres y mujeres palpan el verdadero sentido de lo que han logrado, la huella y trascendencia del trabajo académico, profesional y los afectos que han dejado en el transitar de las vidas de quienes tocan con su halo de luz.

Gracias por hacerme parte de esta experiencia en el merecido reconocimiento al maestro Egberto Abdón Sánchez Noguera.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano ● Pág.: 117 – 141

INTRODUCCIÓN

El presente artículo contiene varias reflexiones que hice inicialmente en un curso de la Escuela Nacional de la Magistratura en el año 2006[1] y que aun mantengo insistentemente en las aulas de pre y postgrado sobre el procedimiento oral en el Código de Procedimiento Civil, con motivo de la Resolución dictada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, Nº 2006-00038[2] de fecha 14 de Junio de 2006, publicada en Gaceta Oficial Nº 38.528 del 22 de Septiembre de 2006, que estableció el programa piloto para la implementación del procedimiento oral en las circunscripciones judiciales de Caracas y Maracaibo.

En su obra el maestro Abdón Sánchez Noguera refiere que: *"En nuestra historia republicana se encuentra un antecedente concreto del procedimiento oral, con la característica de ser un juicio puramente verbal en el Código de Procedimiento Civil de 1836, el denominado Código Arandino; se trata del juicio breve que fue tomado de la legislación española y que aplicó a la resolución de pleitos de cuantía mínima."*[3] Para hablar del procedimiento oral contemporáneo en la Venezuela, debe remontarse, contrario a lo que muchos piensan, al año 1985 con la promulgación del Código de Procedimiento Civil. La oralidad penal, Lopna y laboral vinieron años después. Un tema fundamental en la referida reforma del código adjetivo fue la "*omisión*," por llamarla de alguna manera, de no establecer en el artículo 865 de manera precisa el término para la contestación de la demanda, más allá de la expresión utilizada: "*Llegado el día fijado para la contestación de la demanda según las reglas ordinarias*."

El Tribunal Supremo de Justicia, 20 años después de la entrada en vigor del Código de Procedimiento Civil, impulsa la aplicación del procedimiento oral con la Resolución de la Sala Plena, Nº 2006-00038, con la implementación un programa piloto en Caracas y Maracaibo. Sin embargo, la iniciativa encontró escollos importantes, uno de los cuales a mi entender tuvo precisamente que ver

[1] Escuela Nacional de la Magistratura. Programa de Capacitación de Jueces de Municipio. Las Pruebas en el Procedimiento Oral. Caracas, 28 de julio de 2006.
[2] http://www.tsj.gob.ve/resoluciones.
[3] **Sánchez, A.** (2001) "*Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos*." Paredes Editores. Caracas D.F., Venezuela.

con la interpretación que se ha hecho del procedimiento oral en nuestros tribunales.

La carga impuesta por la sociedad termina advirtiendo a quienes tienen en sus manos llevar adelante las políticas judiciales, dar las necesarias respuestas y garantizar el acceso a una justicia que, a pesar de su falta de independencia, autonomía y otredad, hace mandatorio de los ciudadanos de quien al final emana. La improvisación en las políticas judiciales ha dado como resultado respuestas que se han quedado en programas, promesas, proyectos que no son suficientes para cumplir y llevar adelante iniciativas que brinden seguridad, certeza y modernidad a los tribunales. Se hace inevitable adelantar ideas que, en humilde opinión, sirvan para tener un verdadero y real sistema de justicia. El reto es que las personas responsables estén a la altura, cosa difícil en estos días.

1_. El Procedimiento Oral y sus Principios.

El proceso se encuentra dividido en etapas y cada una de ellas tiene una función distinta, por lo que en cada etapa debe realizarse un acto procesal determinado, no pudiendo verificarse en ellas actos que correspondan a otras, o en el tiempo en que la fase procesal no hubiere indicado. La garantía de la legalidad es una de las vértebras del debido proceso, ya que deben satisfacerse las formalidades esenciales del procedimiento para que el Estado o los particulares no vayan más allá de lo que jurídicamente les está permitido.

En la realización de los actos procesales, los tribunales por ser estos órganos del Poder Público deben actuar conforme a la Ley cumpliendo con las formalidades que la misma ha establecido para las actividades de los poderes públicos, ya que el proceso, por ser el instrumento a través del cual se ejerce dicha función pública, los particulares que participan en él están obligados a cumplir con las fórmulas previamente establecidas para que su actuación resulte valida. El artículo 7º del Código de Procedimiento Civil establece*: "...los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales"*. Ello nos lleva a considerar la premisa fundamental que *"El procedimiento civil en consecuencia debe ser efectivo también desde el punto de vista temporal."*[4]

[4] **Leibe**, S. (1998) "*Proceso Civil Alemán*." Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, Colombia.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano ● Pág.: 117 – 141

El juicio oral finalmente en 1999 logra constitucionalizarse por lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución de la República:

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

Continúa en este sentido el profesor Duque Corredor,[5] señalando con respecto a la neutralidad de la norma procesal, el debido proceso, el derecho procesal y el proceso, lo siguiente:

> Partiendo del carácter instrumental que el artículo 257 de la Constitución atribuye al proceso comentaré, dentro de la conceptualización y caracterización de las normas procesales, si en verdad estas normas son neutrales valorativamente, como lo postula el positivismo, o si conforme la concepción tridimensional del derecho, como verdaderas normas jurídicas en razón de su conformidad o no con los valores y principios del ordenamiento jurídico y su relación con el modelo político de Estado, su contenido es axiológico"… "Hoy día la doctrina de mayor aceptación es la que reconoce contenido axiológico a la norma procesal, ya que como toda norma jurídica en ella, como parte del ordenamiento jurídico que intenta organizar la sociedad según los valores superiores de dicho ordenamiento, convergen las dimensiones de todo Derecho: la normativa, la social y la valorativa. Además que por la vinculación del modelo político adoptado por el Estado con el sistema de justicia, de democrático y social, la norma procesal también ha de interpretarse de una manera que no contradiga ese modelo de Estado. (Subrayado Nuestro).

Cualquier abogado desde su época de estudiante, reforzado por la manifestación artística del cine y la televisión, soñaba erguido frente al estrado,

[5] **Duque, R.J.** (2019) "*Apuntes del Seminario Doctoral: Proceso, Tutela Judicial y Estado de Derecho*." Post-Grado UCV Caracas D.F., Venezuela.

alegando y defendiendo posiciones jurídicas, insuflando ideas en distintas generaciones. No obstante, la tradicional manera de ver el proceso mantuvo a raya estas aspiraciones y no fue sino a finales de pasado y principios del nuevo milenio, cuando surgen atisbos de una oralidad judicial en Venezuela; primero en materia penal, luego laboral, LOPNA, agrario, marítimo y así hasta poner en vigencia el procedimiento oral en materia civil, disminuido inicialmente en cuanto a sus competencias por la materia, cuantía y territorio.[6]

Así, el maestro Román José Duque Corredor afirma en este sentido "*…que el conjunto de los principios procesales constitucionales, la consagración de normas procesales constitucionales y la constitucionalización de principios de diferentes procesos, por influjo del derecho internacional de los derechos humanos, tienen trascendencia y determinan criterios de interpretación de las leyes procesales, para que su aplicación resulte conforme con los valores y principios procesales constitucionales.*"[7]

Los principios procesales del procedimiento oral, básicamente se pueden resumir en:

a) **ORALIDAD**: La forma escrita de los actos sólo será admitida en los casos expresamente contemplados en el procedimiento y cuando deban practicarse pruebas antes del debate oral, que requieran el levantamiento de un acta. El debate y las pruebas se tratan de manera pública en audiencia oral. Sobre este aspecto el Magistrado Miguel Ángel Martín Tortabu, ha señalado: *"Como la oralidad ha sido estudiada generalmente como una expresión del acto procesal que se presenta en un proceso judicial, incluso como un principio que informan los juicios, y a veces como un sistema, opinamos que tales enfoques le otorgan a ese elemento una carga pesada que distrae a los estudiosos del derecho del problema nuclear que existe en el sistema de justicia. Ahora, cuando el elemento de la oralidad se estudia para descubrir la correcta aplicación del derecho atendiendo a sus fines de satisfacción y seguridad jurídica, al reconsiderar la interpretación de las bases en que se sustentan la investigación de la oralidad, permite en tal sentido*

[6] Ver Resolución del Tribunal Supremo de Justicia en Sala plena, Nº 2006-00038 de fecha 14 de Junio de 2006, publicada en
Gaceta Oficial Nº 38.528 del 22 de Septiembre de 2006.

[7] **Duque, R.J.** (2019) "*Apuntes del Seminario Doctoral Proceso, Tutela Judicial y Estado de Derecho*." Post-Grado UCV. Caracas D.F., Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano ● Pág.: 117 – 141

su aplicación con la objetividad que merece, y de esa manera estaríamos en sintonía con la realidad jurídica que se vive en las sociedades modernas."[8]

b) **BREVEDAD**: El juez en aplicación supletoria, procurará asegurar la brevedad en el procedimiento oral. Deben evitarse en lo posible las dilaciones inútiles y se niega la apelación de interlocutorias, salvo que expresamente esté señalado el recurso, *"…la brevedad procesal, de rango constitucional, determina que se restrinja el número de sentencias recurribles. Por ejemplo, a las sentencias definitivas o las que tengan fuerza de tales, y que causen cosa juzgada material… La oralidad toma fuerza para abreviar el proceso y para darles mayor contacto a los jueces con la verdad procesal."*[9]

c) **CONCENTRACIÓN**: Todas las actividades del proceso deben hacerse en una o varias audiencias, sin interrupción. Parte integrante del principio de concentración, también denominado por la doctrina *"principio de aceleración,"* [10] es por una parte, el deber de impulso procesal del tribunal complementado por el impulso de las partes, cuya violación puede hacer incurrir en la llamada preclusión.

d) **INMEDIACIÓN**: Es esencial en el procedimiento oral por cuanto tanto el debate, como la aportación de pruebas al proceso, son realizadas en audiencia, *apud iudicem*, que obliga al juez a tener contacto directo con las partes y a asistir al desarrollo de las audiencias. Es el juez que conoce de la causa, quien debe sentenciarla. *"La oralidad no es un principio aislado, ya que los principios procesales integran la misma oralidad, a tal punto que no puede hablarse de oralidad,* ***sin inmediación, sin concentración, sin publicidad,***

---

[8] **Martin, M. Á**. (2015) "*La Cultura de la Oralidad en el Sistema de Justicia*." Monografía. UCV. Caracas D.F., Venezuela.

[9] **Duque, R.J.** (2019) "*Apuntes del Seminario Doctoral: Proceso, Tutela Judicial y Estado de Derecho*." Postgrado UCV. Caracas D.F., Venezuela. *"La oralidad, la brevedad y la proscripción del excesivo ritualismo del proceso, determinan "la necesidad de una reforma profunda de nuestro sistema procesal civil, adaptada a los principios constitucionales de brevedad y oralidad que pregona el artículo 257 de la Constitución. "Justicia tardía no es justicia," ni para los ciudadanos involucrados en el litigio, que tienen un interés privado en solucionar su controversia, ni para la comunidad." (SCS N° 2223 de 22.09.2004, Caso Vinjeca, C. A.")"*

[10] **García, E.** (1997) "*Aporía del Principio Pro Actione en el Ámbito Temporal del Proceso Debido: Crítica de la STC 136/1997*." https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2004604.pdf

*parece más bien una integración de principios que forman un sistema eminentemente técnico procesal. Ha sido Fairén Guillén, quién viene sosteniendo que la oralidad se presenta como un sistema, unido a los diferentes principios que se han señalados con anterioridad, y tales principios son los que integran un sistema que él denomina político-procesal que busca la eficacia del proceso. Fairén, opina que los principios: "**oralidad-concentración-inmediación-publicidad**" integran un sistema político-procesal; destacando que lo político se refiere a la pronta eficacia del proceso, el cual a su vez, se refiere a la accesibilidad de las personas menos acomodadas económicamente, que las llama clases sociales inferiores. Se trata, según el autor español, en la adecuación y practicabilidad que resumía Klein en la utilidad social del proceso.*[11]

2_. El Artículo 860 del Código de Procedimiento Civil Y la Aplicación Supletoria del Procedimiento Ordinario.

El artículo 860, señala: *"Son aplicables supletoriamente en el procedimiento oral las disposiciones del ordinario en todo aquello no previsto expresamente en este Título, pero en estos casos, el Juez **procurará asegurar la** oralidad, **brevedad**, concentración e inmediación del procedimiento oral."* Este aspecto resaltado de la brevedad, es importante considerarlo a la luz de las referencias que se harán más adelante.

La posición del Dr. Frank Petit Da Costa,[12] es *"que el trámite que se ha de dar a los procesos orales es el trámite del procedimiento ordinario, por mandato del artículo 860 que declara aplicable supletoriamente;"* esta afirmación hace revisar en profundidad la posición tan marcada en la doctrina para aceptar la premisa como valida, sin tomar en cuenta variables y principios.

En estas líneas no se pretende repetir lo que se ha dicho de manera reiterada por la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, salvo contadas excepciones, que sostienen convenientemente tal y como lo refiere el artículo 860, que en todo lo no previsto debe aplicarse de manera supletoria las disposiciones

[11] **Guillen, F.** (1975) "*Los Principios Procesales de Oralidad y de Publicidad General y su Carácter Técnico o Político*." Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 2-3, 1975. p. 317. Cit. por Martin Tortabú, M. Á. (2015) "*La Cultura de la Oralidad en el Sistema de Justicia*." Monografía. UCV. Caracas D.F., Venezuela..

[12] **Petit, F**. (2007) "*La Oralidad Civi*l." Editorial Binev, C.A. Caracas D.F., Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano ● Pág.: 117 – 141

del procedimiento ordinario. Sin embargo, pudiérase afirmar que la voz jurídica "*reglas ordinarias*" pudiere rotular otra cosa distinta.

¿Debe entenderse ello como un error o una simple omisión legislativa?

A manera de ejemplo, el homenajeado maestro Abdón Sánchez Noguera[13] indica:

> *Tienen aplicación en el procedimiento oral las formas establecidas para el procedimiento ordinario en cuanto al emplazamiento y la citación del demandado. En consecuencia:*
> *a. El emplazamiento del demandado se hará para la contestación de la demanda que tendrá lugar "el día que fije el tribunal", el cual deberá fijarse para el vigésimo día de despacho siguiente a la citación …omissis.*
> *3. Contestación de la demanda*
> *Conserva la contestación de la demanda la forma escrita del procedimiento ordinario, que deberá presentarse ante el secretario del Tribunal en horas de despacho del día fijado para la contestación,…*

Ciertamente el artículo 860, señala expresamente que *"Son **aplicables supletoriamente en el procedimiento oral las disposiciones del ordinario en todo aquello no previsto expresamente en este Título**,…"* El legislador no estableció, *expresamente o por omisión*, el término para la contestación de la demanda -quizás el acto más importante del procedimiento en cuanto a la garantía constitucionalizada del derecho a la defensa- sino que prefirió la utilización de un término ambiguo.

Ahora, si se revisa detenidamente la disposición legal, ha sido inadvertida en la mayoría de los análisis el imperioso mandato, *"…pero en estos casos, el **Juez procurará asegurar la** oralidad, **brevedad**,…"* En el artículo 860 hay dos (2) verbos transitivos que debe considerarse: **Procurar y Asegurar**. El Juez tiene que garantizar definitivamente, si pretende aplicar las disposiciones del ordinario en todo lo no previsto, los principios que desde 1999 se convirtieron en procesales constitucionales.

---

[13] **Sánchez, A.** (2001) "*Manuel de Procedimientos Especiales Contenciosos*." Paredes Editores. Caracas D.F., Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número1 Especial ● noviembre 2022
Humberto José Angrisano Silva ● Pág.: 117 – 141

La Real Academia Española de la Lengua[14] señala que el vocablo **PROCURAR**, refiere en la primera acepción:

1. tr. Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa; y
por su parte, **ASEGURAR** describe:
1. tr. Hacer que alguien o algo queden seguros o firmes;
3. tr. Confirmar o aseverar la realidad o certeza de algo;
4. tr. Preservar o resguardar de daño a alguien o algo;
5. tr. Hacer que algo quede seguro o garantizado.

Para comprenderlo y a modo de ejemplo, no se está aquí en presencia del supuesto indicado del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil: *"Cuando la ley dice: ''El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad;"* ergo, en el caso del artículo 860 adjetivo el Juez no debe ni puede obrar según su prudente arbitrio, sino que debe garantizar que se cumpla el mandato de asegurar la *brevedad* como principio esencial del procedimiento oral.

3_. El Artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, Emplazamiento Y Contestación Según las Reglas Ordinarias.

"Es más fácil desintegrar un átomo, que un prejuicio"
Albert Einstein

Para comprender la lógica jurídica y el fenómeno de la interpretación, las *reglas* son obviamente un tipo fundamental de premisa en los razonamientos jurídicos. En el marco de las *reglas*, debe hacerse una distinción entre aquellas que confieren poder y las *reglas* puramente constitutivas, a diferencia de las normas regulativas, que se ajustan como agentes del razonamiento jurídico, lo que hace que las llamadas *reglas ordinarias*, sirven como razones auxiliares de la interpretación jurídica, serían el fundamento operativo en el razonamiento jurídico.

[14] https://www.rae.es/

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano ● Pág.: 117 – 141

El sistema de administración e interpretación termina siendo un proceso de pensamiento del ser humano, por ello sino cambiarse la forma de pensar, difícilmente abrirse a nuevas ideas. La premisa siempre es partir de una idea que no se tiene, nuestra visión conceptual del proceso tiene más de 30 años y lo sigue observando aún bajo cánones de la Real Audiencia de la Colonia Española aplicados a estándares "*modernos*." Por tanto, la poca efectividad del proceso tradicional nos hace incurrir de manera constante en la búsqueda y desarrollo de una tutela judicial efectiva. Para cambiar, debe cuestionarse, porque lo concibe así, o si hay otra manera mejor de hacerlo, o si se puede cambiar la realidad. Se reputa que la visión, la verdad es la forma y, por lo general, se trata de justificar lo que se hace, esto pasa porque todos son en esencia ignorantes de que hay otras maneras, que se desconoce la verdad del otro, pero también a veces la verdad propia.

El artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, objeto principal de estudio refiere: *"Llegado* ***el día fijado para la contestación de la demanda según las reglas ordinarias****, el demandado la presentará por escrito y expresará en ellas todas las defensas previas y de fondo que creyere conveniente alegar."*

Aquí corresponde expresar las siguientes interrogantes:

i. **¿Por qué se omitió establecer de manera clara y precisa el término para la contestación de la demanda, que ofrece garantías sustanciales al debido proceso?**
ii. **¿Por qué en vez de acudir al vocablo, procedimiento ordinario, se prefirió la utilización de la expresión "*reglas ordinarias*"?**
iii. **¿Acaso el legislador consideró que debía dejarse abierta la posibilidad que la jurisprudencia determinara que la expresión *reglas ordinarias* debía referirse a aquellas utilizadas en un procedimiento oral?**

En las próximas líneas se tratará de dar respuesta con una visión amplia y procesal a estas preguntas y habiendo fallecido los autores del vigente Código, se establece el análisis solo como un ejercicio discursivo desde una perspectiva lógica y funcional.

¿Como interpretar una norma que plantea la dificultad inicial de aceptar de manera valida los (20) días como término para la contestación?

Debe revisarse el argumento apagógico o de *reductio* ad *absurdum* o de la hipótesis del legislador razonable. *"Este tipo de argumento postula que determinadas interpretaciones de la norma no son posibles por cuanto ellas llevarían a consecuencias inaceptables. Esto significa que la norma debe ser interpretada de una determinada manera, porque las demás interpretaciones conducen a un resultado absurdo. Así, el enunciado A debe ser interpretado como A(I) según la interpretación teleológica, porque cualquier otra posibilidad de interpretarlo como A(II) dará lugar a un absurdo."*[15]

La contestación en el procedimiento ordinario corresponde a un lapso de veinte (20) días, dentro del cual la parte demandada puede presentar su contestación en cualquiera de ellos. En el procedimiento oral, curiosamente el legislador habló del ***día fijado para la contestación***. La técnica legislativa en el Código de Procedimiento Civil, ubica el procedimiento oral en el Libro Cuarto, de los procedimientos especiales, Titulo XI; el Titulo XII inmediatamente anterior al procedimiento breve que establece de manera coincidente en su artículo 883 **un término para la contestación de la demanda**: *"El emplazamiento se hará **para el segundo día siguiente a la citación** de la parte demandada, citación que se llevará a cabo conforme lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV del Libro Primero de este Código."*

El maestro Pedro Alid Zoppi, en su obra "*Soluciones a Errores en el Código de Procedimiento Civil*," cuando analiza la equivocada ubicación del procedimiento oral, señala que este se configura no como un procedimiento especial contencioso, *"…sino propiamente -y técnicamente- el futuro sustituto del procedimiento ordinario… De modo que el (procedimiento) breve es, por decirlo, un procedimiento sustitutivo y hasta paralelo a otros procedimientos especiales, no así el "oral."*[16]

Cuando se indica en el procedimiento oral que la contestación se hará el día fijado según las *reglas ordinarias*, se encuentra claramente ante una incongruencia interpretativa que surge de la imposibilidad de considerar

[15] **Tarello, G.** (1980) "*La Interpretación de la Ley*." Tratado de Derecho Civil y Comercial. Giuffré Editor. Milán, Italia.
[16] **Zoppi, P.** (1989) "*Soluciones a Errores en el Código de Procedimiento Civil*." Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano ● Pág.: 117 – 141

similitudes entre el procedimiento ordinario y el oral en esta materia, ya que existe la diferencia natural entre un término (Art. 865) y un lapso (Art. 344), lo que complica aceptar aún más como valida la tesis interpretativa de asimilar la contestación de la demanda en el procedimiento ordinario con el oral, ya que de manera agregada ello termina convirtiéndolo en uno más largo que el propio juicio ordinario.

Frank Petit Da Costa refiere en su obra La Oralidad Civil[17] citando a Sánchez Noguera en su obra *El Principio de la Oralidad en los Procedimientos Civil y de Protección del Niño y Adolescente*, que la interpretación literal y utilización del vocablo "*fijado*" para transformar un lapso en término, obra contra la prohibición de modificar al formas procesales por parte del Juez, dejando señalado que se está en presencia de un error legislativo, derivado del Proyecto de 1975 que establecía el 10º día para contestación en el juicio ordinario, pero que luego fue cambiado al lapso de 20 días, y por error, no fue corregido en el artículo 865.

Debe revisarse la posición sobre el problema de interpretación que plantea en la obra "*El rol del juez en una sociedad democrática*" Diego J. Duquelsky Goméz, cuando refiriéndose a lo expresado por Dworking, para entender la problemática en la interpretación refiere: *"El eje de la propuesta de nuestro autor consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado sólo por normas, sino también por directrices y principios. La diferencia entre las normas y las directrices o principios es fundamentalmente lógica. Las normas funcionan bajo un esquema de "todo o nada", o son aplicables a un caso o no lo son. Y su validez depende de un test de pedigree, es decir, de haber sido creadas conforme un cierto procedimiento."*[18]

Pudiera pensar -*criterio no compartido*- que el Legislador efectivamente "*omitió*" por así decirlo, sin razón justificada, establecer el término o lapso más importante para que el demandado tuviese la oportunidad cierta para contestar la demanda, brindándole las garantías procesales necesarias. Sin embargo, ese mismo legislador advirtió que en todo lo no previsto, el Juez al aplicar de manera supletoria las disposiciones del juicio ordinario debía asegurar, entre otros, la brevedad como uno de los baluartes del procedimiento oral. El propio legislador

---

[17] **Petit Da Costa, F.** (2007) "*La Oralidad Civil*." Editorial Binev, C.A. Caracas D.F., Venezuela

[18] **Duquelsky, D. J.** "*El Rol del Juez en una Sociedad Democrática*." https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-nacional-de-tucuman/filosofia-del-derecho/apuntes-de-clase/duquelsky-diego-el-rol-del-juez-en-una-sociedad democratica/4349088/view

le indica al Juez la necesidad de asegurar, cuando deba aplicar las disposiciones del procedimiento ordinario, la *brevedad* como principio fundamental del procedimiento oral.

> **¿Si se hubiese deseado que en el emplazamiento se aplicara el procedimiento ordinario, por qué no dejarlo establecido rotundamente?**

Sobre el análisis de esta norma, es necesario adecuar los principios procesales como instrumentos de interpretación de la coherencia y racionalidad del proceso, como señala el maestro Román José Duque Corredor (2019):

> Estos principios son los que le dan cientificidad al derecho procesal y permiten su sistematización, y, que, por lo tanto, son criterios u orientaciones para una interpretación coherente, armónica y razonable de los normas procesales, mediante la apreciación de los valores jurídicos que representan. Por tanto, en caso de dudas los principios procesales son los principios generales del derecho procesal que permiten garantizar las garantías judiciales del debido proceso y que el proceso sea en verdad un instrumento de la efectividad de la jurisdicción, es decir, de la tutela jurídica judicial.[19]

Describe el maestro Duque que los principios procesales son instrumentos de integración del ordenamiento jurídico procesal en caso de lagunas procedimentales y que los jueces estarían obligados a tomar decisiones incluso en los casos de silencio, contradicción, falla de la ley, vaguedad y ambigüedad de sus disposiciones, tal y como lo dispone el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil.

> En estos casos, los principios procesales aportan la solución para llenar esas lagunas o vacíos de las leyes procesales. Esta función está implícitamente consagrada en el artículo 7º del CPC, al

[19] **Duque, R.J.** (2019) "*Apuntes del Seminario Doctoral: Proceso, Tutela Judicial y Estado de Derecho*." Post-Grado UCV. Caracas D.F., Venezuela.

> señalar que en los casos en que la ley no señale la forma para la realización de algún acto, son admisibles todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del acto no regulado. En ambas funciones la constitucionalización de los principios procesales obra como criterio general de interpretación y de integración del ordenamiento jurídico procesal.[20]

¿Qué ha sucedido en la experiencia judicial civil?

Los tribunales atendiendo a la práctica común y exegética, fijan un lapso -*no término*- para la contestación en el procedimiento oral de veinte (20) días, igual al previsto en el juicio ordinario -artículo 344 del Código de Procedimiento Civil- porque se ha entendido -de manera errada por años- que el texto del artículo 865 de dicho código, se refiere al juicio ordinario, cuando textualmente lo que marca es que *"Llegado el día de la contestación de la demanda según las reglas ordinarias, el demandado la presentará por escrito y expresará en ella todas las defensas previas y de fondo, que creyere conveniente alegar..."*

Hoy en día considero que la discusión del *término y lapso*, pese a la presuntiva no corrección del error sobre la fijación del término, está ampliamente superada, tomando en consideración el tratamiento que la jurisprudencia y la doctrina han dado al *ejercicio anticipado* de los medios de defensa y recursivos.

La interpretación literal y limitada de la norma para algunos académicos, profesores, procesalistas y Jueces, cuando hace referencia a las "***reglas ordinarias***" es asimilar dicha expresión al "*juicio o procedimiento ordinario,*" alegando que donde el legislador fue claro en la literalidad de la pronunciación positiva, no cabe una interpretación amplia.

Si bien los artículos 26 y 257 del texto constitucional exigen explícitamente un procedimiento sumario y oral más allá de las formalidades no esenciales, muy posterior al código adjetivo civil de 1986, no impide atender la interpretación constitucional de sus normas a la luz de los presupuestos constitucionales:

---

[20] **Duque, R. J.** (2019) "*Apuntes del Seminario Doctoral: Proceso, Tutela Judicial y Estado de Derecho*." Post-Grado UCV. Caracas D.F., Venezuela.

> Los principios procesales son instrumentos de interpretación e integración de las normas del proceso y del derecho. En este particular debe recordarse que constitucionalmente el acceso a la jurisdicción tiene por finalidad la tutela judicial efectiva de los derechos, de acuerdo con el artículo 26 constitucional, y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la Justicia, según el artículo 257 de la actual Constitución.[21]

Es importante destacar que el Código de Procedimiento Civil, en diversidad de procedimientos, remite en forma expresa a las normas del procedimiento ordinario o breve, verbigracia: Artículos 450, 652, 673, 725, 731, 734, 770, 780 y algunos otros. El propio articulado del procedimiento oral hace referencia expresa en el artículo 872: *"…En la evacuación de las pruebas se seguirán* ***las reglas del procedimiento ordinario*** *en cuanto no se opongan al procedimiento oral…"* y el 879*: "En segunda instancia se observarán* ***las reglas previstas para el procedimiento ordinario;"*** en otras disposiciones del referido capitulo hace clara referencia a dicho procedimiento -ex artículos 860, 868 y 878.

Pero, curiosamente, la expresión ***"reglas ordinarias,"*** aparece solamente utilizada por el legislador **UNA VEZ** en el Código de Procedimiento Civil**.** Ello nos lleva entonces a considerar que la transcripción semántica y **ÚNICA** del artículo 865, entendida como premisa fundamental desde el punto de vista literal-gramatical, que "***las reglas ordinarias***" deben entenderse como aquellas que deben ser aplicadas al procedimiento oral, que garanticen y aseguren por mandato del propio artículo 860 la brevedad, la oralidad y la inmediación, aceptando como valida la posibilidad de interpretar que estas *reglas* son las que están acordes con los supuestos derivados de la naturaleza del propio procedimiento oral.[22]

---

[21] **Duque, R. D**. (2019) "*Apuntes del Seminario Doctoral: Proceso, Tutela Judicial y Estado de Derecho*." Post-Grado UCV. Caracas D.F., Venezuela.

[22] En este sentido, se ha encontrado en las decisiones emitidas por el Tribunal del Municipio Andrés Bello del Estado Bolivariano de Miranda a cargo del Juez Agfadoule Agrinzones F, quien

Aceptar la interpretación contraria y establecer un término o lapso procesal de veinte (20) días para contestar la demanda en el procedimiento oral, atenta de manera natural contra los principios y garantías que hoy se encuentran consagrados y reconocidos ampliamente en la Constitución y la jurisprudencia. Continuar reconociendo la fijación de un lapso de 20 días para contestar la demanda, convierte al procedimiento oral en un procedimiento que atenta contra el principio de brevedad constitucional, implica una violación flagrante de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8º de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y los principios establecidos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, se debe entender que las *"reglas ordinarias"* de un procedimiento oral incumben a aquellas propias de estos procedimientos que garanticen una tutela judicial no solo eficaz, sino también eficiente. Al respecto algunas decisiones de los tribunales han realizado esta interpretación y asignan un lapso de 8, 6, 3 y 2 días.[23]

Por ello, resulta viable considerar unificar criterios al respecto, para determinar que el lapso de contestación de la demanda cuente con las debidas garantías procesales, lo cual debe asumir la jurisprudencia de los tribunales venezolanos. Queda en manos de quienes tienen a cargo la responsabilidad, revisar los paradigmas judiciales y aplicar en puridad de derecho los fundamentos para lograr una justicia oral cónsona con los tiempos modernos.

Hoy se enfrenta a algo más difícil y complicado que una interpretación, al desencadenamiento de una realidad judicial que nos golpea desde hace un

---

ha venido sosteniendo de manera reiterada este punto, ordenando en los autos de admisión un lapso menor para la contestación de la demanda que ha variado con los años.
https://vlexvenezuela.com/vid/anibal-gonzalez-ojeda-eddy-rafael-quintana-3057503787

[23] Juzgado del Municipio Andrés Bello de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda. San José de Barlovento, 13 de julio del año 2010. Auto de admisión de demanda de reparación de daños y perjuicios ocasionados en accidente de tránsito. Juez titular, Agfadoule José Agrinzones Farray Expediente: N° 2010 – 652:
"En relación al lapso de emplazamiento para la contestación de la demanda, hasta tanto se produzca un pronunciamiento ratificatorio o modificatorio por decisión de instancias judiciales superiores, o bien con la promulgación de nueva ley, entiéndase así, en concreto este despacho se acoge al lapso del Procedimiento Breve establecido en el artículo 883 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que la brevedad allí fijada por el legislador, representa "La Regla Ordinaria" a la que hace referencia y remite el artículo 865 del Código Adjetivo en comento. En consecuencia se fija prudencialmente en el presente procedimiento a seguir, el segundo día de despacho siguiente…"

tiempo con indudables sesgos dogmáticos y políticos. La dirección judicial del Tribunal Supremo de Justicia se ha centrado en implementar procedimientos orales diferentes para cada materia, desvirtuando el mandato constitucional que orienta la uniformidad de las leyes procesales. La pandemia del COVID-19 y la paralización de la justicia, retrograda en sus concepciones, nos enfrentó a una realidad: La inoperancia del sistema judicial venezolano.

4_. La Búsqueda de la Uniformidad en los Procedimientos.

Es necesario retomar la bandera de hace 30 años del Código Modelo Procesal para Iberoamérica, ***un procedimiento común para todas las competencias***, donde se desarrollen mecanismos que garanticen el debido proceso y el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos. En Venezuela, se mantiene aún políticas de multiplicidad de procedimientos, cada competencia se adueña de ello como si fuera una suerte de feudo.

Así, dentro de las contradicciones comunes, se encuentra, que la política judicial en los últimos 20 años ha sido implementar procedimientos orales diferentes, desvirtuando el mandato constitucional que orienta la uniformidad de las leyes procesales. Hoy se está viviendo ese error con un nuevo Código Orgánico Procesal Civil. *"Los proyectos propios de un activismo judicial, suelen tener maniobras de distracción para eludir materias fundamentales y desviar la discusión hacia temas que propiamente exceden lo legal y procesal."* [24] Por ello, se somete la propuesta de aprovechar y trabajar por un procedimiento común, que incluya el digital, orientado en el sentido de la uniformidad constitucional.

I. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO ORAL

A. Introducción de la Causa.
B. Instrucción Preliminar.
C. Audiencia Preliminar.
D. Fijación de los Hechos.
E. Audiencia o Debate Oral.

[24] **Duque, R.J.** (2021) "Comentarios Sobre la Reforma Procesal Civil." Caracas D.F., Venezuela. (Mes de Febrero).

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano ● Pág.: 117 – 141

A. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA.

Demanda Escrita (Art. 864 CPC)

Requisitos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

Carga de acompañar la prueba documental y testimonial.

a. Admisión de la demanda.

Aplicación de los artículos 341 y 342 del Código de Procedimiento Civil.

Emplazamiento. Reglas ordinarias del procedimiento oral (art. 865 CPC).

b. Contestación de la Demanda.

Contestación escrita. (Art. 865 CPC)

Deberán proponerse todas las defensas de fondo, cuestiones previas, reconvención y cita en garantía.

Carga de acompañar la prueba documental y testimonial.

B. INSTRUCCIÓN PRELIMINAR.

Las cuestiones previas deben resolverse antes de la audiencia oral: (art. 866 CPC)

Se tramitan de la misma forma que en el procedimiento ordinario, con la diferencia:

Se abre una articulación probatoria de ocho (8) días si alguna de las partes lo solicita o hay contradicción, decidiéndose al octavo día siguiente al vencimiento de dicha articulación probatoria (art. 867 CPC).

C. AUDIENCIA PRELIMINAR.

Una vez subsanadas las cuestiones previas, verificada la contestación de la demanda y de la reconvención, se fijará día y hora para que tenga lugar la audiencia preliminar, para uno de los 5 días siguientes. (Primer Aparte del art. 868 CPC). Para el caso en que se proponga cita en garantía, la audiencia preliminar se fijará al día siguiente de contestada la cita (Primer Aparte del art. 869 CPC).

a. Trámites de la Audiencia Preliminar.

i. Cada parte deberá expresar si conviene o no:

ii. En los hechos que pretende probar la contraparte, determinándolos con claridad.
iii. Los que consideren admitidos o probados con las pruebas aportadas con la demanda y la contestación.
iv. Las pruebas que consideren superfluas, impertinentes o dilatorias.
v. Las pruebas que se pretenden promover en el lapso probatorio. Carga procesal. Arts. 17 y 170 CPC.
vi. Las observaciones que contribuyan a la fijación de los límites de la controversia.
vii. Se levantará acta y se agregarán los escritos de las partes.

D. FIJACIÓN DE LOS HECHOS

Por auto razonado fijando los límites de la controversia y deberá dictarlo el Juez dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia preliminar. En este mismo auto se abrirá el lapso probatorio de cinco (5) días para promover las pruebas sobre el mérito de la causa que hayan sido anunciadas en la audiencia preliminar. Éste auto es inapelable (Segundo Aparte del art. 868 CPC).

a. Lapso Probatorio.

Promoción ⇒ 5 días ⇒ Admisión ⇒ día siguiente.

El Juez fijará prudentemente el lapso de evacuación de pruebas que no deberá exceder de treinta (30) días.

E. AUDIENCIA O DEBATE ORAL.

Deberá ser fijada por el Juez para uno de los 30 días siguientes al vencimiento del lapso de evacuación. (Último aparte del art. 869 CPC).

a. Reglas de la Audiencia.

i. Es presidida por el Juez: (art. 870 CPC) quien tiene amplias facultades disciplinarias para su eficacia.
ii. Si ninguna de las partes o sus apoderados se presentan a la audiencia, se extingue el proceso: (art. 871 CPC).
iii. Si comparece una de las partes se procederá a evacuar las pruebas promovidas por ella: (art. 871 CPC).
iv. No se evacuarán las pruebas de la parte ausente, respetando el principio de la comunidad de la prueba: (art. 871 CPC).

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano ● Pág.: 117 – 141

v. No se permite la presentación de escritos o lectura de estos, salvo que se trate de instrumentos o pruebas que existan en autos, a los que deba referirse la exposición oral: (art. 872 CPC).
vi. No se redactará Acta de cada prueba en particular, pero se dejará un registro de la audiencia: (art. 872 CPC).

b. Desarrollo de la Audiencia.

El Juez indicará el tiempo fijado para la duración de la audiencia oral. El demandante hará una breve exposición, seguida por la del demandado. Estas exposiciones consistirán en un resumen de los alegatos de cada una de las partes y del resultado de las pruebas practicadas, que se van a recibir en ese acto, y del anuncio de las que se evacuarán en el mismo acto. El Juez fija el tiempo para las exposiciones, y una vez concluidas las mismas, dispondrá que se reciban las pruebas del actor y luego las del demandado. Los testigos promovidos con el libelo o con el escrito de contestación, admitidos en el auto de promoción de pruebas, rendirán declaración y serán repreguntados (Artículo 873 CPC). Se evacuarán las posiciones juradas promovidas por las partes. Necesidad de citación personal en posiciones juradas.

Para la recepción de la prueba de experticia, los expertos serán llamados al debate oral para escuchar sus conclusiones y para que las partes hagan sus observaciones, sin lo cual carecerá de eficacia y no podrá ser estimada por el Juez: (art. 862 CPC)

c. Desarrollo de las Pruebas: (Arts. 862, 872 y 873 CPC).

Todas las pruebas han de practicarse en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban realizarse fuera de la audiencia. La contraparte del promovente podrá hacer las observaciones que considere pertinentes, sobre el resultado o mérito de las pruebas. El Juez podrá interrogar a los testigos, expertos y a las partes. Las pruebas se evacuarán bajo la dirección del Juez que va a dictar la sentencia, salvo la necesidad de comisionar a la autoridad judicial de otra circunscripción judicial. Las partes tienen la carga de presentar a los testigos promovidos.

El Juez puede hacer cesar la intervención de la contraparte del promovente en la audiencia oral. Esta audiencia puede prolongarse a solicitud de las partes,

previa aprobación del juez. También puede el juez fijar la continuación de la audiencia, dentro de los 2 días siguientes para agotar el debate, o las que sean necesarias hasta agotarlo. Si bien no está señalado en el CPC, debe darse oportunidad para que las partes presenten conclusiones en el debate.

Concluido el debate, el juez se retirará por un tiempo no mayor de 30 minutos, debiendo las partes permanecer en la Sala de Audiencias. De vuelta el juez emitirá su decisión en forma verbal, expresando en el acta el dispositivo del fallo, debiendo consignar el fallo completo en el plazo de 10 días después de finalizada la audiencia, de lo cual dejará constancia el secretario. (A partir de aquí se computa el lapso para apelar).

d. Sentencia.

Se dicta un fallo sin narrativa, ni transcripción de actas o instrumentos que consten en autos. Debe expresar los motivos de hecho y de derecho de la decisión. Debe cumplir los demás requisitos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

e. Apelación.

Se sustancia por los trámites del procedimiento ordinario. (art. 879 CPC)

f. Casación.

No existe recurso de Casación en el Procedimiento Oral.

CONCLUSIONES

Cuando el legislador no indicó el termino o lapso para la contestación en el procedimiento oral, utilizando la formula, *"el día fijado según las reglas ordinarias,"* dejó una situación que nos trae hoy al análisis.

La fuerza del paradigma procesal, siempre nos orienta hacia la tradicional interpretación y nos desvía del reto de los cambios que deben afrontarse. Si se ve con atención, el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, no dice de manera expresa que la contestación se verifica por el procedimiento ordinario y la primera señal, es aquella que diferencia al lapso del ordinario del término en el oral. Hoy el paradigma se rompe, si se interpreta que en el país existen hoy *reglas ordinarias comunes aplicables a un procedimiento oral*. Aceptar como válida la

interpretación "*cómoda*" de los veinte (20) días para la contestación, es reconocer que el procedimiento oral termina siendo incluso más largo que el ordinario, lo cual resulta contrastante desde todo punto de vista lógico procesal. Un procedimiento, que desarrolle los mecanismos que garanticen el debido proceso y el derecho a la defensa, resultan claves.

La Constitución del año 1999, refiere en el artículo 257: *"El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.* ***Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites*** *y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales."*

Quiero dejar en estas conclusiones algunos aspectos que pueden tomarse en cuenta para implementar una verdadera y moderna concepción de lo que puede ser la justicia en Venezuela ante la inminente reforma procesal civil. Trabajar en un Código Procesal General Común para todas las competencias, que incluya un procedimiento digital con implementación de la certificación electrónica de firmas que garantice autenticidad e integridad de los documentos, que incluya la firma electrónica de las sentencias y actos judiciales, así como la gestión diaria del tribunal.

i. La posibilidad de realizar vía digital cualquier petición o solicitud de copias simples o certificadas, la cual será remitida de igual manera certificada por el tribunal.
ii. La citación o notificación electrónica, la cual puede apoyarse en un registro del Poder Judicial.
iii. La eliminación total de papel y material de oficina (Hoy día inexistente en los tribunales y suplidos por terceros).
iv. El acceso a una plataforma digital única, donde cada tribunal tenga su sitio web para proveer los servicios al público. Donde no solamente puedan hacerse consultas en línea de los expedientes, sino gestionarse las causas de manera digital. Mientras ello se materializa, la utilización de correos electrónicos registrados y una simple base de datos que permita el archivo digital de las causas, con los soportes respectivos.

v. La posibilidad de registrarse en el sistema para recibir actualizaciones por email o mensajería de texto.
vi. La integración con los Entes del Estado nacionales, estatales y municipales para realizar las notificaciones en los procedimientos donde tenga interés a las direcciones previamente registradas. De igual forma proceder con la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General y la Contraloría General.
vii. Posibilidad de celebrar audiencias de manera virtual y la transmisión en vivo por internet.
viii. Creación de tribunales especializados de menor cuantía, jurisdicción voluntaria, ciertos asuntos laborales y de protección de niños, niñas y adolescentes, 100% digitalizados, donde se aplique la mediación y la conciliación como alternativa válida para una eficaz y eficiente administración de justicia.
ix. Brindar un verdadero acceso a la justicia 24 horas al día, 7 días a la semana, 365 días al año.
x. Sistema de gestión judicial en línea que permita la consulta de los expedientes vía internet desde cualquier lugar.

Hay que ser artífices del futuro, hay que cambiar la conciencia y enfrentar con optimismo y sobre todo con ganas de libertad, no solo para romper paradigmas, sino las cadenas que oprimen a los venezolanos.

"El circo sigue mientras haya gente que aplauda a los payasos".

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Duque, R.J. (2021) "*Comentarios Sobre la Reforma Procesal Civil*." Caracas D.F., Venezuela. (Mes de Febrero).

Duque, R. (2019) "*Apuntes del Seminario Doctoral: Proceso, Tutela Judicial y Estado de Derecho*." Postgrado UCV. Caracas D.F., Venezuela.

Duquelsky, **D.** "*El Rol del Juez en una Sociedad Democrática*." https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-nacional-de-

tucuman/filosofia-del-derecho/apuntes-de-clase/duquelsky-diego-el-rol-del-juez-en-una-sociedad-democratica/4349088/view

García, E. (2004) "*Aporía del Principio Pro Actione en el Ámbito Temporal del Proceso Debido: Crítica de la STC 136/1997*." https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2004604.pdf

Leibe, S. (1998) "*Proceso Civil Alemán*." Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, Colombia.

Martín, M. (2015) "*La Cultura de la Oralidad en el Sistema de Justicia*." Monografía. UCV. Caracas D.F., Venezuela.

Petit, F. (2007) "*La Oralidad Civil*." Editorial Binev, C.A. Caracas, Venezuela.

Sánchez, A. (2001) "*Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos*." Paredes Editores. Caracas D.F., Venezuela.

Tarello, G. (1980) "*La Interpretación de la Ley. Tratado de Derecho Civil y Comercial*." Giuffré Editor. Milano, Italia.

Zoppi, P. (1989) "*Soluciones a Errores en el Código de Procedimiento Civil*." Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela.

http://www.tsj.gob.ve

Twitter @GacetaOficial

LA EFICACIA PARCIAL DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS EN MATERIA DE FAMILIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ CIVIL

THE PARTIAL EFFICACY OF THE FOREIGNER'S COURT DECISIONS IN FAMILY LAW: SPECIAL REFERENCE TO THE INTERPRETATION AND THE ARGUMENTATION OF CIVIL JUDGE

Cristina Beatriz Figueredo González[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.05

Fecha de Recepción: 01 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 31 de enero de 2022

RESUMEN

La interpretación y argumentación judicial es un precedente en el pase de Exequátur permiten que sentencias extranjeras, que no cumplan los requisitos exigidos por la ley venezolana tengan una eficacia parcial. La Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros permite que la eficacia parcial de las sentencias extranjeras sea concebida como Derecho Positivo, consagrado en los Artículos 4 de la referida Convención, 53 y 54 de la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP), siendo las normas que fundamentan la eficacia parcial de sentencias extranjeras en Venezuela. La presente investigación es desarrollada a través de diseño bibliográfico, investigación descriptiva y analítica, producto de la necesidad de resolver casos prácticos legales. Como conclusión se señala, que la eficacia parcial del Exequátur resulta de la atribución exclusiva de la jurisdicción al Estado venezolano, al tratarse de bienes inmuebles y derechos reales ubicados en la República Bolivariana de Venezuela.

Palabras Clave: Competencia, Eficacia Parcial, Exequátur, Jurisdicción, Orden Público**.**

ABSTRACT

Judicial interpretation and argumentation have precedent in the pass of Exequátur allowed that foreign judgment, that doesn`t fulfilled the requirements demanded by the Venezuelan law had a partial efficacy. In fact, since the ratification of the (CIEESLAE) about the partial efficacy of the foreign judgment which receives consecration has positive right, as indicate the doctrine the articles 4, 53 and 54 of the said convention and the International Private Law, respectively, are the only precepts that give normative substrate to partial efficacy of foreign judgment in Venezuela. This investigation has been developed through a bibliographic design by means of a descriptive and analytical research, as conclusion it's has been determined that the partial efficacy of the exequatur results to be an exclusive attribution of the jurisdiction to Venezuelan State, when it comes to goods and real rights that relapse over goods and property located in Republican Bolivarian of Venezuelan territory.

Key Word: Competence, Partial Efficacy, Exequatur, Jurisdiction, Public Order.

---

[1] Abogada Egresada de la Universidad de los Andes (1990). Especialista en Derecho Mercantil: Mención Derecho de Sociedades. Doctorando en Ciencias Jurídicas en la Universidad del Zulia. Miembro de la Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Mérida. Profesora Ordinaria de las Cátedra de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes (ULA). Profesora de Post-Grado de Derecho Mercantil: Cátedra de Comercio Electrónico y Derecho de Informática. Profesora en la Universidad Bicentenaria de Aragua: Postgrado de Derecho Procesal Civil. Abogado en Ejercicio. **Correo Electrónico:** crisfigueredog@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El exequátur es el procedimiento judicial en virtud del cual, las sentencias extranjeras definitivamente firmes, en materia civil y mercantil, pueden producir el efecto de cosa juzgada o ser ejecutadas en un Estado distinto de aquél que las dictó. Mediante este procedimiento la sentencia extranjera se nacionaliza. No podrán ser objeto de exequátur las decisiones dictadas por organismos que no son órganos jurisdiccionales de alguna soberanía.

A través del pase o exequátur la sentencia extranjera, se incorpora al derecho nacional y adquiere la garantía ejecutiva indispensable para que el órgano ejecutor la haga cumplir. Esta institución, es también definida como el procedimiento previó que requiere la sentencia extranjera dictada en materia de derecho privado para tener fuerza de cosa juzgada en Venezuela.

En consecuencia, el *exequátur* como procedimiento, es una necesidad condicionante para que una sentencia dictada por un Tribunal extranjero pueda tener efectos extraterritoriales, debido a que los tribunales propios están faltos de facultades para ejecutar sus sentencias en territorio de otros Estados.

DESARROLLO

1_. Competencia y Jurisdicción.

A pesar de que los términos de competencia y jurisdicción no son sinónimos, con frecuencia se confunden los conceptos, es por ello que debemos aclarar que la competencia nos permite conocer cuál de todos es el Tribunal que tiene la facultad para conocer de un determinado asunto o causa, en este sentido el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, estatuye que la competencia por la materia se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute, y por las disposiciones legales que la regulan[2]. Mientras que la jurisdicción es una función del Estado, que emana en forma directa de su soberanía, de poder hacer efectiva la norma jurídica aún en contra de la voluntad del propio obligado, en materia procesal la jurisdicción es un presupuesto así lo contempla el artículo 1°

[2] **Gaceta Oficial N° 4.209** Extraordinario de Fecha 18 de Septiembre de 1990. Código de Procedimiento Civil.

del Código de Procedimiento Civil, que señala que la jurisdicción civil, salvo disposiciones especiales, se ejerce por los jueces ordinarios de conformidad con las disposiciones de este Código.

Contempla igualmente el citado Código de Procedimiento Civil, en su artículo 2° -hoy derogado por el artículo 47 de la Ley de Derecho Privado- la inderogabilidad de la jurisdicción en favor de una jurisdicción extranjera ni de árbitros que resuelvan en el exterior cuando se trate de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no sea posible disponer, o afecten principios esenciales de orden público.

2_. Fuentes.

La fuente es aquello de donde brota el conocimiento, lo que genera una idea o un hecho. Según Carnelutti (1968) son fuentes del Derecho: "La ley, la costumbre, el uso, las sentencias y los contratos." Pág 25. Las subdivide en cuanto a la forma, en generales y especiales, en explícitas como la Ley e implícitas como la costumbre y en autónomas y complementarias. La mayor parte de la doctrina solo considera como fuentes jurídicas a las que engendran normas de carácter general y abstracto.

El Artículo 1° de La Ley de Derecho Internacional, señala que las fuentes que regulan los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros son: a) las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia; b) lo establecido en los Tratados Internacionales vigentes en Venezuela; c) las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; d) la analogía y e) los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

3_. Exequatur.

3.1_. Requisitos Para la Eficacia de las Sentencias Extranjeras.

El Artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado prevé la procedencia de la eficacia de las sentencias extranjeras que hayan sido dictadas en materia de Derecho Privado, siempre que cumplan las siguientes precisiones:

a) Que la sentencia haya sido dictada en materia civil o mercantil;

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Cristina Beatriz Figueredo González ● Pág.: 142 – 174

b) que tenga carácter de cosa juzgada con arreglo a la Ley del Estado donde fue emitida;

c) que no se trate sobre bienes inmuebles situados en la República Bolivariana de Venezuela y que no se le haya quitado la competencia a un Tribunal venezolano;

d) que el Tribunal sentenciador tenga competencia para conocer de la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el Capítulo IX de la Ley;

e) que el demandado haya sido citado conforme a la ley y se le hayan respetado las garantías procesales que aseguren su defensa;

f) que no sea incongruente con sentencia que goce de autoridad de cosa juzgada y que no se halle pendiente en tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto, ni entre las mismas partes incoado con antelación al pronunciamiento de la sentencia extranjera.

3.2_. Procedimiento para las Ejecutorias de Sentencias Extranjeras.

La Sala Político-Administrativa del TSJ en Sentencia N° 1.561 del 4 de Julio del 2000 estableció que debe aplicarse lo establecido en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado,[3] quedando derogados los artículos 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil, donde señala los requisitos que deben concurrir para que las sentencias extranjeras tengan efecto en Venezuela.

El artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado (1998) en mención, establece lo siguiente:

> *Las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos: 1. Que hayan sido dictadas en materia civil o mercantil o, en general, en materia de relaciones jurídicas privadas; 2. Que tengan fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la ley del Estado en el cual han sido pronunciadas; 3. Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio; 4. Que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer*

[3] **Gaceta Oficial N° 36.511** de Fecha 06 de Agosto 1998. Ley de Derecho Internacional Privado.

de la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el Capítulo IX de esta Ley; 5. Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa; 6. Que no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera.

3.2.1_. Solicitud.

En este sentido el procedimiento para formalizar la solicitud del exequátur, deberá presentarse mediante libelo escrito, y en él se deberá indicar el nombre y apellido de quien lo requiere, domicilio y residencia, así como el nombre y apellido de la persona contra quien obrará la ejecutoria, indicando igualmente su domicilio residencia; la solicitud, deberá ser acompañada con la sentencia cuya ejecución se demanda y con la ejecutoria librada, todo lo cual deberá estar apostillado, autenticado y legalizado, por autoridad competente, si se trata de una sentencia proveniente de un país cuyo idioma no sea el español, deberá presentarse traducida por intérprete público venezolano: Art. 852 CPC.

3.2.2_. Citación del Demandado.

La persona contra la cual haya de obrar la ejecutoria, será citada conforme a las disposiciones del título IV del libro primero del C.P.C para que dentro de los diez (10) días siguientes a su citación, más el término de la distancia si lo hubiere, a cualquier hora de las fijadas por el tribunal para despachar, formule su contestación; cuando no fuere posible la citación personal, por no encontrarse presente en el lugar del Tribunal, la citación de la parte a quien deba oírse, practicará por carteles, pudiéndose además practicar por medio de exhorto o comisión rogatoria.

3.2.3_. Nombramiento del Defensor *Ad Litem*.

Si la parte contra quien vaya a obrar la ejecutoria no se encontrare, en el lugar del Tribunal, y no habiéndose presentado personalmente, o mediante

apoderado debidamente acreditado, y agotados como sean todos los recursos de citación se le nombrará defensor *Ad Litem*, con quien seguirá el proceso: Art. 854 C.P.C.

3.2.4_. Contestación y Sustanciación:

En la contestación se propondrán todas las cuestiones y defensas acumulativamente y el asunto se decidirá de mero derecho, con vista de los documentos auténticos que produjeren las partes, pudiendo además Tribunal de oficio si así lo considera, ordenar la evacuación de otras pruebas, fijando para ello el lapso correspondiente: Art. 855 C.P.C.

4_. Recursos.

El procedimiento de *exequátur* se conoce en una **instancia única**, es decir, si el asunto presentado es de naturaleza contenciosa, le corresponderá conocer a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, del exequátur solicitado; y, si por el contrario, se trata de una materia no contenciosa, la competencia será del Tribunal Superior del lugar donde se haya de hacer valer la sentencia. TSJ-SCS, **Sentencia N° 1567** de Fecha 29 de Octubre de 2014. Exp. 2014-799.

Ahora bien, por cuanto no existe ningún recurso contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior o por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo actuando como Tribunal de única instancia en materia de *Exequátur* cuando se haya dictado una sentencia que produzca un gravamen irreparable a alguna de las partes que solicitan el pase, la jurisprudencia ha establecido que es posible recurrir de la sentencia por vía de Recurso de Amparo ante el Tribunal Supremo de Justicia, si en la sentencia que niega o acuerda el exequátur se hubieran lesionados derechos y garantías de rango constitucional.

5_. Antecedentes de la Eficacia Parcial.

Los antecedentes se remontan a la década de los años cuarenta, donde la antigua Corte Federal y de Casación venezolana, respondió al anhelo de algunos

juristas venezolanos de otorgar "*valor probatorio*" a las sentencias extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas, cuando a su reconocimiento, no se le oponían razones de orden público, requisito también exigido en la actualidad - lo cual, constituye una tradición en Venezuela.

Es por ello que el criterio, establecido por la mayoría de la Sala Federal en la sentencia de 1946, se fue manteniendo en las sentencias sucesivas que se aprobaban con los votos salvados de aquellos juristas que consideraban imprescindible el juicio previo de exequátur para que la sentencia extranjera fuera "elevada a la categoría de acto jurisdiccional del Estado venezolano," por lo que fue reiterado en las decisiones sucesivas, aceptándose como axioma, la necesidad del juicio de exequátur, para la eficacia de la sentencia extranjera en el territorio de la República, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil.

La última reforma de dicho Código, del año 1986 (que entró en vigencia en 1987), reafirmó el requerimiento de la declaratoria de la ejecutoria, sin la cual, las sentencias extranjeras no tendrán efecto alguno en Venezuela, ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas y, además, agregó la exigencia del juicio previo del exequátur para que estas sentencias puedan desplegar eficacia "como medio de prueba." Esta disposición, fue criticada por la doctrina, porque condiciona al exequátur la utilización de una sentencia extranjera, como simple prueba de que fue dictada en el país sentenciador, o de cualquier otro hecho que ella contenga.

La eficacia parcial de las sentencias extranjeras en materia de familia, es hoy día el resultado de un inveterado, pacífico y reiterado criterio jurisprudencial aceptado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, y adherido por los Tribunales Superiores en lo Civil y Mercantil;[4] siendo su antecedente más remoto la Sentencia dictada en fecha de 1.946, por la Sala de Casación Federal de la extinta Corte Federal y de Casación venezolana.

Es por ello que el artículo 54 de la Ley de Derecho Privado Internacional[5], que norma **la eficacia parcial de las sentencias extranjeras** cuando no cumplan con todos los requisitos exigidos por la ley, es producto de ese criterio

[4] Ver Sentencia N° 9 de 1.946 de la Sala Federal de la Corte Federal y de Casación.
[5] El artículo 54 de la Ley de Derecho Privado Internacional dispone: *"Si una sentencia extranjera no puede desplegar eficacia en su totalidad, podrá admitirse su eficacia parcial."*

jurisprudencial inveterado, reiterado y aceptado por la doctrina de las extintas Corte Federal y de Casación, Corte Suprema de Justicia, y hoy Tribunal Supremo de Justicia, que reclamaban la necesidad de una normativa que regulara la materia.

6_. Efectos de la Sentencia.

Por ende, los efectos de la sentencia extranjera deben considerarse producidos en el ordenamiento jurídico del Estado receptor "*ex tunc*," esta consecuencia, reviste una particular importancia: permite considerar legalmente válidos y eficaces actos y situaciones jurídicos producidos anteriormente por la sentencia extranjera.

7_. Interpretación.

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española (2014) interpretar es**:** Del lat. *interpretāri. 1.* tr. Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto.

La interpretación, en sentido amplio, es captar el sentido lingüístico de un enunciado, es comprender atribuyendo un sentido o significado a lo que alguien ha dicho o escrito, en sentido restringido interpretar, es aquella actividad que se realiza solamente cuando existen dudas al respecto, del significado de una interpretación lingüística concreta.

La interpretación judicial es uno de los tipos de interpretación jurídica, y tiene por objeto argumentar y justificar el fallo que se dicta. La interpretación jurídica se caracteriza por la aplicación de fundamentos con autoridad para la interpretación (fuentes del derecho), así como de principios generalmente aceptados por la comunidad jurídica que guían el proceso, pues solo puede llamarse interpretación jurídica propiamente dicha, a aquella que se fundamenta en una fuente de material jurídico con autoridad y en la que los principios de interpretación sean respetados.

Es necesario, distinguir entre interpretación como actividad, de la interpretación como resultado, la interpretación como actividad: es aquella que

es realizada por el Juez, quien tiene la facultad y la obligación de ofrecer una decisión para un caso específico. Por su parte, la interpretación como resultado, no tiene eficacia jurídica, puesto que quien la realiza carece de competencia judicial y lo hace solo con una perspectiva puramente teórica, generalmente, es aquella que se produce en medios académicos, denominándosele también interpretación doctrinal o científica.

Por su parte la interpretación exegética, es aquella que se hace tomando en consideración la voluntad del legislador, atribuyéndole el sentido que dio éste a sus palabras.

8_. Análisis del Criterio Jurisprudencial en Cuanto a la Eficacia Parcial de las Sentencias Extranjeras en Materia de Familia.

La Sentencia de la Sala de Casación Civil de Fecha 18 de Junio de 2010, Expediente 00215-18610-09-358 con la Ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Ramírez, instituye al respecto:

> *…Siendo la oportunidad para pronunciarse sobre la solicitud formulada, se observa que toda solicitud de exequátur debe fundamentarse para su decisión, en la jerarquía de las fuentes en materia de Derecho Internacional Privado.…omisis…*

En este orden de ideas, se observa que la Ley de Derecho Internacional Privado, consagra en su Capítulo X las disposiciones concernientes a la eficacia de las sentencias extranjeras, estableciendo en el artículo 53, derogatorio parcialmente de los artículos 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil, los requisitos que deben concurrir para que las sentencias extranjeras tengan efecto en Venezuela.

Por su parte el artículo 54 *eiusdem*, establece:

> Si una sentencia extranjera no puede desplegar eficacia en su totalidad, podrá admitirse su eficacia parcial…Visto el contenido

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Cristina Beatriz Figueredo González ● Pág.: 142 – 174

> de las normas antes transcritas, y examinadas como han sido las actas procesales que componen el presente expediente, en especial la sentencia objeto de la solicitud de exequátur, esta Sala pasa a evaluar si en la presente solicitud han quedado acreditados plenamente todos los extremos previstos en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Como se puede inferir del extracto anteriormente transcrito, la S.C.C del T.S.J utiliza la aplicación de las fuentes del derecho Internacional, para justificar argumentativamente la pertinencia de la declaratoria parcial de la sentencia dictada en el extranjero.

Con este mismo criterio jurisprudencial, se utiliza la noción de orden público para justificar la inderogabilidad de la jurisdicción venezolana, cuando se trate de derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en Venezuela, basándose para ello en la noción de orden público, asumido en la **Sentencia N° 87** de Fecha 19 de Noviembre de 2008 Caso Francisco Percoco, Expediente AA20-C-2007-000187, en la cual se determinó:

> En cuanto a la jurisdicción la sentencia de la Sala de Casación Civil, ha sentado lo siguiente. … El artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece: '… Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.'

En materia de orden público la doctrina venezolana, hace una distinción entre el orden público interno y el orden público internacional.[6]La denominada

[6] La Roche (1998) señala que el concepto de orden público es impreciso. Ocurre como la medusa de mar: cuando se encuentra flotando en su mundo submarino tiene una figura perfectamente definida, pero si se le toma de la mano, se transforma en una masa informe urticante. Igual sucede cuando se le pretende definir o concretar el orden público. Pero ello no autoriza a establecer un

excepción de orden público internacional viene a constituir un límite excepcional para la aplicación de la ley extranjera, mediante el cual, se descarta ésta en razón del contenido material de la ley foránea, ya que de aplicarse podría ocasionar perturbaciones en el ordenamiento jurídico del foro.

Ahora se puede observar cómo insertan en la sentencia la noción de orden público, a saber:

> …así como, si la sentencia analizada no contraría preceptos del orden público venezolano, y al efecto observa: 1.- Que hayan sido dictadas en materia civil o, en general, en materia de relaciones privadas; la sentencia fue dictada en materia civil, específicamente en materia de divorcio. En consecuencia, se considera cumplido este requisito. 2. – Que tengan fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la Ley del Estado en el cual han sido pronunciadas; La sentencia cuyo pase se solicita, que consta de los folios 16 al 25 del expediente textualmente señala: "… 1. Los nexos de matrimonio entre las partes quedan disueltos. (…) 6. Lo que antecede constituye la Sentencia Definitiva del Tribunal respecto a la Solicitud (…) DADO Y ORDENADO en Miami, Condado de Dade Florida…" En consecuencia, por cuanto no consta en autos que se haya ejercido recurso alguno en su contra, la Sala debe inferir el carácter de sentencia definitivamente firme con fuerza de cosa juzgada, por lo cual, necesariamente debe la Sala determinar el cumplimiento del presente requisito. 3.- Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción para conocer del negocio.

En la sentencia cuyo exequátur se solicita, se encuentran involucrados bienes tanto muebles como inmuebles, ubicados en la República Bolivariana de Venezuela, de lo cual es pertinente señalar que en cuanto a la materia de bienes inmuebles situados en Venezuela la Ley de Derecho Internacional Privado funda en el artículo 47 lo siguiente:

---

concepto relativo (acomodaticio) del órden público absoluto (uticivis), es decir el que protege la dignidad humana, los intereses sociales, las leyes absolutas de seguridad y policía, los fundamentos éticos que sustentan el cumplimiento libre y voluntario de las leyes, al punto de convertir el …en un elemento abstracto mentalmente impenetrable, agnóstico. (Pág. 488).

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Cristina Beatriz Figueredo González ● Pág.: 142 – 174

> …La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o 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…

Atendiendo a lo dispuesto por la citada norma, corresponde a la Sala destacar, que en materia de bienes inmuebles, la Ley de Derecho Internacional Privado otorga jurisdicción exclusiva a los tribunales venezolanos.

En cuanto a la jurisdicción la Sentencia de la Sala de Casación Civil sentó lo siguiente.

> …El artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece: '… Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.'

Esa jurisdicción exclusiva en materia de bienes inmuebles situados en Venezuela la establece el artículo 47 de la Ley en referencia de la siguiente manera:

> La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o 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.

Atendiendo a lo dispuesto por las citadas normas, corresponde a la Sala destacar, que en materia de bienes inmuebles, la Ley de Derecho Internacional Privado otorga jurisdicción exclusiva a los tribunales venezolanos. Por tanto, tratándose de un bien inmueble que según el texto se encuentra ubicado en la República Bolivariana de Venezuela, lo convenido respecto a la propiedad del mismo en el acuerdo suscrito por las partes, y hecho valer en la sentencia extranjera cuyo pase legal se solicita, tiene valor entre ellos, en virtud del mencionado acuerdo, pero no ante terceros, por cuanto respecto a dicho bien, sólo pueden decidir los tribunales nacionales de acuerdo a las reglas de la competencia, no un tribunal extranjero, que en dicha materia no tiene jurisdicción.

No puede afirmarse que la sentencia cuyo pase legal se solicita haya arrebatado la jurisdicción a los tribunales venezolanos por cuanto a criterio de esta Sala, lo resuelto por dicha sentencia fue la disolución del vínculo matrimonial existente entre quien solicita el exequátur y su cónyuge, haciéndose valer en dicha sentencia el acuerdo firmado por las partes para regir el tratamiento que éstos darían respecto a los hijos en común y los bienes materiales comunes.

Así, aun cuando no se arrebató a los tribunales venezolanos la jurisdicción para conocer de la disolución del vínculo matrimonial entre la ciudadana Ana María Arizaleta Páez y el ciudadano Francisco Percoco, sin embargo, visto que el fallo en *referencia también versó sobre derechos reales relativos a bienes inmuebles situados en la República Bolivariana de Venezuela, lo declarado en dicha sentencia en relación a los inmuebles de los cuales se trate, no puede ser ejecutoriado en la República.*

En consecuencia, corresponde a esta Sala destacar que la sentencia extranjera objeto de examen sólo cumple parcialmente el requisito tercero establecido en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, por tal razón, se impone para esta Sala, conceder parcialmente fuerza ejecutoria en la República Bolivariana de Venezuela, a la Sentencia dictada en

Fecha 10 de Mayo de 2006, dictada por la Corte del Onceavo Circuito Judicial En y Para el Condado de Miami, Florida, Estados Unidos de América, mediante la cual se disolvió el vínculo matrimonial que existía entre los ciudadanos Ana María Arizaleta Páez y Francisco Percoco, lo cual se expresará en la parte dispositiva de este fallo…"

De la sentencia supra transcrita, se desprende que corresponde de manera exclusiva a los tribunales venezolanos la jurisdicción en materia de bienes inmuebles situados en el país, y la misma no podrá ser derogada en favor de tribunales extranjeros, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Por ello, los convenios o acuerdos suscritos por las partes y establecidos por la sentencia cuyo exequátur se solicita, referente a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República solo tendrá valor entre ellos, en virtud del mencionado acuerdo, pero no ante terceros, por cuanto tal y como se reitera, respecto a dichos bienes sólo pueden decidir los tribunales nacionales de acuerdo a las reglas de la competencia.

Como se puede observar, el sentenciador aplica el *principio de inderogabilidad de la jurisdicción venezolana*, atribuyéndose de manera exclusiva la jurisdicción, cuando se trate de derechos reales conexos sobre bienes inmuebles ubicados en la República Bolivariana de Venezuela, y en consecuencia excluye de la eficacia de la sentencia, el pronunciamiento del juez extranjero sobre derechos reales que recaigan sobre bienes inmuebles situados en la República Bolivariana de Venezuela, señalando al respecto, que la jurisdicción venezolana, admite relajación cuando no sea exclusiva

En cuanto a los criterios de procedencia del pase o exequátur de la sentencia extranjera en materia de citación y de relaciones familiares, la sentencia bajo análisis, ha establecido lo siguiente:

> Por consiguiente, la Sala reitera el criterio expuesto en la sentencia cuya transcripción parcial antecede, y destaca que la sentencia extranjera objeto de examen sólo cumple parcialmente el requisito tercero establecido en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, ya que tal y como se establece en dicha decisión, no puede considerarse que los

> tribunales extranjeros hayan arrebatado la jurisdicción a los tribunales venezolanos, en virtud de que lo decidido y sentenciado fue la disolución del vínculo matrimonial. 4.- Que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el CAPITULO IX de esta Ley. En primer lugar cabe destacar que el demandado "…DISPUTÓ LA JURISDICCIÓN PERSONAL SOBRE ESTA CAUSA…". No obstante lo anterior, en el texto de la sentencia objeto de la solicitud de exequátur se señala que "… el Tribunal ha determinado previamente que tiene jurisdicción personal sobre el esposo debido a que compareció personalmente a una audiencia el 22 de Junio de 2006, y acordó pagar una pensión alimenticia temporal al hijo de $500,00 mensuales. Además el 15 de Julio de 2008, la Esposa y el abogado del Esposo firmaron una Estipulación Conjunta sobre Jurisdicción Personal y Cartas Rogatorias en las cuales se acordaba específicamente que este tribunal tenía jurisdicción personal sobre el Esposo y que este tribunal, y no Venezuela, es el foro apropiado para decidir esta causa…

Aunado a lo anterior, el artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado, establece los criterios atributivos de jurisdicción en materia de relaciones familiares y el estado civil, al expresar:

> Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las relaciones familiares: 1. Cuando el Derecho venezolano sea competente, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley, para regir el fondo del litigio; 2. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República.

La norma transcrita dice que el primer criterio atributivo de jurisdicción, es el paralelismo, es decir, tiene jurisdicción para conocer del asunto el tribunal del Estado cuyo derecho resulte aplicable al fondo de la controversia, lo cual en materia de divorcio se determina mediante el domicilio del demandante; y, el

segundo se refiere a la sumisión tácita o expresa, que ocurre cuando las partes (cónyuges) se someten a la jurisdicción de otro Estado con el cual debe existir una vinculación efectiva del juicio.

En cuanto a este segundo supuesto, las partes (accionante y demandado) se sometieron tácitamente a la jurisdicción del tribunal extranjero, la accionante mediante la interposición de la demanda y el accionado mediante la aparición a una audiencia en la sede del tribunal, en la cual se comprometió a cancelar una pensión alimentaria de 500 dólares mensuales, y la aceptación expresa de la jurisdicción del tribunal extranjero, razón suficiente para creer que el Tribunal de Circuito de la Undécima Circunscripción Judicial en y para el Condado de Dade, Florida (División de Familia) de los Estados Unidos de América, tenía jurisdicción para conocer del juicio de divorcio interpuesto, esto, según lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Y:

> 5. – Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa;

En relación a este requisito es menester para la Sala transcribir textualmente lo expuesto por la parte contra quien obra el exequátur en su escrito de contestación, dicho escrito menciona lo siguiente:

> …En efecto, como se evidencia de la Sentencia: 'El esposo introdujo una Moción de Desestimación basado en un reclamo de que el tribunal carecía de jurisdicción personal'. En la mencionada Petición del esposo vid (…) se explicó que el esposo fue mal citado. (…) Adicionalmente, como se explicó en la mencionada Petición, tampoco se dio cumplimiento a la sección 48.031 de los Estatutos de Florida, ya que simplemente fue enviada por correo la citación, en lugar de ser citado personalmente, o a través de alguien en su lugar (…)

Ello también es contrario al derecho venezolano, según el cual en primer lugar se debe intentar la citación personal (artículo 218 del Código de Procedimiento Civil). En todo caso, aun cuando no es relevante, ya que la citación ha debido llevarse a cabo de acuerdo al Derecho de Florida, resulta que sin embargo, tampoco ello ocurrió.

Adicionalmente, se llevó a cabo el juicio en un país distinto al suyo, sin su presencia, y, como se evidencia de la Sentencia, en pleno juicio, el Tribunal de Florida acordó a los abogados del Esposo su solicitud para retirarse (…) Es decir, que desde esa fecha, hasta que se dictó la sentencia, el juicio prosiguió sin la presencia del representado y sin que el mismo contara con abogados en Florida…

De los anteriores alegatos expuestos por la parte contra quien obra el exequátur, se desprende:

> a) Que el demandado "fue mal citado." b) El señalamiento de que el tribunal carecía de jurisdicción personal, c) y que se llevó a cabo el procedimiento sin que el demandado contara con abogados.

Ahora bien, mencionado esto, es necesario transcribir lo dispuesto en el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, que señala lo que a continuación se transcribe:

> …La parte demandada podrá darse por citada personalmente para la contestación, mediante diligencia suscrita ante el Secretario.
> Sin embargo, siempre que resulte de autos que la parte o su apoderado antes de la citación, han realizado alguna diligencia en el proceso, o han estado presentes en un acto del mismo, se entenderá citada la parte desde entonces para la contestación de la demanda, sin más formalidad…

Aplicando la norma supra transcrita al caso bajo estudio, la Sala observa de la Sentencia cuyo exequátur se aspira, específicamente al Folio 17 del

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Cristina Beatriz Figueredo González ● Pág.: 142 – 174

expediente, dice lo siguiente: "…La Esposa introdujo la Solicitud de Disolución de Matrimonio el 13 de Octubre de 2005. El Esposo introdujo una Moción de Desestimación basado en un reclamo de que el Tribunal carecía de jurisdicción personal."

Aunado a lo anterior se evidencia del texto de la Sentencia cuyo pase se solicita, específicamente a los Folios 16 al 25 del Expediente lo siguiente:

> ESTA CAUSA fue presentada a este Tribunal el 16 de Marzo de 2009 para una audiencia definitiva. Se encontraban presentes: MARÍA DIAS-AIDOS, la esposa, y ORLANDO REYES OROPEZA, el esposo, quien actualmente está domiciliado en Venezuela y quien no compareció (…). El esposo redactó una carta al Tribunal el 20 de Febrero de 2009, en la cual señalaba que no había podido comparecer hoy por tener un hombro fracturado. Los registros médicos que el esposo anexó a la carta no reflejaban su incapacidad para trasladarse al tribunal a fin de participar en la audiencia definitiva. (…) JURISDICCIÓN: El Tribunal ha determinado previamente que tiene jurisdicción personal sobre el esposo debido a que compareció personalmente en una audiencia el 22 de Junio de 2006 y acordó pagar una pensión alimenticia temporal al hijo de $500,00 mensuales. Dicha comparecencia fue casi una comparecencia general en el caso por parte del esposo. Además, el 15 de Julio de 2008, la esposa y el abogado del esposo firmaron una Estipulación Conjunta sobre Jurisdicción Personal, y Cartas Rogatorias en las cuales se acordaba específicamente que este Tribunal tenía jurisdicción personal sobre el esposo y que este Tribunal, y no Venezuela, es el foro apropiado para decidir esta causa.

Del texto de la decisión no se evidencia cómo ni cuándo fue citado el demandado, sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el supra transcrito artículo 216 de la norma adjetiva patria, la finalidad de la citación fue cumplida, pues consta en la sentencia extranjera, que el Esposo "…compareció personalmente a una audiencia el 22 de Junio de 2006, y acordó pagar una pensión alimenticia temporal al hijo de $500,00 mensuales.

Además el 15 de Julio de 2008, la Esposa y el abogado del Esposo firmaron una Estipulación Conjunta sobre Jurisdicción Personal y Cartas Rogatorias…" Consta igualmente que "… el Esposo redactó una carta al Tribunal el 20 de febrero de 2009, en la cual señalaba que no había podido comparecer por tener un hombro fracturado…"

De conformidad con los anteriores alegatos, y en virtud de que el demandado, hoy, parte contra quien obra el exequátur se encontraba a derecho, es decir, en conocimiento del juicio de divorcio interpuesto por la ciudadana María Leonor Dias-Aidos Vidago, la Sala considera satisfecho este requisito.

> *6. – Que no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera. "La parte contra quien se pretende obre la sentencia extranjera, se opone al pase de ésta alegando que, para el momento en que se dictó la misma, ya existía en Venezuela un juicio pendiente, cuya demanda "… fue admitida por el Juez Unipersonal N° XIV de la Sala de Juicio del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 28 de Septiembre de 2006, es decir, casi tres años antes de que se dictara la Sentencia Extranjera, y para el momento que la sentencia se dictó, el juicio seguía pendiente…"*

Por su parte, la solicitante del exequátur en el escrito de informes, alega:

> Es del conocimiento de esta Sala que Orlando Pompeyo Reyes Oropeza el día 18 de Septiembre de 2006 presento (sic) demanda de divorcio por ante los Tribunales de Protección del Niños (sic) Niñas y Adolescentes de Caracas, (posteriormente a la solicitud de disolución de matrimonio hecha por mi representada el 13 de Octubre de 2005 en el tribunal en el Estado (sic) de La Florida (sic) de los Estados Unidos), pero lo cierto es que la sentencia objeto de la presente solicitud fue dictada el 16 de Marzo de 2009 y para esa fecha mi representada no había sido citada de la demanda por lo cual no se había dado inicio a la relación procesal de las partes.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Cristina Beatriz Figueredo González ● Pág.: 142 – 174

En tal sentido, la Sala Constitucional sentencia N° 4.350 del 12 de Diciembre de 2005, caso: Teresa Urquiola Martínez fundó que la citación, es el acto procesal que da inicio a la relación procesal y el que origina o marca el comienzo de la litispendencia.

En cuanto a la Litispendencia Internacional, como principio procesal, la sentencia bajo estudio ha señalado:

> Asimismo la solicitante se refiere a que debe ser acogido el principio de litispendencia internacional para resolver el caso, a cuyo efecto acompaña copias fotostáticas de las actuaciones seguidas por de la Sala de Juicio del Circuito Judicial Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Juez Unipersonal N° 14, mediante las cuales, según su dicho, se evidencia que la citación de la solicitante de la medida, para ese juicio, se realizó en fecha posterior a la terminación del proceso de divorcio en el tribunal extranjero.

Para decidir sobre este aspecto, es necesario analizar la litispendencia internacional en el ámbito del derecho procesal internacional. En tal sentido, la Sala se pronunció, mediante sentencia del 7 de Agosto de 2008, Caso Claire Lucía Hodgson, Expediente N° 04-930, de la siguiente manera:

> La litispendencia internacional está concebida para que las partes en conflicto puedan escoger la jurisdicción que resolverá la controversia, bien acogiendo el principio del domicilio del demandado o la celebración y/o ejecución del contrato, entre otros aspectos. Dicho interés tiene por objeto mantener la armonía internacional al garantizar la uniformidad de la tutela judicial internacional, evitando que un mismo asunto sea resuelto en varias jurisdicciones a la vez. Este principio procesal encuentra justificación en la necesidad de evitar la comisión de fraudes a la ley, con la duplicidad de procedimientos con el mismo objeto y las mismas partes.

El artículo 58 de la Ley de Derecho Internacional Privado, dispone:

> La jurisdicción venezolana exclusiva no queda excluida por la pendencia ante un juez extranjero de la misma causa o de otra conexa conella." De acuerdo con la norma, los asuntos de jurisdicción exclusiva no quedan excluidos por la pendencia ante un juez extranjero, vale decir, la litispendencia internacional opera en todos los casos en los que la jurisdicción venezolana no es exclusiva, sino concurrente, debido a la alternatividad de foros. La doctrina nacional en derecho internacional privado, ha señalado que la litispendencia internacional se consagra en aras de otorgarle relevancia al proceso extranjero, con el ánimo de evitar fallos contradictorios y procurar que una eventual decisión extranjera pueda generar efectos en el territorio de la República.

Ahora bien, la litispendencia internacional procede cuando están dados los siguientes presupuestos, a) que los tribunales venezolanos no tengan jurisdicción exclusiva sobre el asunto controvertido; b) que los tribunales venezolanos y el extranjero tengan jurisdicción para resolver el caso según las normas sobre la jurisdicción de la Ley de Derecho Internacional Privado (jurisdicción indirecta); c) que esté dada la trilogía entre ambos juicios, es decir, que sean las mismas partes, título y causa; d) que el tribunal extranjero haya prevenido al tribunal venezolano en la citación del demandado; y, e) que la citación se haya efectuado de conformidad con las normas vigentes de dicho país.

Sobre el particular, la Sala Político Administrativa mediante Sentencia del 14 de Diciembre de 2004, Expediente No. 2004-0896 C**aso Giancarlo Salvatore Rosignoli Contra María Krelya Martínez Alfonso**, dejó sentado sobre la litispendencia internacional, lo siguiente, la litispendencia es una institución cuyo objetivo es evitar que dos procesos, en los que exista identidad de los tres elementos de la pretensión, a saber: sujeto, objeto y título o *causa petendi*, y que cursen ante dos autoridades jurisdiccionales competentes, se dicten sentencias contradictorias.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Cristina Beatriz Figueredo González ● Pág.: 142 – 174

Al respecto, el artículo 58 de la Ley de Derecho Internacional Privado, consagra la institución de la litispendencia internacional, al señalar 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;" en tal virtud, se precisa, por argumento a contrario, que en los casos en que la jurisdicción venezolana no sea exclusiva, podría permitirse que la misma quede excluida frente a la jurisdicción extranjera, siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

> 1.- Que la causa pendiente ante tribunales extranjeros sea la misma pendiente ante tribunales venezolanos. 2.- Que la causa cuya pendencia se alegue esté en efecto, pendiente de decisión. 3.- Que los tribunales venezolanos tengan jurisdicción para conocer del caso según las normas venezolanas sobre jurisdicción contenida en la Ley de Derecho Internacional Privado. 4.- Que la jurisdicción de los tribunales venezolanos no sea exclusiva. 5.- Que los tribunales extranjeros ante los cuales se ha propuesto el litigio tengan jurisdicción, según los principios generales de jurisdicción consagrados en la Ley de Derecho Internacional Privado. 6.- Que el juez extranjero haya prevenido al juez venezolano, es decir, que haya practicado la citación del demandado primero. 7.- Que esa citación se haya realizado según las normas aplicables, vigentes en el lugar donde se lleva a cabo el juicio y en el lugar donde efectivamente se practicó´ (Vid. Sentencia Nº 1.121 de la presente Sala en Fecha 19 de Septiembre de 2002).

La Sala reitera el precedente jurisprudencial, y establece que en los casos en que la jurisdicción venezolana no sea exclusiva, puede permitirse que la misma quede excluida frente a la jurisdicción extranjera, siempre que para ello se verifique, entre otros aspectos, que la causa cuya pendencia se alegue, esté en efecto, pendiente de decisión; que los tribunales extranjeros ante los cuales se ha propuesto el litigio tengan jurisdicción, de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en la Ley de Derecho Internacional Privado, entre otros.

Por su parte, la Ley de Derecho Internacional Privado establece en el ordinal 6° del artículo 53, que las sentencias extranjeras tendrán efecto en el país siempre que "… no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera…"

> Quiere decir que, esta norma, puede ser relajada en los casos en que la jurisdicción venezolana no es exclusiva y siempre que se verifique que la causa cuya pendencia se alegue, esté en efecto, pendiente de decisión; que los tribunales extranjeros ante los cuales se ha propuesto el litigio tengan jurisdicción, de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en la Ley de Derecho Internacional Privado, y que el juez extranjero haya prevenido al juez venezolano en la citación del demandado.

De conformidad con el artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las relaciones familiares, cuando el derecho venezolano sea competente, de acuerdo con las disposiciones de la presente ley, para regir el fondo del litigio y cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República. Supone, asimismo, que las partes pueden relajar la jurisdicción del tribunal que conoce el asunto en aquellos casos relativos al estado de las personas o relaciones familiares, en los cuales decidan expresa o tácitamente someterse al conocimiento de un tribunal distinto al venezolano, siempre que existan elementos que denoten una vinculación efectiva con el estado a cuya jurisdicción se someten.

Ahora bien, en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras la excepción de litispendencia internacional establece como elemento temporal para su ocurrencia, que el juicio se haya iniciado ante los tribunales venezolanos antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera.

En tal sentido, la Sala Constitucional del TSJ en **Sentencia N° 4.350** del 12 de Diciembre de 2005 Caso: **Teresa Urquiola Martínez** estableció que la citación

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Cristina Beatriz Figueredo González ● Pág.: 142 – 174

es el acto procesal, que da inicio a la relación procesal, y el que origina o marca el comienzo de la litispendencia, de la siguiente manera:

> …La doctrina patria ha determinado la demanda como el acto introductorio de la causa, y sin demanda no hay procedimiento. Pero el dar comienzo al procedimiento, no da inicio al mismo tiempo a la relación procesal que vincula entre sí a los sujetos del proceso, pues ésta se constituye con la citación, y se va desarrollando con los sucesivos actos procesales de las partes y del juez. La demanda hace surgir la obligación del juez de proveer a la admisión o negación de la demanda y en este último caso, la facultad del demandante de apelar de dicha negativa. El acto que origina o marca el comienzo de la litispendencia, entendida ésta como la existencia de una litis en la plenitud de sus efectos, es la citación del demandado, porque es con ese acto que nace para el juez la obligación de proveer sobre la demanda de mérito y se integra el contradictorio…"

La Sala reitera el criterio anterior, y deja sentado que la citación del demandado marca el inicio de la relación procesal entre las partes, así como el comienzo de la litispendencia en los juicios donde ella se opone. Por tanto, la condición temporal contenida en el supuesto del artículo 53 numeral 6°, debe ser entendida como la fecha en la que ocurre la primera citación del demandado.

De manera que, si el tribunal extranjero previno primero en la citación, su sentencia tendrá efectos en el territorio y el órgano jurisdiccional nacional debe declarar la terminación del otro proceso ventilado en el país, por la excepción de la cosa juzgada internacional, una vez declarado el pase del fallo de la sentencia extranjera, por estar cumplidos los requisitos para ello…

En este orden de ideas, la Sala Político-Administrativa del TSJ reitera el precedente jurisprudencial transcrito, y procede al examen de las actas a los fines de determinar si en el presente caso existe la litispendencia internacional alegada. Al respecto, ésta constata, que al momento de la presentación de informes los apoderados judiciales de la parte contra quien obra el *exequátur* consignaron en autos copia certificada del libelo de demanda de divorcio

interpuesta por su representado, contra la ciudadana María Leonor Días-Aidos, en el Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en Sala de Juicio Nº XIV, e inserto al Folio 171, así como también auto de admisión de la demanda de Fecha 28 de Septiembre de 2006.

No consta ninguna otra actuación que demuestre que la citación objeto de la carta rogatoria fue efectivamente practicada. Sin embargo, sí consta en el anexo a las conclusiones escritas presentadas por el apoderado de la solicitante, copias fotostáticas simples de las actuaciones realizadas ante el Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en Sala de Juicio Nº XIV, entre las cuales cabe destacar auto de Fecha 26 de Enero de 2009, inserto al Folio 197 mediante el cual la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, establece:

> …diligencia mediante la cual solicita a la Sala se libre cartel de citación a la demandada de conformidad con el artículo 224 del CPC en virtud de que riela a los autos 111 al 115, movimientos migratorios donde consta que salió (sic) de Venezuela sin retorno el día 5 de Enero de 2005, la diligencia consta de un (1) folio útil… Corre inserto en autos al Folio 230, auto del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, en Sala de Juicio, Juez Unipersonal Nº 14, de Fecha 21 de Abril de 2009, mediante el cual se establece la consignación de las publicaciones del cartel ordenado y acuerda agregar a los autos dichas publicaciones a los fines que surtan sus efectos legales; por último, deja constancia que … a partir del primer día de despacho siguiente al de hoy, comenzarán a correr los lapsos de ley, para la comparecencia de la parte demandada…

Ahora bien, la demanda ante el tribunal extranjero fue incoada el 13 de Octubre de 2005, y aun cuando, en ésta no consta en el texto de la sentencia cuyo exequátur se solicita, forma o fecha de la citación, sí se evidencia la citación tácita o presunta del demandado, ciudadano Orlando Reyes Oropeza, cuando

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Cristina Beatriz Figueredo González ● Pág.: 142 – 174

compareció personalmente "… en una audiencia el 22 de Junio de 2006 y acordó pagar una pensión alimenticia temporal al hijo…" La sentencia así, definitiva fue dictada en Fecha 16 de Marzo de 2009.

Al comparar las actuaciones arriba señaladas, correspondientes tanto al juicio llevado por el tribunal extranjero como el incoado en tribunales nacionales, se encuentra: a) En el juicio efectuado en tribunal extranjero, cuyo resultado fue la sentencia de Fecha 16 de Marzo de 2009, objeto de la solicitud de exequátur, la citación presunta (tácita) tuvo lugar el 22 de Junio de 2006; b) En el incoado en tribunales venezolanos la admisión tuvo lugar en Fecha 28 de Septiembre de 2006 y la consignación en autos de las publicaciones de los carteles de citación se produjo en fecha 21 de Abril de 2009.

Conforme a la doctrina de la Sala, establecida en Sentencia del 7 de Agosto de 2008 parcialmente transcrita supra:

> … la condición temporal contenida en el supuesto del artículo 53 numeral 6°, debe ser entendida como la fecha en la que ocurre la primera citación del demandado. De manera que, si el tribunal extranjero previno primero en la citación, su sentencia tendrá efectos en nuestro territorio…; en consecuencia, al haber sido admitida la demanda de divorcio intentada en la República Bolivariana de Venezuela, en Fecha 28 de Septiembre de 2006 y haber tenido lugar la citación de la demandada, hoy solicitante del exequátur, el día 21 de Abril de 2009, es evidente que para ese momento había adquirido el fallo extranjero de fecha 16 de marzo de 2009, carácter de cosa juzgada internacional. Por las razones expuestas, la Sala considera cumplido el requisito del ordinal 6° del artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Así se establece.

En cuanto al cumplimiento de los presupuestos familiares requeridos por la Ley Orgánica para La Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la sentencia analizada consagra:

> …Una vez constatado el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional

> Privado, en cuanto a la sentencia extranjera de divorcio se refiere, pasa la Sala a pronunciarse a lo relativo a la patria potestad, el régimen de visitas y la pensión de alimentos del menor, dispuesto por el Tribunal de Circuito de la Undécima Circunscripción Judicial en y para el Condado de Dade, Florida (División de Familia) de los Estados Unidos de América en su sentencia de Fecha 16 de Marzo de 2009.

En este sentido, se observa que en la sentencia cuyo exequátur se solicita, se dispuso, en forma minuciosa, todo lo atinente a patria potestad, tiempo compartido y pensión alimenticia; de cuya disposición, cabe destacar lo siguiente:

> … 1. PATRIA POTESTAD: Los siguientes hallazgos y fallos relativos al tiempo compartido del hijo menor, a saber, JUAN REYES, nacido el 14 de Mayo de 1996, son para los mejores intereses del menor:
> a) Las partes deberán compartir la patria potestad del menor, la cual responde a los mejores intereses de dicho menor…"
> … 2. TIEMPO COMPARTIDO: El Padre deberá compartir tiempo con su hijo, incluyendo durante los días feriados. Sin embargo, deberá notificar por escrito a la madre al menos 7 días antes de cualquier planificación de tiempo compartido. El menor deberá compartir tiempo con su madre en todos los demás momentos, salvo durante el tiempo estipulado en el cronograma de vacaciones y días feriados…
> … 3. PENSIÓN ALIMENTICIA: El 26 de Junio de 2006, las partes acordaron que se dictara una orden temporal de pensión alimenticia al menor de $500,00 basados en el hecho de que el Padre estaba viviendo en Venezuela. Debido a que el Padre no compareció ni suministró revelación financiera alguna, el tribunal no puede determinar un monto diferente respecto a su obligación de pensión alimenticia, por lo que el tribunal sostiene el monto de pensión alimenticia de $500,00 que las partes habían acordado en 2006…

De la transcripción anterior se constata que, con respecto a los derechos y garantías del menor Juan Reyes, la sentencia extranjera cuyo *exequátur* se solicita, decretó la patria potestad compartida, lo cual responde a los mejores intereses del menor, también hace referencia al tiempo compartido de ambos padres, y acuerda la pensión alimenticia y la manutención.

A este respecto la Sala Político-Administrativa del TSJ en Sentencia de Fecha 27 de Noviembre de 2009 Caso María de Lourdes Marelzit Corona Chuecos Expediente AA20-C-2008-000690 determinó:

> … Así pues, en lo que se refiere al primer acuerdo relativo al menor, la Sala observa que el mismo, establece lo referente a guarda, custodia y otros aspectos relacionados con el menor hijo nacido durante el matrimonio, los cuales, por imperativo de un principio esencial del orden público venezolano, deben ser convenidos de mutuo acuerdo entre las partes. En efecto, en la sección de la sentencia correspondiente al mencionado "acuerdo," se dispone lo siguiente:

En atención a la transcripción efectuada, debe esta Sala señalar que el contenido de dicho acuerdo suscrito por las partes, el cual forma parte del fallo extranjero, no atenta contra principios esenciales del Estado. Aunado a esto, cabe hacer referencia que si bien, como quedó anteriormente establecido, no existe tratado vigente entre la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos de América en materia de reconocimiento de sentencias de tribunales extranjeros, sí existe un tratado multilateral del cual es Venezuela Estado Parte, como es la "***Convención sobre los Derechos del Niño***," ratificada por la República Bolivariana de Venezuela, en Fecha 13 de Septiembre de 1990, y cuya Ley Aprobatoria fue publicada en **Gaceta Oficial Nº 34.541** del 29 de Agosto de 1990, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tiene jerarquía constitucional y es de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Por ello, la Sala hace referencia a lo dispuesto por la misma en su artículo 3.1, al establecer:

> … En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño…; la citada disposición concuerda claramente con el dispositivo del artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que remite de manera expresa a esta Convención al establecer que: "…Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República…

En este mismo orden de ideas, es menester hacer una breve referencia a la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, la cual, con relación a la guarda, a la obligación alimentaria y al régimen de visitas, dispone, en sus artículos 360, 375 y 387, lo siguiente:

> Artículo 360: En los casos de demanda o sentencia de divorcio, separación de cuerpos, o nulidad de matrimonio o si el padre y la madre tienen residencias separadas, éstos decidirán, de mutuo acuerdo, cuál de ellos ejercerá la guarda de los hijos de más de siete años. Los hijos que tengan siete años o menores, deben permanecer con la madre, excepto el caso en que ésta no sea titular de la patria potestad o que, por razones de salud o de seguridad, resulte conveniente que se separen temporal o indefinidamente de ella… Artículo 375: El monto a pagar por concepto de obligación alimentaria, así como la forma y oportunidad de pago pueden ser convenidos entre el obligado y el solicitante. En estos convenios debe preverse lo concerniente al incremento automático del monto fijado y los mismos deben ser sometidos a la homologación del juez, quien cuidará siempre que los términos convenidos no sean contrarios a los intereses del niño o del adolescente. El convenimiento homologado por el juez tiene fuerza ejecutiva. Artículo 387: El régimen de visitas debe ser convenido de

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Cristina Beatriz Figueredo González ● Pág.: 142 – 174

> mutuo acuerdo entre los padres, oyendo al hijo. De no lograrse dicho acuerdo o si el mismo fuese incumplido reiteradamente afectándose los intereses del niño o adolescente, el juez, en atención a tales intereses, actuando sumariamente, previos los informes técnicos que considere convenientes y oída la opinión de quien ejerza la guarda del niño o adolescente, dispondrá el régimen de visitas que considere más adecuado. Dicho régimen puede ser revisado, a solicitud de parte, cada vez que el bienestar y seguridad del niño o adolescente lo justifique, para lo cual se seguirá el procedimiento aquí previsto.

De lo expuesto, esta Sala observa, tras un minucioso examen del contenido de la sentencia objeto de esta solicitud de exequátur con relación al menor, que lo dispuesto a este respecto no atenta contra principios esenciales del orden público venezolano, protegido expresamente en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en consecuencia, esta Sala concluye que lo dispuesto a este respecto, reúne los requisitos establecidos en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado en concordancia con el artículo 5° *eiusdem*.

Una vez verificado que la sentencia extranjera objeto de la presente solicitud de exequátur, reúne los requisitos establecidos en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado con respecto a la disolución del vínculo matrimonial, más no así, en relación con lo dispuesto en la Ley de Derecho Internacional Privado con respecto a los bienes inmuebles; en virtud de las consideraciones que anteceden, debe esta Sala reconocerle, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Derecho Internacional Privado, eficacia parcial a la sentencia dictada por el Tribunal de Circuito de la Undécima Circunscripción Judicial en y para el Condado de Dade, Florida (División de Familia) de los Estados Unidos de América en Fecha 16 de Marzo de 2009, con excepción expresa de lo atinente a lo dispuesto con relación a los bienes inmuebles situados en la República Bolivariana de Venezuela.

Finalmente debe señalarse que, a pesar que la interpretación judicial como teoría ha avanzado, lo paradójico es que en la práctica judicial del foro local,

sigue anclada en el paradigma *ius–positivista*, en el que prima la visión legalista–dogmática fundada en la sinonimia medular entre Derecho y Ley.[7]

CONCLUSIONES

Primero: El pase de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, en materia civil y mercantil solo puede concederse cuando se cumplan con los requisitos de procedencia exigidos por la ley venezolana.

Segundo: Cuando una sentencia no cumpla en su totalidad con los requisitos exigidos por la ley venezolana, se puede conceder eficacia parcial de la misma.

Tercero: El estado venezolano se reserva de manera exclusiva jurisdicción cuando la misma verse sobre derechos reales que recaigan sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

Cuarto: El orden público interno limita la autonomía de la voluntad, en tanto que el orden público internacional limita la aplicación del Derecho extranjero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Basadre, J. (2003) "*Tratado de Derecho Internacional Privado*." Lima: Jurista Editores.

Diccionario de la Real Academia (2014) "*Diccionario de la Lengua Española*." 23ª Ed. Espasa. Madrid, España.

D'Agostino, F. (2007) "*Filosofía del Derecho*." TEMIS. Bogotá, Colombia.

Fernández, J.-Sánchez, S. (2001) "*Derecho Internacional Privado*." 2 ª Edición Ediciones Oviedo. Madrid, España.

Goldschmitt, W. (1992) "*Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia."*8° Ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.

[7] **Viloria, J.** (2016) Implicaciones Éticas del Proceso de Interpretación y Argumentación Informáticamente Asistida en El Proceso Penal Venezolano, En "*Revista CLIC. Centro de Investigación de Desarrollo e Investigación en Tecnologías Libres. Ministerio del Poder Popular para Ciencia y Tecnología. N° 14. Año 7*." Pág. 3-37.

Lugo, C. (2014) Eficacia Parcial de las Sentencias Extranjeras en Materia de Familia, En "*Homenaje a Haydée Barrios*." En: **Revista de Derecho Privado**. Colombia. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.

Monroy, M. G. (2006) "*Tratado de Derecho Internacional Privado*." 6ta Edición. TEMIS. Bogotá, Colombia.

Viloria, J. (2016) Implicaciones Éticas del Proceso de Interpretación y Argumentación Informáticamente Asistida en El Proceso Penal Venezolano, En "*Revista CLIC. Centro de Investigación de Desarrollo e Investigación en Tecnologías Libres. Ministerio del Poder Popular para Ciencia y Tecnología. N° 14. Año 7*."Pág. 3-37.

Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de Septiembre de 1.990. Código de Procedimiento Civil.

Gaceta Oficial N° 36.511 del 06 de Agosto de 1998. Ley de Derecho Internacional Privado.

Gaceta Oficial Nº 34.541 del 29 de Agosto de 1990. Ley Aprobatoria de la Convención Sobre los Derechos del Niño ratificada por la República de Venezuela en Fecha del 13 de Septiembre de 1990.

Sentencia N° 1567 de Fecha 29 de Octubre de 2014. Expediente 2014-799. Sala de Casación Social del TSJ.

Sentencia del 18 de Junio de 2010. Expediente 00215-18610-09-358. Sala de Casación Civil del TSJ.

Sentencia del 27 de Noviembre de 2009. Expediente AA20-C-2008-000690. Sala Político-Administrativa del TSJ. Caso María de Lourdes Marelzit Corona Chuecos.

Sentencia N° 87 del 19 de Noviembre de 2008. Expediente AA20-C-2007-0001. Sala Político-Administrativa del TSJ. Caso Francisco Percoco.

Sentencia N° 4.350 del 12 de Diciembre de 2005. Sala Constitucional del TSJ. Caso: Teresa Urquiola Martínez.

Sentencia del 14 de Diciembre de 2004. Exp. No. 2004-0896. Caso: Giancarlo Salvatore Rosignoli contra María Krelya Martínez Alfonso. Sala Político Administrativa del TSJ.

Sentencia Nº 1.121 del 19 de Septiembre de 2002. Sala Político-Administrativa del TSJ.

Sentencia N° 1.561 del 4 de Julio del 2000. Sala Político-Administrativa del TSJ.

Sentencia N° 9 de 1.946 de la Sala Federal de la Corte Federal y de Casación.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

AUTORIZACIONES PARA VIAJAR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

AUTORIZATIONS TO TRAVELLING IN CHILDREN AND TEENAGERS: COURTS PROCEDURES

Douglas Montoya Guerrero[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.06

Fecha de Recepción: 09 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 11 de marzo de 2022

RESUMEN

Respecto a las autorizaciones para viajar de niños, niñas y adolescentes, se pueden aplicar diferentes procedimientos judiciales ante los Tribunales de la Jurisdicción de Protección de la Infancia y la Adolescencia, atendiendo a la existencia o no de acuerdos entre los progenitores o los representantes legales de éstos, para autorizar el viaje. Dependiendo de tal circunstancia, se dará lugar a la aplicación del procedimiento judicial correspondiente. La homologación judicial implica que ambos progenitores o representantes legales acuden ante el Tribunal de Protección para que mediante una sentencia -de homologación-, se autorice el viaje; el procedimiento de jurisdicción voluntaria significa que ambos padres están de acuerdo. No obstante uno de ellos no se encuentra en el país o en el lugar de residencia del niño, niña o adolescente, o está ilocalizable; y por último, el procedimiento ordinario (de naturaleza contenciosa) implica el desacuerdo entre los progenitores para autorizar el viaje.

Palabras Clave: Libre tránsito, autorización, homologación, jurisdicción voluntaria, procedimiento.

ABSTRACT

Regarding travel authorizations for children and adolescents, different judicial procedures can be applied before the Courts of the Childhood and Adolescence Protection Jurisdiction, depending on the existence or not of agreements between the parents or legal representatives of these, to authorize the trip. Depending on such circumstance, it will lead to the application of the corresponding judicial procedure. The judicial homologation implies that both parents or legal representatives go to the Court of Protection so that by means of a judgment -of homologation-, the trip is authorized; The voluntary jurisdiction procedure means

[1] Abogado egresado de la Universidad Católica del Táchira (UCAT). Especialista en Derecho Laboral Universidad Santa María (USM). Maestrante en Docencia Universitaria Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales (UNELLEZ). Juez Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado de Mérida–Venezuela. Coordinador de los Circuitos Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial (Mérida y El Vigía). Coordinador del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial (Mérida, y, alterna El Vigía). Juez de Enlace miembro de la Red Internacional de Jueces de Enlace de la Conferencia de La Haya para la Aplicación del Convenio sobre la Sustracción Internacional de Menores. Miembro del Grupo de Trabajo de Cooperación Administrativa de la Conferencia de La Haya para la Aplicación del Convenio Internacional de Manutención Infantil. Profesor de Pre-Grado de la Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales (UNELLEZ). Profesor de Post-Grado del Enlace Latinoamericano de Universidades–UNELLEZ. Docente invitado de la Escuela Nacional de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo. Correo Electrónico: montoya.douglas@gmail.com

that both parents agree, however one of them is not in the country or in the place of residence of the child or adolescent, or is untraceable; and finally, the ordinary procedure (of a contentious nature) implies the disagreement between the parents to authorize the trip.

Key Word: transit freedom, authorization, judicial approval, voluntary jurisdiction, procedure.

INTRODUCCIÓN

Las autorizaciones judiciales para viajar se instituyen en el sistema legal venezolano, como una restricción del derecho al libre tránsito consagrado no sólo en el artículo 50 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino también en el artículo 39 de la Ley Orgánica para la Protección Niños, Niñas y Adolescentes.

Por ello, se reconoce que niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo y con capacidad progresiva para el ejercicio de sus garantías, tienen derecho a circular libremente dentro y fuera del país. No obstante, esta libertad de tránsito debe ser limitada en función de la protección de éstos y para impedir que se vulneren otros de sus derechos consagrados constitucional y legalmente, tales como la no separación de su familia de origen; el mantener contacto directo con ambos padres; ser protegidos contra la retención indebida y contra el traslado ilícito; la convivencia familiar con sus padres y su extensión a los demás parientes y terceras personas, entre otros.

A tal efecto, la Ley dispuso como mecanismo de control la figura de las autorizaciones para viajar de niños, niñas y adolescentes, las cuales no sólo pueden ser consideradas como una limitante a la libertad de tránsito en protección de los derechos antes referidos, sino que son además la garantía del goce de tal libertad, constituyendo sin lugar a dudas, una manera de garantizar el disfrute del derecho al descanso, la recreación, el esparcimiento, el juego y el deporte.

En este orden, el presente artículo tiene como propósito abordar y desarrollar la institución de las autorizaciones para viajar de niños, niñas y adolescentes, desde la óptica legal y jurisprudencial, con la finalidad de conocer los supuestos de hecho y consecuencias jurídicas de las normas sustantivas que regulan la materia, así como de las normas adjetivas aplicables que dan lugar a la tramitación de los distintos procedimientos judiciales ante los Tribunales de

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dependiendo de los elementos fácticos que puedan presentarse conforme a la praxis judicial cambiante, producto de la evolución, transformación y progreso de la sociedad, apelando para ello al uso y aplicación de los soportes tecnológicos y telemáticos en los procesos llevados a cabo en la jurisdicción de protección de la infancia y la adolescencia.

DESARROLLO

1_. Derecho al Libre Tránsito.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contempla el derecho al libre tránsito en los términos siguientes:

> **Artículo 50.** Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse de la República y volver, trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país o sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley (…).

Asimismo, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), en su artículo 39 establece:

> **Artículo 39. Derecho a la Libertad de Tránsito.** Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la libertad de tránsito, sin más restricciones que las establecidas en la ley y las derivadas de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables. Este derecho comprende la libertad de: a) Circular en el territorio nacional; b) Permanecer, salir e ingresar al territorio nacional; c) Cambiar de domicilio o residencia en el territorio nacional; d) Permanecer en los espacios públicos y comunitarios.

Del contenido de la norma se verifica claramente que niños, niñas y adolescentes pueden desplazarse libremente dentro del país, de una región a otra e igualmente pueden salir del territorio nacional y regresar a él sin restricción

alguna. No obstante, no se trata de un derecho absoluto, existen limitaciones legales y derivadas de las potestades de quienes tienen la responsabilidad de velar por su seguridad y protección integral.

El libre tránsito en materia de infancia y adolescencia se vincula o relaciona con el ejercicio de otros derechos, como la convivencia familiar, recreación, estudios, deporte y salud. Asimismo, sus limitaciones se orientan a la protección, por ejemplo, de no ser separado de su familia de origen (artículo 26); no ser sujeto de traslado ilícito (artículo 40); preservar los vínculos con otros familiares o parientes (artículo 388).

En consecuencia, padres y representantes conjuntamente con los órganos del Estado, tienen el deber y la responsabilidad de garantizar el ejercicio de este derecho, bajo condiciones que garanticen su seguridad y que no impliquen el menoscabo de otros derechos, igualmente importantes para el bienestar y desarrollo del niño, niña o adolescente.

2_. Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes.

Uno de los mecanismos de control que dispuso la ley respecto al ejercicio del derecho al libre tránsito de los niños, niñas y adolescentes, son las autorizaciones para viajar.

De acuerdo con la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia[2], se tratan de documentos expedidos por la autoridad competente contentivos del permiso otorgado por los representantes legales, a los niños, niñas y adolescentes en virtud del ejercicio de la responsabilidad de crianza, o bien, son decisiones judiciales emanadas del juez de protección dado el desacuerdo entre los progenitores o negativa de éstos para consentir el viaje. También, la ausencia de alguno de los progenitores o su imposibilidad para otorgar el consentimiento, podrá dar lugar a dichas autorizaciones judiciales.

En este sentido, la referida Sala de Casación Social del máximo Tribunal de la República, mediante **Sentencia N° 868** del 10 de Julio de 2014, realizó una *interpretación del artículo 393* de la Ley Orgánica para la Protección de Niños,

[2] **Sentencia N° 868** de fecha 10 de Julio de 2014. Caso José Alejandro Vega Andara.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

Niñas y Adolescentes, determinando cuatro elementos esenciales de esta norma, en relación a: ***i)*** personas a quienes corresponde otorgar el consentimiento para viajar; ***ii)*** negativa o desacuerdo para otorgar el permiso; ***iii)*** legitimados activos para presentar la solicitud; y ***iv)*** competencia judicial en caso de desacuerdos.

En atención a la citada decisión, se procede a analizar cada uno de estos elementos, en los términos siguientes:

2.1_. Persona o Personas a Quienes Corresponde Otorgar el Consentimiento para Viajar.

2.1.1_. Viajes Dentro del país:

Si se trata de viajes dentro del país, se requiere "*la autorización de un representante legal*" únicamente cuando viajen solos o con terceras personas, pues niños, niñas y adolescentes pueden desplazarse libremente por el territorio nacional acompañados por sus padres, madres, representantes o responsables (artículo 391 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Cuando la Ley alude al *representante legal*, debe entenderse que padre y madre respecto de quienes se haya establecido la filiación y titulares de la patria potestad, ejercen el poder de representación de conformidad con la ley; pero también puede ocurrir que, en ausencia de éstos, tal representación la detente el tutor o las personas que conforman la familia sustituta o el responsable de la entidad de atención, cuando excepcional y judicialmente se le haya conferido la representación para estos fines.

Cabe hacer mención que no puede confundirse la figura del *responsable*, atribuyéndole tal carácter a cualquier persona que de hecho haya asumido la responsabilidad de crianza, pues legalmente no podrá ser considerada como tal hasta tanto ello no sea establecido judicialmente por un juez de protección.

Por tanto, el *responsable*, quien según el referido artículo 391 está facultado para acompañar al niño, niña y/o adolescente mientras viaja dentro del país, no tiene la facultad para autorizar que éstos viajen solos o con terceras personas, pues no detenta la cualidad de *representante legal*, salvo que se le haya conferido

judicialmente en el marco de un procedimiento de colocación familiar o en entidad de atención, o tutela, lo cual deberá acreditar para poder autorizar el viaje.

2.1.2_. Viajes Fuera del país.

Si se trata de viajes fuera del país, se presentan varios supuestos en cuanto a las personas llamadas a dar el consentimiento:

> **Si el niño, niña o adolescente viaja con uno de los padres**, requiere autorización del otro expedida en documento autenticado. No se requiere autorización si viaja con ambos padres o si solo tiene un representante legal y sea éste con quien realizará el viaje (artículo 392 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

Puede ser que uno solo de los padres sea quien ejerza la representación legal, ello en virtud de que: ***i)*** la filiación se ha establecido sólo con respecto a él; ***ii)*** con ocasión de la extinción o privación de la patria potestad que ejercía el otro progenitor; ***iii)*** en virtud de alguna decisión judicial que haya atribuido temporal o definitivamente el ejercicio de la patria potestad o el poder de representación a uno solo de los progenitores, por encontrarse el otro en uno de los supuestos previstos en el artículo 262 del Código Civil, es decir, no presencia, ausencia u otro motivo que le impida el ejercicio de la patria potestad, sin que por ello haya operado la extinción o privación de la misma.

Si el niño, niña o adolescente viaja solo o con terceras personas, requiere autorización de quienes ejerzan su representación (artículo 392 *eiusdem*), es decir, padre y madre en ejercicio de la patria potestad, tutor, o responsable a quien judicialmente se le haya conferido la representación para determinados actos de conformidad con el artículo 396 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En este supuesto la autorización podrá realizarse mediante documento autenticado o por el Consejo de Protección.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

2.2_. Negativa o Desacuerdo para Otorgar el Permiso por Parte de la o las Personas a Quienes Corresponda dar el Consentimiento.

Ello supone, que la parte interesada en que el permiso sea otorgado, se ha puesto en contacto con quien debe autorizar el viaje y éste se ha negado a otorgar su consentimiento ante las autoridades administrativas competentes o ha revelado inconformidad con el lugar de destino, con la fecha o duración del viaje, con la persona que acompañará al niño, niña o adolescente, o con el propósito del viaje, etc.

Es decir, para que se justifique la intervención judicial prevista en el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se parte del supuesto que existe oposición por parte del llamado por Ley a los efectos de otorgar el permiso.

Sin embargo, existen otras circunstancias que tienen que ser consideradas a los fines de la aplicación de este artículo, pues la consecuencia jurídica en estos supuestos de hecho debe ser la misma.

Se refiere al desconocimiento acerca del paradero del progenitor llamado a dar su consentimiento o alguna de las situaciones previstas en el artículo 262 del Código Civil, como causas de exclusión absoluta del ejercicio de la patria potestad y que devienen de la imposibilidad de ejercerla, no obstante detentar la titularidad. En estos casos, luce necesaria la intervención judicial a los efectos de corroborar la circunstancia en concreto de la que se trate y recae sobre el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes la tarea de autorizar o negar el viaje.

2.3_. Legitimados Activos para Presentar la Solicitud de Autorización de Viaje

Según la redacción de la norma, pareciera que sólo pueden acudir a los efectos de exponer la situación ante el juez o jueza de protección, el padre o la madre que autorice el viaje y el hijo o hija si es adolescente.

No obstante, consideró la Sala de Casación Social en la sentencia objeto de análisis, que terceras personas como abuelos u otros familiares del niño, niña o

adolescente, o guardadores que no ejerzan la representación, pueden presentar dicha solicitud cuando los que sí detentan tal poder, se niegan o no pueden autorizar el viaje. Incluso, el progenitor que está en desacuerdo o no permite el viaje planteado extrajudicialmente por el otro que sí lo consiente, podría someter tal situación al conocimiento del juez para que éste dilucide la situación.

2.4_. Competencia Judicial ante la Situación de Negativa o Desacuerdo Respecto a la Autorización de Viaje.

En caso de negativa o desacuerdo, será el juez o jueza de protección quien decidirá lo que convenga al interés superior del niño, niña o adolescente.

Para la tramitación de dicha solicitud, el literal f) del Parágrafo Primero del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, atribuye la competencia al Tribunal de Protección de Niños Niñas y Adolescentes, para conocer de las negativas o desacuerdos en autorizaciones para viajar dentro y fuera del país, considerando este asunto como de naturaleza contenciosa y para cuyo conocimiento se observará el procedimiento ordinario contemplado en el Capítulo IV, del Título IV de la referida ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 452 *eiusdem*.

Es importante precisar que las autorizaciones judiciales para viajar deben ser específicas para cada viaje o para un grupo de viajes en concreto a realizarse en un periodo determinado (que no podrá exceder de un -1- año), indicándose la duración de cada viaje, el destino y la fecha tope de retorno, toda vez que el incumplimiento de este último elemento puede dar origen a iniciar el trámite de una eventual restitución –nacional o internacional, según corresponda-, en virtud de la retención indebida del niño, niña o adolescente.

Sobre este último aspecto, referente a la competencia judicial en caso de negativa o desacuerdo para autorizar el viaje, en el que el juez o jueza de protección debe decidir conforme al *interés superior del niño, niña o adolescente*, cabe destacar que este es un precepto regulado en los artículos 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, constituyendo un principio de interpretación y

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

aplicación de la ley, dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías; que en palabras de Peñaranda (2009):

> (…) es el criterio de obligación o seguimiento para las familias, sociedad y el Estado, en la toma de todas las decisiones relacionadas directamente con los niños, niñas y adolescentes y que estas decisiones sean las más convenientes para el desarrollo integral, que nunca sean contrarias a sus intereses. Pág. 182.

Por consiguiente, dicho principio actúa como norma básica a seguir en todas las actividades y medidas concernientes a la infancia y la adolescencia.

3_. Procedimientos Judiciales.

3.1_. Homologaciones Judiciales.

Las solicitudes de homologaciones judiciales se encuentran reguladas en el artículo 518 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, estatuyendo que "Los acuerdos extrajudiciales deben ser homologados por el juez o jueza de mediación y sustanciación dentro de los tres días siguientes a su presentación ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes." El citado procedimiento de homologación de acuerdos se aplica en los siguientes supuestos:

3.1.1_. Ambos Padres Acuden ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Se aplica cuando ambos padres acuden personalmente o uno de ellos de manera personal y el otro mediante apoderado judicial, ante el Tribunal de Protección, con la finalidad de autorizar el viaje del niño, niña o adolescente con uno de ellos o con un tercero.

3.1.2_. Ejercicio Unilateral de la Patria Potestad.

Procede cuando, ante la ausencia inminente de uno de los progenitores –*v. gr.* viaje indefinido de uno de uno de ellos- ambos acuerdan que el otro ejerza unilateralmente la patria potestad.

El artículo 262 del Código Civil dispone, entre otros aspectos, que en el caso del padre o de la madre que ejerza la patria potestad, **no esté presente** o cuando por cualquier motivo se encuentre impedido para cumplir con ella, **el otro progenitor asumirá o continuará ejerciendo solo la patria potestad**.

En atención a ello, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia Nº 410 de fecha 17 de Mayo de 2018, dispuso homologar acuerdo presentado por los padres de un adolescente, a través del cual la madre asumiría temporal y provisionalmente el ejercicio unilateral de la patria potestad con la finalidad de resolver los eventuales requerimientos del hijo ante la ausencia del padre al irse del país y atender las necesidades que demanden autorización de ambos progenitores, tales como asuntos relacionados con documentos de identidad, educación, salud y recreación, entre otros.

A tal efecto, adujo la sentencia:

> Considera la Sala que de conformidad con el artículo 518 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los atributos de la Patria Potestad sí son disponibles por acuerdo extrajudicial, todo ello en beneficio de los intereses de los niños, niñas y adolescentes; y en consecuencia, en esa circunstancia, sí pueden ser objeto de homologación.

Adicionalmente, la residencia en el exterior de uno de los progenitores (el padre) evidencia la situación de no presente del mismo, por lo que de conformidad con el artículo 262 del Código Civil, es conveniente acordar el ejercicio unilateral de la patria potestad para la madre, garantizando así los derechos y garantías del adolescente.

Se difiere de la interpretación realizada por el *ad quem* sobre el acuerdo presentado para su homologación, en lo que se refiere a las autorizaciones para

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

viajar, ya que la Sala considera que merece un tratamiento distinto el caso donde uno de los padres, estando el otro presente, pretende el ejercicio unilateral de la patria potestad para evitar la solicitud de dichas autorizaciones, a aquellas situaciones donde el padre está no presente y, como no puede otorgar la autorización, es necesario acudir al tribunal.

Asimismo, se observa que el acuerdo suscrito por los padres tiene como único y claro fin permitir que la madre, como progenitora del adolescente, ejerza de manera unilateral y eficaz tanto la custodia como la patria potestad de este último, con lo cual podrá realizar todos los actos de representación necesarios para el desarrollo de la vida jurídica del adolescente, sin que ello implique, bajo análisis alguno, que el padre está renunciando a las referidas instituciones familiares.

3.1.3_. Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria.

El procedimiento de jurisdicción voluntaria se encuentra regulado en el Capítulo VI, Título IV, artículos 511 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual se tramita conforme a lo dispuesto en dicho Capítulo, aplicando supletoriamente el procedimiento ordinario de la misma Ley especial –artículos 450 y siguientes-; debiéndose destacar que de conformidad con el artículo 512 *eiusdem*, en estos procedimientos sólo se celebrará una audiencia, la cual se rige por lo establecido para la audiencia preliminar en el procedimiento ordinario, siendo el juez o jueza de mediación y sustanciación competente para evacuar las pruebas y dictar la determinación sobre lo solicitado –artículo 513-.

Ahora bien, los supuestos que pueden presentarse para la aplicación del Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, en materia de autorizaciones para viajar de niños, niñas y adolescentes, se verifican cuando ambos padres están de acuerdo con la autorización, no obstante se producen las siguientes circunstancias:

3.1.4_. Uno de los Progenitores no se Encuentra en el País.

En este escenario, ambos padres están de acuerdo con la autorización para viajar del niño, niña o adolescente, pero uno de ellos no se encuentra en el país, caso en el cual el otro u otra presentan la solicitud ante el Tribunal de Protección. El juez o jueza debe ordenar la notificación del progenitor que se encuentra en el extranjero y verificar su conformidad con la autorización, por todos los medios permitidos por la ley.

3.1.5_. Ambos Progenitores se Encuentran en el País, pero uno de Ellos en una Localidad Distinta del Lugar de Residencia del Niño, Niña o Adolescente.

Aplica este supuesto cuando ambos progenitores, que igualmente están de acuerdo con la autorización para viajar del niño, niña o adolescente, se encuentran en territorio venezolano. No obstante, uno de ellos, en una localidad distinta del lugar de residencia del niño, niña o adolescente y está imposibilitado de acudir personalmente o mediante apoderado judicial, ante el Tribunal de Protección, por lo que el otro padre presenta la solicitud ante dicho Tribunal. En estos casos, de igual manera, debe el juez o jueza ordenar la notificación del progenitor que se encuentra en otra localidad y proceder a verificar su conformidad con la autorización.

A los efectos de la notificación del progenitor que se encuentra fuera del país o dentro de él pero en una localidad distinta del lugar de residencia del niño, niña o adolescente, así como para la realización de la única audiencia a los fines de verificar la conformidad del referido progenitor con la autorización para viajar solicitada, se pueden observar, además de las disposiciones previstas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los **Lineamientos para la Práctica de las Notificaciones Electrónicas**, según Resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia Nº 2020-0029 de 9 de Diciembre de 2020; así como la **resolución que regula el uso de la videoconferencia y demás soportes tecnológicos y telemáticos en los procesos llevados en la jurisdicción de protección de niños, niñas y adolescentes**, Resolución de la Sala Plena del Máximo Tribunal de la República Nº 2020-0028, también del 9 de Diciembre de

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

2020, esta última aplicable concretamente para la realización de la audiencia por videoconferencia o video llamada, entre otros medios tecnológicos.

3.1.6_. Uno de los Progenitores está Ilocalizable: Ejercicio Unilateral de la Patria Potestad.

Establece el artículo 262 del Código Civil lo siguiente:

> En caso de muerte del padre o de la madre que ejerza la patria potestad, si se hallare alguno de ellos sometido a tutela de entredicho, de haber sido declarado ausente, de no estar presente o **cuando por cualquier motivo se encuentre impedido para cumplir con ella**, **el otro progenitor asumirá o continuará ejerciendo solo la patria potestad**; pero si había sido privado de la misma por sentencia o decisión judicial, no podrá hacerlo sino después que haya sido autorizado o rehabilitado por el mismo tribunal. (Énfasis del autor).

De acuerdo con lo dispuesto en la citada norma, se observa que aparte de la cesación por causa de extinción y privación de la patria potestad –*ex* artículos 356 y 352 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes-, existe una figura "intermedia" que admite la posibilidad de su ejercicio de manera unilateral, por parte de un solo progenitor, por causas específicas. En efecto, de esta norma se desprenden cinco supuestos que dan lugar al ejercicio exclusivo de la patria potestad por uno solo de los progenitores; es decir, se trata de situaciones donde si bien no opera la extinción o no existe una privación del ejercicio de la patria potestad de uno de los padres, uno de los progenitores lo asume exclusivamente; salvo en lo que respecta al supuesto del entredicho, que requiere la apertura del procedimiento de interdicción respectivo, supuesto éste que se encuentra expresamente incluido entre las causales de privación de la patria potestad de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con lo que dicho supuesto quedó implícitamente derogado y, por lo tanto, excluido de este elenco de situaciones que dan lugar al ejercicio unilateral de la patria potestad; y en relación al primero de los supuestos –la muerte del padre o de la madre que ejerza la patria potestad-, no ofrece duda, pues explica la extinción de la misma por el solo hecho de la muerte.

No obstante, los demás casos comprendidos en el supuesto de hecho de la norma requieren de la intervención judicial para su comprobación. En efecto, en el caso del declarado ausente se requiere que medie previamente el juicio de ausencia, y los últimos dos casos, relativos al no presente o a un motivo que imposibilite al progenitor su ejercicio, sin que pueda subsumirse en cualquiera de los casos mencionados, requieren también de un procedimiento con una actividad probatoria ante un juez competente; estando dentro de este último supuesto -relativo a un motivo que imposibilite al progenitor su ejercicio-, por ejemplo, el caso de una persona de quién se desconozca absolutamente su paradero, entre otros.

Por tanto, para que opere el último de los supuestos que se analiza de la norma, esto es, "cuando por cualquier motivo se encuentre impedido para cumplir con ella," es necesario que surja cualquier motivo (de salud o desconocimiento absoluto de su paradero) que habilite al otro progenitor a ejercer la patria potestad de manera exclusiva, sin que se trate de su extinción o privación en su ejercicio.

Sobre este aspecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con la **Sentencia Nº 284** del 30 de Abril de 2014, estableció lo siguiente:

> (…) cabe preguntarse, cuál podría ser el interés jurídico o la utilidad práctica de obtener un reconocimiento judicial de este tipo, basado en esta norma. A esta interrogante la Sala concluye que no es otro que se habilite al progenitor que realiza tal solicitud, para que prescindiendo del consentimiento del otro o sin su autorización, pueda realizar libremente actos que incumben e interesan a ambos padres; que exceden la simple administración de los bienes de él o los menores de edad, para los cuales normalmente se requiere de la autorización de ambos padres; (…) en fin, cualesquier gestión para la que normalmente se requiere de la autorización de ambos (…)

De lo expuesto se colige, que tratándose de un régimen esencialmente atípico, su utilización está orientada exclusivamente a casos excepcionales y absolutamente comprobables, que lo justifiquen.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

Por otra parte, este mecanismo en modo alguno autoriza a que se evada un juicio de privación de patria potestad, que impone un trámite más largo, pues se tergiversaría la utilidad práctica del instituto y lo desnaturalizaría, de tal manera que el Juzgador o Juzgadora debe ser cauteloso para circunscribir ese tipo de autorizaciones de ejercicio unilateral de la patria potestad a casos específicos, documentados y urgentes que no entorpezcan el régimen legal tradicional, pero que garantice al mismo tiempo su efectividad.

Valga destacar que, si un progenitor o progenitora hace uso de este instrumento porque pretende evadir sucesivas autorizaciones para viajar, para vender, etcétera, o sencillamente quiere sustraerse deliberadamente del régimen normal de ejercicio conjunto de la patria potestad, este mecanismo no puede servirle de fundamento; recuerda la Sala, en este sentido que es un derecho fundamental reglado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Convención de los Derechos del Niño, el que los niños, niñas y adolescentes tengan una relación parental sólida, estrecha, de calidad, que redunde en una situación afectiva sana durante la niñez o adolescencia de la persona humana con ambos padres y es un deber del Estado garantizar tal. De tal modo que, validar el uso impropio de este instrumento violaría tales propósitos.

> Si bien ello es cierto, debe advertir la Sala que no es concebible limitar el alcance y las bondades que ofrece el aludido mecanismo legislativo, ni hacer más complicada su tramitación, para aquellas personas que de buena fe desean hacer uso de la analizada norma.

Asimismo determinó la Sala que es preciso que los progenitores circunscriban sus pretensiones a las categorías diseñadas y creadas por el ordenamiento jurídico para cada caso en concreto, esto es, si un padre o madre no ha cumplido con los deberes inherentes a la patria potestad y ha abandonado afectivamente a su hijo, con respecto al cual se agotaron previamente todas las fórmulas de acercamiento posible para asegurar al niño, niña o adolescente su derecho a una relación parental consolidada, queda entonces dicho padre incurso en una causal de privación de patria potestad, pudiendo el otro progenitor

demandar la privación de la misma, si ello conviene a las necesidades del niño, niña o adolescente, para no soportar la carga de concurrir de manera reiterada a los Tribunales de Protección para solicitar autorizaciones.

Del análisis de la presente decisión, se desprenden dos elementos fundamentales: *en primer lugar*, la previsión de la norma del Código Civil, excluyendo la muerte del progenitor o progenitora y el caso de la interdicción, hace entonces posible que en las condiciones reguladas en ese mismo dispositivo legal, se le reconozca la posibilidad de ejercicio de la patria potestad a un solo progenitor, verificados los supuestos de hecho de la norma, por lo que la invocación de la misma como sustento de una solicitud de este tipo, obligan al juez a examinar, a través del material probatorio suministrado por la parte interesada, la verificación del hecho que da lugar a la autorización; y en el caso de un progenitor ilocalizable, el Tribunal de Protección debe dejar constancia de las diligencias realizadas para notificar a dicho progenitor, presuntamente ilocalizable.

En segundo lugar, se advierte que como quiera que con el dispositivo legal *in commento* no se pretende desconocer de manera definitiva ni cuestionar la patria potestad, ni privar al no presente o a la persona imposibilitada de ejercerla, y habida consideración de que el Legislador no señaló expresamente un procedimiento para su tramitación, el que se siga no debe ser complejo, ni puede tener contención, amén de que bajo ningún concepto puede una resolución judicial dictada con base en este artículo, crear cosa juzgada material.

En este sentido, advirtió la Sala y **estableció con carácter vinculante** que en ausencia de una reglamentación legal para su tramitación, su propia naturaleza exige un trámite dinámico y expedito, pues vista su utilidad práctica y sus limitaciones, no puede pretenderse que el mismo se tramite a través del mismo procedimiento que se emplea para los juicios ordinarios de privación de patria potestad, en vista de la necesidad inminente que eventualmente planteará el o la solicitante, cuyas circunstancias no permiten una demora. Es decir que, lo correcto con la finalidad perseguida por el dispositivo es recurrir para su trámite a los procedimientos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria.

En consecuencia, **los distintos supuestos que comprende el referido artículo 262 del Código Civil deben tramitarse a través de una solicitud no**

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

contenciosa o mediante el Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, regulado en la materia que nos ocupa, en los artículos 511 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Finalmente destacó la Sala, que el solo hecho de que comparezca ante el tribunal respectivo el otro progenitor determina que el juez, mediante decisión, ordene inmediatamente el cierre y archivo del expediente, si para el momento no ha emitido decisión definitiva, y en el caso de haberse proferido decisión, el hecho de que aparezca el progenitor cuya no presencia se alegó y sirvió de justificación para que se le atribuyera al otro progenitor el ejercicio unilateral de la patria potestad sobre su hijo o hija, comporta un hecho sobrevenido con incidencia relevante sobre la situación jurídica, cuya sola ocurrencia la hace desaparecer *ope legis* o, en otras palabras, desvirtúa por sí solo los alegatos y la situación jurídica reconocida en el fallo; pues ni siquiera la norma -262 del Código Civil- admite un contencioso eventual, ya que de haberlo expiraría *ipso facto* el procedimiento, ello debido a la naturaleza de la institución de la patria potestad, su ejercicio y sus formas de extinción, en cuyo respeto y vigencia se encuentra interesado el orden público.

3.1.7_. Procedimiento Ordinario.

Se encuentra regulado en el Capítulo IV del Título IV de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, artículos 450 y siguientes. Este procedimiento se observará para tramitar todas las materias contempladas en el Parágrafo Primero del artículo 177 *euisdem*, es decir, asuntos de familia de naturaleza contenciosa, salvo las excepciones previstas expresamente en la misma Ley especial, es decir, su aplicación supletoria en los demás procedimientos regulados en dicho cuerpo normativo.

Para el procedimiento ordinario se aplicarán en primer lugar las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y supletoriamente las disposiciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil, en cuanto no se opongan a las previstas en la Ley especial –*ex* artículo 452-.

Respecto a las autorizaciones para viajar de niños, niñas y adolescentes, el procedimiento ordinario se aplica en caso de negativa o desacuerdo entre los progenitores para autorizar el viaje, a cuyo efecto debe presentarse la demanda pertinente de conformidad con el literal f) del Parágrafo Primero del artículo 177 de la Ley especial, en concordancia con los artículos 391, 392 y 393 *eiusdem* –según se trate de viajes dentro o fuera del país-, siendo competente para conocer de la misma el Tribunal de Protección de la residencia habitual del niño, niña o adolescente.

En relación a las autorizaciones para viajar fuera del país, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante **Sentencia N° 736** de 25 de Octubre de 2017, estableció con carácter vinculante, lo siguiente:

> La solicitud de permiso para viajar cuando no ocurre de manera voluntaria y natural entre los progenitores, requiere de la intervención judicial para la protección de los derechos del niño, niña o adolescente, si es el caso, instancia que dictará la decisión acorde a los elementos de convicción presentados y en atención al interés superior del niño, así como a las instituciones familiares establecidas a favor de éste; es así como debido al alto grado de conflictividad entre quienes ejercen conjuntamente la maternidad y la paternidad de hijos e hijas menores, una actividad propia de la dinámica familiar como lo es viajar para el encuentro familiar, recreación y entretenimiento se torna compleja, siendo el principal argumento para negarla voluntariamente u oponerse a ella en la vía jurisdiccional, el temor del progenitor que la niega o se opone, un cambio intempestivo de domicilio del niño, niña o adolescente lo cual devendría en una afectación del contacto personal y actividades inherentes a la relación de crianza. Aunado a ello, no puede limitarse el ejercicio de los derechos del niño y los de su familia por actitudes arbitrarias del progenitor en desacuerdo con el viaje, de domicilio desconocido, imposible ubicación o ausente para autorizarlo. (…) En estos casos de oposición a la autorización donde hay que acudir ante el juez o jueza, a fin de que éste decida lo que convenga, **el juzgador para tomar la decisión, debe hacerlo oyendo a los padres y al niño, niña o adolescente, ponderando la necesidad y utilidad del viaje, la posibilidad de que el niño no sea desarraigado de su familia,**

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

> **ni que sea desnacionalizado al separarlo física e intelectualmente del país donde habita su familia o parte de ella**; razones por las cuales al juez debe probársele de cuál es la verdadera situación del niño, niña o adolescente viajero, de su regreso a la esfera del otro padre, de la posibilidad de cumplimiento de los deberes establecidos en el artículo 76 constitucional; y el juez puede exigir pruebas a los padres, indagar las condiciones de vida en el exterior tanto del niño como del padre que viaja con él, si fuere el caso, la condición legal de los viajeros si fuera para otros países, la dirección donde se encontrará el sujeto para quien obrara la autorización, así como el medio de comunicación con el padre, y todo lo que le permita formarse una idea cabal a fin de que se cumplan los artículos 75 y 76 constitucionales, tal como examinar visas, documentos, etc.

Añade la sentencia, que el juez puede imponer condiciones para el viaje a fin de garantizarle al padre que queda en el país, la accesibilidad al hijo e hija y las facilidades para comunicarse con él, en el entendido que su incumplimiento puede entenderse como retención ilícita del niño, niña o adolescente, a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Puntualizó la Sala, que en esta especial materia en procura del interés superior del niño, niña o adolescente, en defensa de la esfera de derechos y garantías constitucionales susceptibles de vulneración y de los sujetos de protección, **la acción de amparo constitucional se instituye como un medio de carácter excepcional**, apreciada la inminente violación o amenaza de violación de estos derechos y garantías, toda vez que el procedimiento idóneo previsto por el legislador para la resolución judicial de las solicitudes de autorización de viaje al extranjero a favor de niños, niñas y adolescentes, es el establecido en los artículos 392 y 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a menos que de manera excepcional, las circunstancias demuestren que de tramitarse a través del procedimiento ordinario se haría ilusorio el fallo que se dicte.

Asimismo, estableció con carácter vinculante, que en todas aquellas decisiones emitidas con ocasión a la interposición de un amparo constitucional

que resuelvan sobre solicitudes de autorización judicial para viajar al extranjero a favor de niños, niñas o adolescentes, tal como está previsto en el procedimiento ordinario, el juez o jueza, en virtud de los sujetos de protección, de los derechos que se resguardan y dados los efectos de cumplimiento y acatamiento inmediato del mandamiento de amparo -artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales-, **en los casos de otorgar o negar una medida preventiva de autorización judicial para viajar al extranjero, deberá motivar sucintamente su decisión expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que fundamenta la misma**.

De tal modo que la decisión se manifieste como el resultado de un juicio lógico, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho, así como elementos que sean examinados y valorados, sin menoscabo del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y en la jurisprudencia pacífica y reiterada por la Sala en materia de amparo constitucional; haciendo extensivo dicho criterio a las decisiones que admitiendo un recurso de apelación suspendan cautelarmente la autorización impugnada.

Tres aspectos fundamentales se pueden extraer de esta sentencia de la Sala Constitucional, que realiza una efectiva ponderación de la potestad restrictiva de los padres respecto al derecho al ejercicio del libre tránsito de los hijos e hijas.

En *primer* lugar, queda claro que el procedimiento para el trámite de las autorizaciones para viajar, es el ordinario, previsto en los artículos 391 –viajes dentro del país-, 392 –viajes fuera del país- y 393 –intervención judicial- de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; *segundo*, que solo excepcionalmente puede recurrirse a la vía del amparo constitucional, y, *tercero*, que en dicho supuesto, el juez de amparo debe motivar su decisión, indicando las razones por las cuales acuerda o niega la autorización, bien sea en la resolución de fondo o de manera cautelar, y muy importante, debe imponer las condiciones que garanticen el contacto con el otro progenitor y el retorno seguro del niño, niña o adolescente.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

3.1.8_. Medidas Preventivas.

Establece el literal i) del Parágrafo Primero del artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo siguiente:

> **Artículo 466. Medidas Preventivas.** (*Omissis*) **Parágrafo Primero.** El juez o jueza puede ordenar, entre otras, las siguientes medidas preventivas:(*Omissis*) i) Autorización para viajar en caso de extrema necesidad debidamente probada, para garantizar el derecho a la vida o salud del niño, niña o adolescente.

A tal efecto, cuando se acredite suficientemente ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la extrema necesidad y urgencia del viaje a los fines que sea acordada la autorización en forma expedita, el tribunal podrá decretar a solicitud de parte o de oficio, una medida preventiva de conformidad con el referido artículo 466, Parágrafo Primero, literal i) de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, debiéndose garantizar la debida notificación del otro progenitor.

Sobre este aspecto se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión Nº 645 de fecha 10 de Octubre de 2018, determinando que cuando sea acordada una autorización para viajar a través de medida preventiva, debe notificarse sobre dicha autorización al otro progenitor para que éste tenga la oportunidad de exponer sus defensas y alegar lo que a bien tuviera en el procedimiento de autorización de viaje, esto es, participar en dicho procedimiento y poder ejercer en forma oportuna y efectiva los recursos de ley, a los fines de cumplir y garantizar el derecho a la defensa, el debido proceso y la tutela judicial efectiva resguardados en el Texto Fundamental.

4_. Lineamientos de Actuación Procesal Respecto a las Autorizaciones Judiciales para Viajes al Exterior de Niños, Niñas y Adolescentes.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la **Sentencia Nº 356** del 17 de Septiembre de 2019, puntualizó la concepción

respecto a la naturaleza de la autorización para viajar al exterior, al tratarse de un mecanismo de control que permite al juez o jueza ponderar la necesidad y utilidad del viaje, la posibilidad de que el niño, niña o adolescente no sea desarraigado de su entorno, ni que sea desnacionalizado al separarlo física e intelectualmente del país donde habita su familia o parte de ella, en atención a lo establecido en el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, procediendo dicha Sala, en la sentencia *in commento*, a fijar y establecer para los Tribunales de Protección de la República, los lineamientos de actuación procesal respecto a las autorizaciones judiciales para viajes al exterior de niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, sostuvo la Sala, en ***primer lugar***, que constituye un deber insoslayable de los Jueces y Juezas de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, velar por el cumplimiento y plena observancia de las medidas preventivas y sentencias que pudiesen decretar en el curso de un proceso judicial de autorización para viajar fuera del territorio nacional de niños, niñas o adolescentes, prestando una diligente atención sobre el acatamiento de las partes respecto de los límites y parámetros de las mismas, debiendo hacer uso de las medidas judiciales pertinentes a tales fines.

En ***segundo término***, puntualizó la Sala, que no podrá el Juez o Jueza de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, desentenderse del cumplimiento de las autorizaciones para viajar al extranjero que fuesen acordadas, debiendo atender cardinalmente el límite temporal establecido, con el objeto de verificar el retorno o reingreso del niño, niña o adolescente al territorio nacional, para lo cual deberá implementar todas las medidas pertinentes que el principio de máxima diligencia le permitan, garantizando de esta manera el interés superior del niño, niña o adolescente, su protección integral y prioridad absoluta. En tal sentido, el juez o jueza de protección, una vez vencido el lapso para el reingreso del niño, niña o adolescente a la República, podrá oficiar al Servicio Administrativo de Identificación Migración y Extranjería (SAIME), solicitando los movimientos migratorios correspondientes del sujeto protegido.

En ***tercer lugar***, adujo la Sala que el artículo 482 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes prevé los indicios por conducta procesal, orientado a que las partes deban actuar con probidad en el proceso, de manera que coadyuven a la consecución de la justicia. Por ello, es una carga

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

procesal de orden moral que debe ser elevada al ámbito formal, en los casos de autorizaciones judiciales para viajar, por lo que el progenitor o progenitora a quien le es otorgada la autorización judicial para viajar, deberá informar inmediatamente al Tribunal el cumplimiento del retorno del niño, niña o adolescente en la fecha establecida para tal fin.

Como ***cuarto aspecto*** se establece que la verificación del no reingreso del niño, niña o adolescente al territorio nacional, se entenderá como un incumplimiento de los términos en los cuales fue otorgada la autorización para viajar y acarreará como consecuencia, la *instauración de oficio del procedimiento de restitución internacional* del niño, niña o adolescente, de conformidad con la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 25 de octubre de 1980.[3]

En ***quinto lugar***, el juez o jueza deberá dictar decisión mediante la cual certifique la retención indebida del niño, niña y/o adolescente, de conformidad con las disposiciones legales antes citadas.

Como último y ***sexto aspecto***, ordenó la Sala que una vez constatado el incumplimiento de la orden de retorno del niño, niña y/o adolescente a la República, deberá el juez o jueza de protección, adicionalmente, oficiar al Ministerio Público, acompañando copia certificada de la decisión que califique la retención indebida, a los fines que se inicie la investigación pertinente sobre el presunto desacato.

CONCLUSIONES

Las autorizaciones para viajar de niños, niñas y adolescentes, constituyen documentos expedidos por la autoridad competente contentivos del permiso otorgado por el padre o la madre en virtud del ejercicio de la responsabilidad de crianza, o, se trata de decisiones judiciales emanadas del juez de protección en

[3] La finalidad del Convenio según su artículo 1 es garantizar la restitución inmediata de los "menores" trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de "custodia y de visita" vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

virtud de la existencia de desacuerdos entre los progenitores o negativa de éstos para consentir el viaje. La ausencia de alguno de ellos o su imposibilidad para otorgar el consentimiento, también podrá dar lugar a dichas autorizaciones judiciales.

En tal sentido, la autorización para viajar cuando no ocurre de manera voluntaria y natural entre los progenitores, requiere de la intervención judicial para la protección de los derechos del niño, niña o adolescente, instancia que dictará la decisión acorde a los elementos de convicción presentados y en atención al interés superior de éste, así como a las instituciones familiares establecidas a su favor.

Por ello, el juez de protección cuidará que en los motivos de hecho y de derecho de la decisión que dicte al efecto, queden plasmadas las razones que lo condujeron a determinar el interés superior del niño, niña o adolescente en el caso en concreto, de conformidad con lo previsto en los artículos 8 y 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

El principio del interés superior del niño consagrado en el citado artículo 8, es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones que se dicten en la especial materia de protección de la infancia y la adolescencia, aunado a que en la materia que se ocupa, el legislador en el referido artículo 393 de la ley especial, hace énfasis en que el juez o jueza de protección decidirá lo que convenga al interés superior del hijo o hija.

Un criterio orientador para la búsqueda de tal interés, radica no sólo en el equilibrio entre los derechos y deberes del niño, niña o adolescente, sino también entre los distintos derechos de los cuales éste es sujeto. Comprenderlo de esta manera tiene especial importancia en materia de autorizaciones para viajar, ya que frecuentemente debe ponderarse el justo equilibrio entre el derecho al libre tránsito, recreación y esparcimiento, con otros derechos como la salud, la educación, tener contacto con la familia de origen, mantener contacto con sus progenitores, entre otros.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales ● Pág.: 175 – 200

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cardona, J. (2012) "*La Convención Sobre los Derechos del Niño: Significado, Alcance y Nuevos Retos*." Educatio Siglo XXI, Vol. 30 Nº 2. Valencia, España. Págs. 47-68.

Peñaranda, H.R. (2009) "*Fundamentos del Derecho de la Niñez y de la Adolescencia*" Editorial de la Universidad del Zulia (Ediluz). Maracaibo, Venezuela. Págs. 493.

Tribunal Supremo de Justicia (2008) "*Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.*" Editorial Texto. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 275.

Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (2020) "*Lineamientos para la Práctica de las Notificaciones Electrónicas.*" Resolución Nº 2020-0029 del 9 de Diciembre de 2020. Consultado el 5 de Junio de 2021. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003790.html

Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (2020) "*Resolución que Regula el uso de la Videoconferencia y Demás Soportes Tecnológicos y Telemáticos en los Procesos Llevados en la Jurisdicción de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.*" Resolución Nº 2020-0028 del 9 de Diciembre de 2020. Consultado el 5 de Junio de 2021. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003789.html

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia Nº 284 de 30 de Abril de 2014. (Caso: *Ruth Desiré Patrizzi Gómez* contra *Juzgado Superior Primero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional*). Consultado el 5 de Junio de 2021. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163496-284-30414-2014-13-0332.HTML

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia Nº 645 de 10 de Octubre de 2018. (Caso: *Hembert Vicente Reyes Roberti* contra *Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de Protección del Estado Lara*). Consultado el 5 de Junio de 2021. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301597-0645-101018-2018-18-0304.HTML

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia Nº 736 de 25 de Octubre de 2017. (Caso: *Isabella Magual Bravo* contra *Tribunal Tercero de Primera*

Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas). Consultado el 5 de Junio de 2021. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/204457-736-251017-2017-17-0220.HTML

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia Nº 356 de 17 de Septiembre de 2019. (Caso: *Yolanda Coromoto Vásquez Cortez* contra *Hembert Vicente Reyes Roberti*). Consultado el 5 de Junio de 2021. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/septiembre/307239-0356-17919-2019-18-495.HTML

Sala de casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia Nº 410 de 17 de Mayo de 2018. (Caso: *Reny Robert Villalobos Duarte y Yelitza Vanesa Bracho Coronado* contra *Juzgado Superior Primero de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia*). Consultado el 5 de Junio de 2021. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/mayo/211407-0410-17518-2018-17-309.HTML

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia Nº 868 de 10 de Julio de 2014. (Caso: *José Alejandro Vega Andara*). Consultado el 5 de Junio de 2021. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/166736-0868-10714-2014-10-1063.HTML

Gaceta Oficial Nº 5.908 Extraordinario del 19 de Febrero de 2009. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con la Enmienda Nº 1 de fecha 15 de Febrero de 2009.

Gaceta Oficial Nº 34.541 del 29 de Agosto de 1990. Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Gaceta Oficial Nº 36.004 del 19 de Julio de 1996. Ley Aprobatoria de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Estudio de la Eficacia de la Prueba de Oficio contenida en el COGEP y conferida a los… ● Pág.: 201 – 231

ESTUDIO DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA DE OFICIO CONTENIDA EN EL COGEP Y CONFERIDA A LOS JUECES

STUDY OF THE EFFECTIVENESS OF THE OFFICE TEST CONTAINED IN THE COGEP AND CONFERRED TO THE JUDGES

Ph.D Bartolomé Gil Osuna[1]
Abg. Brayan Alejandro Mayorga Morillo[2]
MSc. Pedro Mauricio Arias Romero[3]
https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.07

Fecha de Recepción: 19 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 29 de marzo de 2022

RESUMEN

La prueba para mejor resolver o prueba ex officium dentro del nuevo esquema constitucional y procesal orgánico que se ha implementado en el Ecuador, con la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) –2015– brinda una expectativa de un cambio radical en la actitud de los intervinientes en la actividad judicial. Siendo el objetivo general de esta investigación analizar la eficacia jurídica de la prueba de oficio contenida en el COGEP y su legalidad en relación al principio de imparcialidad en procesos civiles en el año 2020, en el cantón Ibarra, se recurre al enfoque cualitativo, con un nivel de profundidad descriptivo, con la aplicación del método deductivo y el método hermenéutico, tomando en cuenta la revisión documental para precisar que la prueba para mejor resolver se constituye en el COGEP y en la Constitución 2008 como herramienta excepcional, motivada y eficiente para una decisión judicial más justa.

PALABRAS CLAVE: Prueba para mejor resolver, prueba *ex officium*, prueba, actividad probatoria, carácter excepcional.

ABSTRACT

The test to better resolve or ex officium test within the new constitutional and organic procedural scheme that has been implemented in Ecuador, with the entry into force of the General Organic Code of Processes (COGEP) –2015– provides an expectation of a radical change in the attitude of those involved in judicial activity. Being the general objective of this research to analyze the legal effectiveness of the official evidence

[1] Docente tiempo completo de la Pontifica Universidad Católica del Ecuador–Sede Ibarra. Coordinador de Investigaciones de la PUCE-SI. Ph.D. en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes; *Magister Scientiae* en Ciencias Políticas, Universidad de los Andes; Especialista en Derecho romano, Antiguo y Mediterráneo, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Facoltà di Giurisprudenza, Roma-Italia; Especialista en Derecho Internacional Privado, Universidad de Salamanca-España. Abogado egresado de la Universidad de los Andes. Mérida-Venezuela. Ex Docente de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: bagil2@pucesi.edu.ec; Apartado Portal: 100112.

[2] Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Correo electrónico: bamayorga@pucesi.edu.ec; Apartado Portal: 100112.

[3] Director de la Escuela de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra. Director del Centro de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra, Docente e Investigador de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra. *Magister* en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Técnica Particular de Loja; Licenciado en Derecho-España. Correo electrónico: pmarias@pucesi.edu.ec; Apartado Portal: 100112.

contained in the COGEP and its legality in relation to the principle of impartiality in civil proceedings in the year 2020, in the canton Ibarra, the qualitative approach is used, with a Descriptive depth level, with the application of the deductive method and the hermeneutical method, taking into account the documentary review to specify that the test to better solve is constituted in the COGEP and in the 2008 Constitution as an exceptional, motivated and efficient tool for a decision fairer judicial.

Key Word: Test for better resolution, ex officium test, test, evidentiary activity, exceptional character.

INTRODUCCIÓN

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP), como cuerpo legal regulador de la actividad procesal en las materias afines al derecho civil, sistematiza la jurisdicción y competencia al precautelar y proteger el debido proceso en el Ecuador. El COGEP se caracteriza por enaltecer principios procesales fundamentales como la concentración, la contradicción, la inmediación, la igualdad, la legalidad, la existencia del juez imparcial, el derecho a la defensa, la buena fe procesal, la oralidad, entre otros, que permiten *a priori* la celeridad de los procesos invistiéndoles de mayor trasparencia y reduciendo los procedimientos, permitiendo una mejor adecuación y subsunción de la norma. De ello se desprende que con la introducción de principios dentro del sistema de administración de justicia ecuatoriana se produjeron importantes cambios en *materia probatoria*. Un claro ejemplo es que, en el COGEP, artículo 168, los legisladores introducen en materia probatoria la *prueba de oficio* en materia civil o con el nombre constante en el cuerpo legal denominada "*prueba para mejor resolver*"[4]; la cual podrá ser ordenada por la autoridad ─excepcionalmente─ con la finalidad de aclarar los hechos de la controversia. Para lo cual los legisladores en búsqueda de una solución en procesos controversiales han otorgado facultades a los administradores de justicia con una herramienta procesal que les permite tener carga en materia probatoria oficiosamente y así adentrarse en el proceso para dar una solución al litigio civil controvertido.

[4] La prueba para mejor resolver: el procesalista, uruguayo, Eduardo J. Couture, en su obra Vocabulario Jurídico (2018), denomina a la prueba para mejor resolver como «*Diligencias para mejor proveer*». En general, medidas que permiten resolver un asunto de manera más adecuada. En particular, dícese de aquellas de carácter probatorio, ordenadas por el juez luego de conclusa la causa para sentencia, con el objeto de complementar la prueba producida por las partes. Da un ejemplo claro: "Después del decreto de conclusión de la causa, no podrán producirse más pruebas…, salvo las que el juez creyere oportunas para mejor proveer". (CPC., 605).

> Para lograr el cometido de la prueba para mejor resolver el principal planteamiento que se ha efectuado es precisamente el de ampliar las facultades y poderes del juez en cuanto a la instrucción del proceso y específicamente a la actividad probatoria que se desarrolla en el mismo. (Cabrera, 2014: pág. 356)

El juez, director del proceso, funcionario judicial posesionado por el Estado para la administración de justicia, en la búsqueda de la verdad usará esta herramienta jurídica como es la prueba para mejor resolver con la finalidad de buscar *prima facie* el esclarecimiento y así dar una solución a los conflictos, evidentemente de una manera motivada y justa, como se expondrá más adelante. Al mencionar los principios probatorios, es necesario determinar que hay algunos de ellos que más que una exigencia legal, constituyen una exigencia lógica. Pues el juez como rector de la *iurisdictio* debe fundarse en la acción y el efecto de probar. No debe olvidarse el llamado *principio de necesidad de la prueba*[5], ―los hechos sin su prueba no existen―, para que un hecho tenga existencia, debe estar probado, a través de distintos medios de conocimiento o distintos medios de prueba (Gómez, 2017). Por esa razón algunos autores, principalmente italianos, sostienen como lo hace, por ejemplo, el maestro Mascardo, que la prueba es el alma del proceso; o como lo dice también otro italiano (Brutta) la prueba es el centro de gravedad de todo acto procesal. El maestro italiano Vito Gianturco afirma con contundencia, citando a su vez a Alessandro Giuliani, "toda la ciencia jurídica se reduce a una ciencia de las pruebas, y el derecho mismo no existe independientemente de su prueba" (Gómez, 2017: p. 3). Este pensar no es novedoso, recuérdese lo que desde el antiguo Derecho romano se impuso como un gran aforismo probatorio, que afirmaba "*da mihi factum, dabo tibi ius*" ―dadme los hechos y os daré el derecho―, lo cual se ha insertado con gran precisión en el COGEP, como norma procedimental en el Ecuador.

[5] En relación a la necesidad e importancia de la prueba, son clásicas las palabras de Bentham (1959), "… el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas" (pág. 10). Para todos estos problemas, el juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y otra parte, así como las que considere pertinentes, durante el proceso, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza probatoria. También Carnelutti (1961) considera la necesidad de la prueba de decisiva importancia, indicando que "la prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento" (pág. XVIII). Y Sentís-Melendo (1967) afirma sin vacilaciones "… un proceso sin pruebas constituye una entelequia…" (pág. 549).

En los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador se establece el principio de supremacía constitucional y se instituye la jerarquía de las leyes, en fiel seguimiento a la pirámide de Kelsen, por lo que es considerada una Constitución garantista de derechos al hacer énfasis en el efectivo cumplimiento de los derechos, como el debido proceso que impone reglas concretas para la correcta aplicación del derecho civil y procesal, de esta manera limita el actuar de los operadores de justicia evitando dilaciones y afianzando la justicia imparcial en la que las partes litiguen en igualdad de condiciones. Asimismo, el Código Orgánico de la Función Judicial avala una *justicia imparcial*, pero existe una antinomia notoria entre las obligaciones de los jueces y la facultad que establece el COGEP, es decir, los jueces están apegados en la objetividad y deben garantizar los derechos de las partes procesales.

> El debate probatorio por parte del juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso. Este deber se cumple cuando no decreta de oficio las que sean necesarias para verificar los hechos alegados o investigados. (Echandía, 1998: pág. 79)

El juzgador en materia civil hace uso de las *pruebas oficiosas* ya que son un instrumento procesal que permite a los operadores de justicia posesionados de jurisdicción y competencia resolver una causa que se inició con una demanda, que hace que los ciudadanos hagan uso del principio dispositivo y activen el aparato estatal de justicia; lo cual da lugar a la *iniciativa probatoria*, que ha dado lugar a sendas discusiones por juristas procesalistas. Con la evolución de la sociedad el derecho también avanza, trata de acoplarse a las necesidades jurídicas de la sociedad, pero siempre con el objetivo de erigir una sociedad más justa, de mano del juez quien ya no solo es boca de la ley, sino que tiene la capacidad de dirigir la relación procesal para la resolución de procesos civiles[6]. Por ello, el juez debe apreciar la iniciativa probatoria, en sentido jurídico y, específicamente, en

[6] Por eso Rengel-Romberg (1991), hace referencia que el proceso, teniendo como director al juez, es considerado como *conducta*. Visión que viene dada por un nuevo aliento en la investigación científica del proceso civil, llegada de la filosofía jurídica contemporánea, especialmente en su extensión egológica, desarrollada por Carlos Cossio y su escuela jusfilosófica en Argentina que, al replantear toda la problemática de la delimitación ontológica del proceso judicial, lo considera como *el conjunto de conductas que intervienen organizadamente en la creación de una norma por el Juez*.

sentido jurídico procesal, como un método de averiguación y un método de comprobación, siguiendo las enseñanzas del procesalista del Sur, Couture (2014). La prueba penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La *prueba civil* es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.

El proceso y el debate probatorio están orientados a esclarecer la verdad procesal. Por ello, el art. 168 del COGEP ha previsto la *prueba de oficio para mejor resolver*, como también lo hace el Código de Procedimiento Civil venezolano en su Art. 514, denominándola *auto para mejor proveer*. Establece esta disposición que la o el juzgador podrá ordenar de oficio la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Esta facultad del juez de ordenar prueba de oficio se ejercerá cumpliendo tres exigencias: a) podrá hacerlo excepcionalmente; b) debe dejar expresa constancia de las razones que tiene para tomar la decisión de ordenar prueba de oficio; c) la prueba que el juzgador ordene de oficio debe ser aquella que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. (Art. 168).

Todo ello contribuya a que, si los medios probatorios aportados por las partes en el proceso resultan insuficientes para esclarecer la verdad procesal y llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos, en palabras de Ramírez-Romero (2017), podrá ordenar de oficio, *mediante decisión motivada*[7], la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Si el fin del proceso y la prueba es el de esclarecer la verdad procesal, esta facultad activista del juzgador de ordenar la práctica de pruebas de oficio, según el art. 168 COGEP, se convierte en un deber del juzgador cuando las pruebas aportadas por las partes resultan insuficientes para encontrar la verdad procesal; y, por esta misma razón la imparcialidad del juez no se afecta ni se rompe al decretar prueba de oficio. Lo cual coincide con el

[7] En tal sentido la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en su Art. 76 numeral 7 literal L, ordena que "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados"; por lo que se erige como una obligación constitucionalmente establecida para los jueces dentro del proceso.

actuar del juez en materia penal, ya que el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su Art 5, al explanar los principios procesales, indica, en relación a la dirección judicial del proceso, inciso 14: la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias.

En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas y, en el inciso 19, estatuye la imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley.

Para afianzar esta idea, es indispensable tomar en cuenta algunas nociones básicas que vienen del pulcro pensar de Carnelutti (1944) quien asevera que, "se llama legal la prueba cuando su valoración está regulada por la ley" (pág. 305). Del mismo sentir es Chiovenda (2000), que enseña que, en dicha prueba, el momento probatorio se presenta a la mente del legislador y no a la del juez[8]; "en ella el legislador, partiendo de consideraciones de normalidad general, fija en abstracto el modo de entender determinados elementos de decisión, sustrayendo esta operación lógica a aquella que el juez cumple para formar su convicción" (pág. 406).

Una de las garantías básicas del debido proceso es el de la imparcialidad del juez (Art. 76.7.k CRE); y, por ello, el art. 160 COGEP establece que "La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal". Y es que, si el juzgador es el director del debate probatorio, sí puede excepcionalmente ordenar de oficio la práctica de pruebas, dejando siempre, expresa constancia de las razones de su decisión (Art. 168).

De allí que los hechos y los actos jurídicos –*grosso modo*– sean objeto de afirmación o negación en el proceso. Pero como el juez es regularmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por las simples

[8] Aun en el *iudicium legitimum romano* se conocían reglas probatorias legales, las cuales se multiplicaron en el derecho bizantino, enseña Chiovenda (2000), porque algunas de estas reglas corresponden a enseñanzas de la experiencia común, las cuales el juez tendría en cuenta en la mayoría de los casos, aun si no estuvieran legisladas.

manifestaciones de las partes, y debe disponer de medios para verificar la exactitud de esas proposiciones[9]. Es menester comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formarse convicción al respecto. De allí, que en materia civil *las partes procesales* ─actor y demandado─ con facultades para exigir, reclamar y reivindicar por medio de la pretensión clara y precisa sus intereses en la *litis*; en la cual el juez no es parte procesal, ya que su papel dentro del proceso es la de dirigir el proceso en el cual debe hacer la valoración de la prueba, en su papel inquisitivo en materia probatoria. El litigio se caracteriza por tener una contraposición de facultades, intereses entre las partes por el principio de dualidad procesal y cuanto más se inmiscuya el juez en el proceso estaría tomando atribuciones que no caben en derecho privado que regula relaciones entre particulares del derecho civil.

Según se desprende de lo expuesto anteriormente, es indispensable destacar la finalidad de la prueba en el proceso civil. Una "teoría afirma que el objetivo principal del proceso judicial, y, más en general, de la administración de justicia, es resolver el conflicto entre las dos partes del caso" (Taruffo, 2008: pág. 21); no es necesario, según esta tesis, establecer la verdad de los hechos, pues lo que importa es resolver el conflicto restaurando las relaciones pacíficas entre los individuos[10]. Es decir, no importa cómo el juez resuelva la controversia, no importa la verdad procesal, "podría incluso resolverla lanzando una moneda al aire", dice Taruffo (*Ibídem*, p. 21). En pro de esclarecer o ampliar esta idea, otra teoría mantiene que, establecer la verdad de los hechos es uno de los principales propósitos del proceso judicial, "El concepto de –Verdad Judicial– asevera Taruffo, puede ser discutido, pero las cosas son bastante claras cuando la verdad

[9] Aristóteles en La Política, Libro Tercero, trata del Estado y del Ciudadano, teoría de gobiernos y de la soberanía del reinado, también sobre la figura del Juez o del Magistrado, sobre quienes dice: «El rasgo eminentemente distintivo del verdadero ciudadano es el goce de las funciones de juez o magistrado». (Aristóteles, 1993, pág. 84). En el Digesto de Justiniano (1968), Tomo I, al ocuparse del papel del Juez, dice: «Una vez conocidos el origen y el desarrollo del derecho es consecuente que examinemos las denominaciones y origen de los magistrados, porque como hemos expuesto, el derecho efectivo se realiza mediante aquellos que tienen la jurisdicción, porque ¿qué importaría que hubiera un derecho en la ciudad si no hubiera quienes pueden aplicarlo en su jurisdicción?» (Ihering, 1978: pág. 49).

[10] El proceso judicial de cualquier clase, asevera Devis Echandía (1998), "exige formas y ritualidades que lejos de ser inconvenientes representan una garantía importante para el debido ejercicio del derecho constitucional de defensa. Pero es indispensable humanizar al máximo sus procedimientos y sus trámites, puesto que se trata de actuaciones de personas para juzgar a otras personas cuyos problemas son, por consiguiente, profundamente humanos" (pág. 77).

de los hechos en disputa se asume como la meta del proceso judicial y como un rasgo necesario de las decisiones judiciales" (2008, p. 20). En relación a esto, el COGEP en el Art. 158 establece que "La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al *convencimiento de los hechos* y circunstancias controvertidos" y, a esta certeza hay que llegar con la verdad, no simplemente con retórica. Todo ello, en un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que la decisión tiene que ser "justa", es decir, no interesa exclusivamente poner fin a un conflicto, sino hacer justicia.

En este contexto procesal, el *principio dispositivo*[11] otorga iniciativa a las partes procesales la iniciativa de la *litis*, poniendo al juzgador de espectador, observador, mediador en tanto que no aclarar o resolver divergencia dentro del marco legal. El deber jurídico más importante del Estado ecuatoriano es garantizar la verdadera ejecución de derechos fundamentales que son tipificados en la Constitución de la República del Ecuador, entre ellos, el debido proceso tipificado en el artículo 76 en el cual consta que se garantizará el total acceso a la justicia, a ser juzgado por un juez independiente e imparcial; contemplando que la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial garantizan el derecho a ser juzgados por un juez imparcial y, por otra parte, el COGEP faculta al juzgador para adentrarse en el proceso en un sistema totalmente garantista de derechos desde la Constitución de Montecristi.

Tomando en cuenta lo expuesto y siguiendo una metodología adecuada se dio respuesta a la interrogante que se planteó ¿La prueba de oficio para mejor resolver constante en el Art 168 del COGEP es eficaz, vulnera el principio de imparcialidad en el accionar de los jueces de lo civil? Para lo cual debió verificarse el correcto uso normativo garantizando el efectivo goce de los derechos, principios y libertades, con un análisis comparativo entre la legislación local e internacional para precisar la eficacia de la prueba de oficio buscando construir el camino más sólido para llegar a la verdad material en el proceso civil. Como lo expresa Hunter, (2010), "la misión del juez de mantener la igualdad no

[11] Principio dispositivo según el cual la iniciativa de la prueba corresponde a las partes. El juez no conoce normalmente otros hechos que aquellos que han sido objeto de prueba. El juez no conoce más hechos que aquellos que surgen del expediente: *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no consta en actas no está en el mundo). No obstante, al decir de Marín (2019), este principio tiene limitaciones aún en los códigos más acentuadamente dispositivos. Así la excepción más importante la constituyen las medidas para mejor proveer.

pretende exigirle que utilice su iniciativa probatoria para lograr equilibrios procesales cuando los sujetos se encuentran en una posición asimétrica, habiendo uno débil y uno fuerte" Pág. 54.

Esta investigación es inminente, ya que el tema es motivo de controversia entre los doctrinarios nacionales e internacionales y posee carácter académico el hecho de poder analizar la jerarquía legislativa y la importancia de la armonía de la Constitución en relación a otros cuerpos legislativos del Estado ecuatoriano del derecho probatorio como eje central del proceso, siendo de gran importancia puesto que los *beneficiarios* de esta investigación son los profesionales de la ciencia jurídica y estudiantes de Derecho interesados en conocer temáticas procesales relacionadas con las pruebas, y las partes que intervienen en los procesos de derecho civil, ya que deben tomar en cuenta que el juez en sus juicios tiene la facultad de decretar pruebas para mejor proveer y así dictar el *veredictum* más ajustado a los hechos alegados y probados en autos.

Esta indagación científica deja ver que la concepción sobre la prueba de oficio ha ido ampliándose a través de la evolución del derecho, como ciencia social, y de la adaptación de las leyes ante las necesidades sociales y garantías jurisdiccionales que se otorgan a la colectividad, por tanto, se encuentra a la prueba *ex officium* como parte de la seguridad jurídica y garantías del debido proceso que otorga el Estado ecuatoriano. La prueba es la reproducción en un tanto material o inmaterial sobre lo acontecido; al juez con el nuevo cuerpo legal se le ha otorgado una capacidad de intervención dentro del proceso[12] para solicitar la prueba de oficio de una manera más regulada que en la anterior normativa; lo cual logra enmarcarse dentro del Plan Nacional Toda una Vida 2017–2021, diseñado por el Estado, específicamente en el objetivo 1 que ordena "garantizar una vida digna con igualdad de oportunidades para todas las personas", que plantea el reconocimiento igualitario de los derechos de todos los individuos, que implica la consolidación de las políticas de igualdad con la finalidad de evitar la exclusión de los integrantes de la sociedad y que se fomente

[12] Tanto en Colombia como en Venezuela, en referente comparativo, el Juez era un convidado de piedra, no podía decretar nulidades, ni pruebas de oficio, era un testigo de testimonios. Posteriormente y con anterioridad al Estado Social de Derecho, en lo que Mauro Cappeletti llama la «publicización» del proceso, se otorgan poderes al juez, pero sigue atado a la ley. «Además, ratifica Cappelletti (1972) del poder de dirección formal del proceso civil, también un más o menos acentuado poder de dirección «material» del mismo proceso». (pág. 124).

la convivencia social y armónica entre la población, pues, todos somos iguales en derechos y obligaciones.

El *objetivo general* es analizar la eficacia jurídica de la prueba de oficio contenida en el COGEP y su legalidad en relación al principio de imparcialidad en procesos civiles en el año 2020, en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, Ecuador. Además los *objetivos específicos* a desarrollar dentro del presente estudio son**:** analizar la información recopilada en el estudio documental y entrevistas para determinar si el actuar del juez dentro de los procesos civiles vulneran el principio de imparcialidad; realizar un análisis normativo de la legislación ecuatoriana a nivel jerárquico, para determinar mediante la sana crítica si la prueba de oficio posee constitucionalidad, de igual manera con el propósito de constatar si existe parcialidad en el uso de esta herramienta jurídica por parte del juzgador dentro del marco de las actuaciones judiciales.

Es útil y relevante jurídicamente analizar los aspectos positivos y negativos de esta herramienta tipificada en el Art. 168 del COGEP, ya que este tema ha desatado polémica en el mundo del Derecho civil en materia probatoria y su carga dentro del proceso, propios y extraños del Derecho Civil generan discusión doctrinaria emitida desde su razonamiento lógico jurídico, pues, pareciera una facultad más, en el amplio poder que tiene el juez, como director del proceso jurisdiccional, apreciando las posibles parcialidades que pueden darse al momento de valorar las pruebas pedidas por éste a tomar en cuenta al momento de resolver.

DESARROLLO

1_. Estado Del Arte.

Modernamente concebir la *prueba de oficio* ha tolerado una considerable ampliación conforme a la progresividad de las normas otorgadas por el ordenamiento jurídico ante el cambio social y sus necesidades, por tanto, se encuentra a la prueba oficiosa, conferida al juez como rector del proceso, como parte de la seguridad jurídica y garantías del debido proceso que otorga el

Estado ecuatoriano[13]; desde esta perspectiva se analizará tomando en cuenta las acertadas opiniones y comentarios de calificados juristas nacionales e internaciones sobre la disertación de la prueba de oficio, así como normativa internacional aceptada por el Derecho interno por ser de carácter vinculante enriquece, sin sombra de duda, el Estado del Arte de esta investigación.

El sistema civil ecuatoriano en la actualidad es *meramente dispositivo*, las partes son las encargadas de iniciar el proceso e impulsarlo hasta llegar a sentencia con efecto de cosa juzgada o *res iudicata*; de allí que Navarrete (2016), en su obra "La prueba de oficio en el COGEP" considera que "la prueba de oficio es una facultad concedida al juez, para que de manera excepcional y con justa motivación de causa, ordene de oficio la práctica de diversas pruebas." Pág. 19, dentro del ejercicio de su cargo y que considere necesarias para acreditar diversos hechos que pueda llegar a discurrir relevantes y de incidencia para el esclarecimiento y resolución del conflicto. La prueba es todo aquello tangible o intangible, un determinado hecho o algún tipo de acontecimiento, alegaciones dadas por las partes o terceros con que se intenta probar que alguna cosa o circunstancia es de un concluyente modo y no de otro.

Esta autora, al hablar de la carga de la prueba *Onus Probandi*[14], como la expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales, considera que tiene dos aspectos:

> uno formal y otro material, donde, *lo formal*, lo apreciamos como la carga que tienen las partes de probar las alegaciones hechas durante el proceso y, *lo material*, queda a criterio del juzgador para que éste pueda resolver sobre las dudas que aparezcan sobre los medios probatorios; dentro de este aspecto consideraríamos pertinente el sentido de la prueba

[13] Dentro de este nuevo esquema constitucional y procesal orgánico-que se viene efectuando en el Ecuador, se pretende brindar una expectativa de un cambio radical en la actitud de los intervinientes en la actividad judicial. Sin ningún manto de duda, Ramiro-Ávila (2008) confirma que, "la Constitución, al fijar el contenido de la ley, la forma de acceder al sistema de justicia y las funciones que realiza el juez como autoridad, brinda más facultades a los operadores de justicia, para que exista una mayor tutela de los derechos de todos los ciudadanos que acuden a la función judicial." Pág. 22.

[14] Derivado del aforismo romano *onus probandi incumbit actori*, según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Aforismo adjudicado al jurisconsulto romano Paulo que explica dentro de los dos extremos de la *Litis* a quien corresponde la carga de la prueba.

> oficiosa en parte, pero no está de más observar que el juez no está alegando ningún hecho, por lo que no solicita las pruebas de oficio por una carga formal o responsabilidad sobre su criterio. El COGEP obliga al juzgador a que motive las razones del por qué solicita alguna prueba de oficio, considerando a ésta como aspecto fundamental para poder llegar con certeza razonable a resolver el fondo del litigio. Pág. 19-20.

En esta investigación, que contribuye a la exposición central del tema, se mira esta facultad del juzgador de decretar la prueba de oficio no como una arbitrariedad, ya que el COGEP regula esta figura jurídica[15], obligando al juzgador a motivar las razones que lo llevaron a considerar como necesaria la práctica de determinada prueba, sin dejar fuera la responsabilidad que éste tuviese de haber cometido algún hecho ilegal y sin desertar el derecho de las partes a poder contradecir dichas pruebas[16], haciendo uso del principio de la comunidad de la prueba, por ésta pertenecer al proceso y no a la parte que la decretó, lo que convierte la prueba *ex officium* en prueba del proceso en sí.

Este instituto jurídico en el Ecuador ha sido objeto de detenidos análisis, como lo hace Ramírez-Romero (2017) en sus "Apuntes sobre la Prueba en el COGEP", en los cuales ratifica que el proceso y el debate probatorio están orientados a esclarecer la verdad procesal. Por ello es que el art. 168 del COGEP ha previsto la prueba de oficio para mejor resolver. Conscientes de que el juez debe decretar de oficio todas las pruebas que estime necesarias, siempre que ellas sean pertinentes y eficaces, y que no sean superfluas o prohibidas por la ley, el juzgador podrá ordenar la práctica de pruebas de oficio en la audiencia preliminar. (Art. 294.7b) y en la audiencia de juicio. La doctrina, y entre ella –Ramírez-Romero (2017)– considera que para ordenar pruebas de oficio deben cumplirse las siguientes reglas: a) la prueba ordenada de oficio debe limitarse a los hechos controvertidos; b) debe determinar las pruebas cuya práctica ordena;

---

[15] A pesar de ser una prueba proveniente de las facultades procesales del juez para ordenarla no exime que dicha prueba cumpla con los principios procesales aplicables comúnmente en el desarrollo del proceso; sin embargo, como asevera Navarrete (2016), al ser una facultad concedida al juez no le es aplicable las reglas de la carga de la prueba, esto se genera en esencia porque el juez dentro de la búsqueda de la verdad y la justicia debe esclarecer los hechos controvertidos para dicta su resolución de manera justa, proba y honesta sin vulnerar el principio de imparcialidad.

[16] A este respecto, Luigi Ferrajoli (2012), dice que la independencia de un juicio y la ausencia de preconceptos en el examen y en la valoración crítica de las pruebas es, además, otro de los puntos importantes en esta posición del COGEP.

c) debe garantizarse la observancia de los principios de contradicción y de defensa. En conclusión, si los medios probatorios aportados por las partes en el proceso resultan insuficientes para esclarecer la verdad procesal y llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos, podrá ordenar de oficio[17], mediante decisión motivada, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

La prueba de oficio para mejor proveer constituye una excepción al principio de aportación de parte en relación a la introducción de pruebas; sin embargo, no afecta el principio dispositivo porque no introduce hechos al proceso. Sostiene Chumi (2017), que

> La oportunidad del juez para solicitar prueba de oficio es en la audiencia preliminar en los procedimientos ordinarios y en la segunda fase de la audiencia única de los procedimientos ejecutivos, sumarios y monitorios, luego de que se fijen y delimiten por las partes los hechos controvertidos; no se puede disponer la prueba de oficio luego de la recepción de las pruebas porque se puede comprometer la imparcialidad del juez. Pág. 56-57.

Mucho han discutido los doctrinarios en relación a los poderes del juez frente a la prueba[18]; de allí, que lo expuesto por esta autora es pertinente debido a que la prueba de oficio debería estar esencialmente limitada, no porque se esté en contra de aquello que se viene auspiciando con tanta fuerza en el derecho procesal latinoamericano, del juez con iniciativa probatoria, del juez director del

[17] Si el fin del proceso y la prueba es el de esclarecer la verdad procesal, esta facultad activista del juzgador de ordenar la práctica de pruebas de oficio, según el art. 168 COGEP, se convierte en un deber del juzgador cuando las pruebas aportadas por las partes resultan insuficientes para encontrar la verdad procesal; y, por ésta misma razón la imparcialidad del juez no se afecta ni se rompe al decretar prueba de oficio.

[18] Un proceso moderno, tendiente a cambiar viejos estándares -como por ejemplo el sistema netamente escrito-, requiere un gran compromiso de todos sus participantes. Al respecto, Véscovi (1999) señala "se aumentan los poderes del juez para prevenir nulidades; rechazar peticiones indebidas o incidentes; dar a la demanda el trámite adecuado, y, en general, dirigir el proceso como protagonista" (pág. 189). Por lo dicho, es importante que el juzgador tenga una posición central en el sistema de justicia, cuente con facultades para esclarecer la verdad del proceso, sin romper el equilibrio o igualdad entre las partes. Por ello, dichos poderes se han aumentado tanto el campo de la dirección del proceso, como en el campo probatorio.

proceso, sino porque la experticia judicial muestra que una excesiva iniciativa probatoria de oficio al final termina conspirando contra la igualdad de las partes.

En esta dicotomía procesal, es significativo mencionar que autores como Alvarado-Velloso (2007) están *en contra de la prueba de oficio* porque según su criterio es incompatible con la imparcialidad judicial, e inclusive propugnan que las leyes que dotan de iniciativa probatoria al juez deben ser declaradas inconstitucionales, porque:

> Si el juzgador es un verdadero tercero en el proceso (en situación de clara ajenidad o de neutralidad) respecto de las partes procesales, es obvio que no debe hacer ni puede aceptarse bajo pretexto alguno que haga lo que constituye esencial tarea propia de toda parte procesal: introducir hechos en el proceso mediante su afirmación en la demanda o contestación, negar la existencia de los hechos afirmados, probar los hechos negados acerca de ellos, etc. De donde surge la clara imposibilidad lógica de que él asuma tareas que no le incumben como tercer, cual la de probar oficiosamente los hechos alegados por las partes. Pág. 28.

Para Fix-Zamudio (2001):

> [...] el derecho procesal moderno asigna al juzgador la función de la dirección del proceso [...], y, por ello, se atribuye al juez una vigorosa actividad probatoria, la que no se limita a los elementos de convicción aportados por las partes, sino que debe llevar de oficio al proceso aquellos que considere necesario para lograr su convicción cuando son insuficientes las pruebas ofrecidas por los justiciables, pero con respeto a la igualdad de estos últimos y sin abandonar su carácter de imparcialidad y objetividad. Pág. 200.

Correa (2018) alega que el procedimiento civil en los países latinos y tradición jurídico-romano-canónica, como lo es Ecuador, ha estado profundamente signada por el denominado *principio dispositivo*[19] mediante el cual

[19] La doctrina, representada, entre otros, por Alsina (1963), determina claramente lo que se entiende por un *sistema procesal dispositivo* y señala lo siguiente: el juez no puede:

el juez no puede actuar de oficio (prueba para mejor resolver) sino expresamente cuando la Ley lo faculta. "Esta situación plantea que el impartidor de justicia tenga una posición bastante estática como árbitro del eventual proceso que se plantea entre las partes" Pág. 12. Por ello, se coincide que en el logro del cometido de la prueba para mejor resolver el principal planteamiento que se ha efectuado es precisamente el de ampliar las facultades y poderes del juez en cuanto a la instrucción del proceso y, específicamente, a la actividad probatoria que se desarrolla en el mismo.

El maestro italiano Calamandrei (1999), sostiene que un sistema procesal concebido solamente bajo la iniciativa de las partes –principio dispositivo– o bajo la iniciativa del juez –principio inquisitivo– es una mera concepción de carácter teórico, "puesto que en la práctica las legislaciones positivas procuran coordinar y equilibrar los dos principios, creando un tipo intermedio (pág. 345), según él un principio puede predominar sobre el otro, pero nunca excluirlo de forma absoluta.

La adhesión, en el Ecuador, de un sistema oral obliga a inclinar la mirada, con mayor detenimiento, a la prueba para mayor resolver que está contemplada en el artículo 168 COGEP, consagrada también en el derogado Código de Procedimiento Civil (24 de junio de 2005). Asimismo, en el campo del ejercicio de las *garantías jurisdiccionales* como medio para la protección de los derechos humanos se observa lo establecido por la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) que le permite al juzgador solicitar prueba de oficio en los siguientes términos del artículo 16:

> En la calificación de la demanda o en la audiencia, *la jueza o juez podrá ordenar la práctica de pruebas* y designar comisiones para recabarlas, sin que por ello se afecte el debido proceso o se dilate sin justificación la resolución del caso. Cuando la jueza o juez ordene la práctica de pruebas en audiencia, deberá establecer

1) iniciar de oficio el proceso (*nemo iure sine actore*); 2) no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (principio de presentación: *quod non est in actis non est in mundo*); 3) debe tener por ciertos los hechos en que aquellas estuviesen de acuerdo (*ubi partis sunt concordes nihil ab judiciem*); 4) la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); y 5) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*ne eat ultra petita partium*). Pág. 72.

> el término en el cual se practicarán, que no será mayor de ocho días y por una sola vez. Por excepción, la jueza o juez podrá ampliar de manera justificada este término exclusivamente por la complejidad de las pruebas y hasta cuando éstas sean practicadas. En caso de ser injustificada la ampliación o de retardar en exceso la resolución de la causa, se considerará como falta grave y se aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. Pág. 13. (Cursivas propias).

Ello en concordancia con el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en el Art. 130 numeral 10 en donde los jueces en uso de sus facultades legales y constitucionales para esclarecimiento de los hechos pueden ordenar la práctica de las pruebas de oficio. (2015). Por tanto, la prueba de mejor resolver no niega la obligatoriedad que tienen las partes de aportar las pruebas ya sea para fundamentar su querella o bien para defenderse con la presentación de las excepciones, ya que son ellas las que tienen la carga procesal; sin embargo, múltiples ordenamientos jurídicos en sus diversos niveles, han reconocido la posibilidad de que el juzgador, por su iniciativa, disponga la práctica u obtención de la prueba.

No es tarea sencilla, objetar el contenido jurídico del COGEP, no obstante, es necesario tomar en cuenta las observaciones e interpretaciones de la doctrina, para lograr avances significativos en esta materia, por lo que se hace indispensable hacer referencia a la prueba como *concepto*, así la prueba como la demostración de los hechos dentro de un proceso judicial civil implica esa parte esencial o sustancial, así Carnelutti, citado por Echandía (1970), señala que: "El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tiniebla, detrás de él el enigma del pasado, y al frente de él se encuentra el futuro y ese minúsculo cerco esta la prueba." Pág. 143.

En concordancia con lo que en la antigua Grecia decía Aristóteles señalando que la prueba se refiere a una concepción lógica de la realidad[20], ajena de prejuicios de religión o de fanatismo. En esta pretensión de lograr obtener

[20] De allí que Couture (2013), en su obra Vocabulario Jurídico denomine a la prueba para mejor resolver como "Diligencias para mejor proveer" Pág. 345.

algunas deficiencias en el proceso probatorio de la normativa nacional, se debe recordar que el COGEP, dispone: "Art. 158.- Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos." (2015), lo cual genera una dificultad que ha apreciado la doctrina, debido a que la legislación patria estatuye el principio dispositivo por regla general estableciendo que el impulso procesal corresponde a las partes procesales conforme con el sistema dispositivo (Art. 5, COGEP, 2015).

Es aquí, resalta Campoverde (2020), donde se genera un *inconveniente* al interpretar el contenido exegético de la norma: "*cuando el juez juzgue necesaria*"; de nuevo se deja a consideración subjetiva del juzgador la práctica de prueba para mejor resolver. El juez debe siempre actuar dentro de los límites de la controversia que han sido establecidos por las partes en sus actos de proposición, no puede salirse de aquellos límites porque actúa de manera incompetente, el juez no puede suplir los errores de la defensa técnica de las partes; por distintas razones se señala que es la excepción la prueba para mejor resolver, dejando un amplio marco de competencia procesal por parte del juez.

El hecho de que se deje, al criterio del juez, la posibilidad de considerar los casos en que puede decretar la prueba de oficio –aunque diga que de manera excepcional–, esta amplia potestad jurisdiccional puede suplir la defensa de una de las partes, afectando los derechos procesales de la otra. No existe, en el COGEP, la limitación de las pruebas que puede disponer para mejor resolver el juzgador. En otros países, se establece claramente que la prueba testimonial no puede decretarla el juzgador a quien no ha comparecido al proceso. Adicionalmente, no existe la determinación en la norma respecto de la oportunidad exacta para la prueba de oficio solo dispone el COGEP en su Art. 294 numeral 7 literal b) en donde se señala que el juzgador puede ordenar la práctica de prueba de oficio en los casos que prevé el Código y en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, lo que es erróneo debido a que, en esta etapa del juicio en cada caso, no se da aún el debate probatorio. Lo correcto es que luego del debate probatorio o de la práctica de las pruebas bien sea en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única, si no son claros los hechos controvertidos, ahí sí el juzgador debe disponer la práctica de prueba de oficio. Además, el Código señala que se aplica la prueba de oficio en los casos que prevé la norma, pero no señala qué casos son.

Por último, señala el COGEP que podrá suspenderse hasta quince días la audiencia, debería señalarse claramente la oportunidad práctica de la prueba de oficio, una cosa es que se disponga la prueba de oficio, pero no se señala un término máximo para su práctica, tampoco para que las partes puedan pronunciarse en uso al derecho a la defensa respecto de aquella prueba y a la contradicción sobre la constitucionalidad, los requisitos de la prueba o solicitar su exclusión. Por ejemplo, en el caso que el juez por favorecer o suplir la defensa de una de las partes no haya dejado una constancia con la debida motivación, no señala posibilidad de oposición o de contradicción de la misma[21].

Cervantes-Valarezo (2020), en Los límites a la prueba de oficio en el COGEP, realiza un análisis dogmático de la prueba de oficio en el Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano y esclarece si la prueba de oficio es *constitucional o no*, procurando establecer la justificación concreta de esta institución. También se analizan los límites axiológicos de esta institución, es decir, pruebas que en ningún caso pueden ser decretadas de oficio, así como los requisitos procedimentales para ordenarla como son la excepcionalidad y la motivación. Sostiene este autor que, la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de las personas a presentar pruebas y a "contradecir las que se presenten en su contra" *pero no específica quién debe presentar esas pruebas.* En consecuencia, no existe impedimento de que la prueba sea ordenada judicialmente, especialmente, teniendo en consideración que el fundamento de las pruebas de oficio en el proceso es la correcta aplicación del derecho sustantivo; y, en todo caso, es preciso dejar en claro que la prueba de oficio no se opone en absoluto al principio dispositivo.

Lo dicho *supra* no implica que una determinada regulación de la prueba de oficio no pueda resultar inconstitucional, pero será inconstitucional no por lesionar el principio dispositivo sino por violar el derecho fundamental a un juez imparcial o bien el derecho a la motivación jurídica. Evidentemente, el principio de aportación de prueba por las partes tiene múltiples límites legales como el de oportunidad –las pruebas no pueden ser admitidas en cualquier estado del

[21] Entonces todos los problemas anteriores generan violación a los derechos de protección y también que no se cumpla con la finalidad del nuevo Código que es la –celeridad– en los procesos. Otra falencia es que no se señala si se trata de una facultad que se puede ejercer en todo tipo de procesos o no.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Estudio de la Eficacia de la Prueba de Oficio contenida en el COGEP y conferida a los… ● Pág.: 201 – 231

proceso– (Art. 159 COGEP) o la norma según la cual solo son admisibles en juicio las pruebas pertinentes, útiles, conducentes y obtenidas de conformidad con la constitución y las leyes (Art. 160 COGEP). Merece destacarse afirma Cervantes-Valarezo (2020), que en el ámbito procesal civil la *prueba de oficio* siempre ha constado en la legislación ecuatoriana y que no se ha decretado su inconstitucionalidad en el tránsito de la vigencia de las constituciones ecuatorianas de 1967, 1978, 1998 ni tampoco con la actual Constitución, aprobada en 2008.

Después de este recorrido por la doctrina nacional, en la que el COGEP ecuatoriano comparte la finalidad única al momento de justificar la prueba de oficio, –el esclarecimiento de la verdad– o, actualmente, –el esclarecimiento de los hechos controvertidos– merece la pena dar un viraje por la *legislación internacional*, a los fines de precisar algunas inquietudes que pudieran haber quedado aisladas.

2_. La Prueba de Oficio en el Contexto Internacional.

Para ahondar el tema de la prueba de oficio en el proceso civil ecuatoriano, como lo hace Gaitán (2010), es pertinente tener un acercamiento a otros sistemas jurídicos que permiten ese elemento característico inquisitivo en el proceso. Algunos países como Francia, Estados Unidos de América, España, Venezuela y Colombia, entre otros, acogen el *decreto de la prueba de oficio* y lo incluyen dentro de las facultades del juez, con el fin de llegar a una decisión basada en percepciones y conocimientos verídicos de los hechos, de tal forma que le sea más fácil dirigir el proceso. A continuación, se presenta un cuadro con la legislación internacional más importante que regula facultades oficiosas de los jueces:

Cuadro 1.

País	Contenido de la norma
FRANCIA	"Artículo 10 - El Juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles."

ESTADOS UNIDOS	"Regla 614. Llamado e Interrogación de testigos por la Corte (a) Llamada por la corte. La corte puede, según su propia consideración o a petición de parte, llamar testigos, y todas las partes pueden interrogar los testigos llamados. (b) Interrogación por la corte. La corte puede interrogar a testigos, así sea llamado por la misma corte o por una de las partes. Regla 706. Expertos señalados por la corte (a) Cita. La corte puede según lo disponga por si misma o por las partes incorporar una orden para demostrar causa porqué los testigos expertos no deben ser designados, y pueden solicitar las partes el envío de nombramientos. La corte puede designar cualquier testigo experto acordado por las partes, y puede designar los testigos expertos de su propia selección. La corte no designará a un testigo experto a menos que el testigo consienta su actuar. (…)
ESPAÑA	Artículo 429: Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. 1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal. (…)" "Artículo 435: Diligencias finales. Procedencia. 1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: 1.ª No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429. 2.ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. 3.ª También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286. (Caso de *Ius Super Veniens*). 2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e

	independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos." (subrayado fuera de texto)
VENEZUELA	Artículo 514 del Código de Procedimiento Civil venezolano (1987). Después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá el Tribunal, si lo juzgare procedente, dictar *auto para mejor proveer*, en el cual podrá acordar: 1º Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos sobre algún hecho importante del proceso que aparezca dudoso u obscuro. 2º La presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso, y que se juzgue necesario. 3º Que se practique inspección judicial en alguna localidad, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen, o bien, que se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público, y se ponga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna circunstancia de tal proceso y tengan relación el uno con el otro. 4º Que se practique alguna experticia sobre los puntos que fije el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. En el auto para mejor proveer, se señalará término suficiente para cumplirlo. Contra este auto no se oirá recurso alguno; cumplido que sea, las partes podrán hacer al Tribunal, antes del fallo, las observaciones que crean pertinentes respecto de las actuaciones practicadas. Los gastos que ocasionen estas actuaciones serán a cargo de las partes de por mitad, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas. Artículo 515. Presentados los informes, o cumplido que sea el auto para mejor proveer, o pasado el término señalado para su cumplimiento, el Tribunal dictará su fallo dentro de los sesenta días siguientes. Este término se dejará transcurrir íntegramente a los efectos de la apelación. Los Jueces procurarán sentenciar las causas en el orden de su antigüedad.
COLOMBIA	En el Código de Procedimiento Civil (2008) se encuentran diferentes artículos que aluden a la facultad del juez para decretar pruebas de oficio, cuando así lo considere necesario. Algunos de estos son los siguientes: el artículo 202 que reitera dicha facultad con relación al interrogatorio de parte; el artículo 233 inciso 3º, lo hace con relación al decreto oficioso de un nuevo dictamen pericial "cuando el juez considere que el dictamen no es suficiente"; o el artículo 237 numeral 3º, que faculta al juez, "si lo estima necesario", para recibir los testimonios de terceros que proporcionaron información a los peritos durante el curso de sus investigaciones. Y aún más, el artículo 37 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, impone al juez el deber de hacer uso de las facultades y los poderes que ese Código le reglamenta en materia probatoria, siempre que lo considere pertinente para verificar los hechos de la *litis*.

PERÚ	El artículo 194 del Código Procesal Civil de Perú dispone: Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazará las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo. En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio. El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.
Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica	El hecho no ha llegado a ser probado colocando al tribunal en situación de duda, este contexto no le permite dictar una sentencia «*non liquet*»,es decir acorde a nuestro derecho el juez no puede dejar de resolver pese a la duda, pudiendo recurrir a la prueba de oficio.

Como puede apreciarse en el Cuadro 1, *ut supra*, la prueba de oficio que es conferida al juzgador se ha consolidado en el ámbito internacional, como una herramienta procesal de amplia relevancia para los jueces y cortes de cada Estado. Además, las codificaciones se han enfocado básicamente en el decreto oficioso de pruebas testimoniales y periciales. Ecuador, no escapa a esta tendencia, de tipificar en el COGEP esta facultad de ordenar, por parte del juez, la prueba para mejor resolver, de manera excepcional y motivada.

En general, se puede mantener, de conformidad con la *Jurisprudencia ecuatoriana* que la prueba *ex officium* es vista como el conjunto de medidas que permiten resolver un asunto de manera más adecuada[22]. En particular, dícese de aquellas de carácter probatorio, ordenadas por el juez luego de conclusa la causa para sentencia, con el objeto de complementar la prueba producida por las

[22] Sin duda alguna, comenta Satta Salvatore (2001), los poderes o facultades procesales, son los instrumentos o herramientas que la ley le ha concedido al juez, para el óptimo desempeño de la función jurisdiccional, y dentro de ella, de sus facultades estructurales –dirección– y sustanciales –relación de sí con las partes–, afianzando la correcta aplicación de los principios generales de la administración de justicia.

partes. Esta prueba es un reflejo del activismo judicial que se acrecentó con las doctrinas neo constitucionalistas en las que se fundamenta la Constitución de 2008, siendo importante qué clase de jueces se necesitan para un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En cualquier ley o código procesal, es necesario establecer y delimitar cuáles serán las facultades y obligaciones del juez, por cuanto, el juzgador es el llamado o encargado de administrar justicia, en representación del Estado. En este sentido, en aplicación a los principios de la administración de justicia y de la función judicial, este aumento de poderes o facultades, busca afianzar el papel del juzgador como protector de los derechos fundamentales de los justiciables. Con ello se espera que los operadores de justicia, se involucren más en las causas que tramitan, teniendo una actitud más comprometida con la justicia.

3_. Materiales y Métodos.

Para el logro de los objetivos señalados se utilizó un *enfoque cualitativo* ya que se hizo una descripción e interpretación de la información obtenida en la revisión bibliográfica; para dar sustento a este estudio, la investigación por su *profundidad* fue *descriptiva,* pues, pretendía explicar cada uno de sus componentes por medio de una caracterización específica de cada elemento. Como método general de investigación, se recurrió al *lógico deductivo* por el que se evidenciaron los principios y normas de una manera jerárquica. Además, se esgrimió el *hermenéutico jurídico* para dar interpretación de la relación normativa del COGEP, cuya circular iba de lo general a lo particular, interpretando normas y atendiendo los requerimientos de la realidad social ecuatoriana frente a los amplios poderes del juzgador en la prueba para mejor resolver. La técnica metodológica fue la *revisión documental*, ya que se analizó la doctrina de juristas que han escrito sobre este polémico tema, así como también la legislación ecuatoriana.

4_. Resultados y Discusión.

Es de resaltar que, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, de la mano de Klein, en Austria y Chiovenda, en Italia (línea continuada por Calamandrei, Denti, Cappelletti y Taruffo), el Derecho Procesal comienza a

promover la construcción de un proceso civil sobre la base de un principio de igualdad material de los litigantes, intentando superar el trato meramente formal que hasta ese momento se hacía, de allí que la función asistencial y activa del juez en la contienda procesal se conectaba derechamente con una efectividad de la garantía de la defensa (Hunder, 2010).

En base de la recopilación documental se pudo determinar que existe discordancia en la legislación ecuatoriana, eminente antinomia del derecho, es decir, una contradicción ya que, por un lado, la ley faculta al juez dentro de sus atribuciones como administrador de justicia para ejercer la solicitud de prueba de oficio, constante en el art 169 del COGEP, pero esta discordancia con los principios de los operadores de justicia constantes en el Código Orgánico de la Función Judicial, como por ejemplo, el principio de imparcialidad; estos cuerpos legislativos son del mismo nivel en base a lo establecido a la pirámide de Kelsen de la legislación ecuatoriana tipificado en el Art 425 de la Constitución del Ecuador; por otro, lado, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ley que surgió en el 2009, por parte del poder legislativo –Asamblea Nacional– con el fin de establecer una normativa con la que los jueces puedan ejercer un control constitucional de la normativa ecuatoriana, este cuerpo normativo de carácter netamente constitucional, otorga de igual manera facultades al juez para hacer uso del arma de solicitud de pruebas de oficio en el art. 16.

4.1_. Discusión.

Lo *dixi supra* puede determinar que los jueces y juezas de los tribunales de la República del Ecuador gozan de legitimidad para ordenar la prueba de oficio ya que está tipificada dentro de los cuerpos normativos, por tanto, es totalmente legal su uso, ya que la misma ley lo permite. El proceso civil en Ecuador está relacionado con el ínfimamente principio dispositivo[23] ya que los ciudadanos

[23] Dentro de un proceso mayoritariamente oral, los jueces en Ecuador reciben a las partes en una audiencia pública, para que argumenten sus pretensiones y los medios de defensa relativos al proceso que se está tramitando. Así, el litigio se basa en el *principio dispositivo*, esto es, que el desarrollo procesal se da por iniciativa e impulso de los litigantes, en el que el administrador de justicia deberá resolver el conflicto conforme los elementos aportados y actuados con sujeción a la ley. De conformidad con García-Falconi (2009), bajo el principio dispositivo, la intervención del juez es nula o mínima en relación a los hechos puestos a su conocimiento, aplicando

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Estudio de la Eficacia de la Prueba de Oficio contenida en el COGEP y conferida a los… ● Pág.: 201 – 231

activan el sistema de justicia con una demanda para dar paso a la *litis* en protección de intereses de las partes procesales, el actuar del juzgador es apegado a la normativa en materia probatoria ya que hace uso de la tipicidad de leyes para realizar su desenvolviendo dentro del proceso y llegar a una sentencia.

En oposición contraria a esta realidad, existen juristas que explican que el otorgamiento al juez de la capacidad para ejercer la prueba de mejor resolver lesiona de forma directa la independencia judicial al considerar que es deber del juez el que prevalezca el derecho sustancial sobre el procesal y de esta manera efectivizar la búsqueda de la verdad y la justicia. Esta teoría está basada en el real y verdadero acceso a la justicia de los ciudadanos.

De esta manera, quienes se postular en contra de la prueba para mejor resolver consideran que se lesiona el principio de independencia judicial y el sistema de justicia, pues, el juez al ser director del proceso pasa a ser dictador del mismo, ya que se configura una delgada línea en la que el juez puede actuar de manera parcial, para obtener aprobación social, situaciones que van desde lo mediático a lo religioso, generando flagrante violación al debido proceso. Del mismo modo, el procesalista chileno, Hugo Botto Oakley (2014), quien en su obra Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver, considera una facultad extrema del juez dentro del proceso. Estos autores, quizás se apoyan en lo que Calamandrei (1956) la expresa poéticamente:

> [...] Juez, tú no tienes que fatigarte para encontrar argumentos, porque solamente estás llamado a escoger entre los buscados por nosotros los abogados, que realizamos por ti, el duro trabajo de excavar, y para mejor meditar tu elección, tienes el deber de sentarte en tu cómodo sillón. . . Tú eres ¡Oh Juez! la olímpica inmovilidad que, sin prisa, espera [...]. El proceso es negocio privado de las partes, ellas conducen soberanamente, detienen cuando les plazca, entorpecen sin consecuencias relegando al juez a un plano secundario de simple observador, a quienes los litigantes manejan según sus conveniencias, astucia o habilidad. Pág. 102.

únicamente sus funciones de director del proceso, para llevar de forma ordenada la discusión de los sujetos procesales.

Debido a ello, la facultad del juez de ordenar prueba por su iniciativa, se la debe observar como un beneficio para el proceso y como un instrumento encaminado a la búsqueda de la verdad de lo ocurrido. No está enfocada a la violación de principios procesales, ni mucho menos al perjuicio de alguna de las partes, peor aún se la ha plasmado para suplir las falencias que hayan cometido los litigantes, o cometer arbitrariedades para beneficiar a uno u otro, sino que se la ha establecido en búsqueda de efectivizar una verdadera tutela judicial, sin pretender involucrar la actuación judicial en imparcialidad.

CONCLUSIONES

El Estado ecuatoriano, como un paso más en su empeño por ajustar el sistema judicial al marco legal instaurado por la Constitución de la República en el 2008, aprobó el COGEP, en donde instaura la *audiencia*, que exige de los abogados un nuevo comportamiento procedimental en la presentación de la demanda, que contempla como novedad la inclusión de todas las pruebas. El análisis realizado al texto constitucional supone este como el marco legal en el que se sustentan los elementos constitucionales que rigen la prueba, aludiendo al derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica; se reconoce la imparcialidad, la eficacia probatoria. Brinda las bases sobre las cuales el juzgador ejecuta su operación intelectual para materializar la justicia objetiva y la eficacia de la prueba, que depende en gran medida de la mayor o menor proximidad o inmediatez del juez con las fuentes de prueba, de tal modo que, como observa Couture (2014), "a mayor proximidad, mayor grado de eficacia; a mayor lejanía, menor valor de convicción." Pág. 268.

El articulado del COGEP garantiza las normas constitucionales y la legislación de Ecuador, que rigen el uso de la prueba, como actividad, medio y resultado, establecen los cauces que afianzan el derecho al debido proceso, sobre la base de los límites de la prueba. En este novedoso Código se estipula la prueba para mejor resolver como una herramienta judicial excepcional, la cual debe ser motivada y con la única finalidad de esclarecer los hechos controvertidos y lograr la verdad procesal, concordando, de esta manera, con el Código de Procedimiento Civil venezolano en el cual, también se le confiere al juez el auto para mejor proveer, que es de gran utilidad en la *iurisdicti praxis*.

Antes de la presente investigación la posición frente al decreto de la prueba de oficio era en total desacuerdo, porque se consideraba que afectaba la imparcialidad del juez y que las partes estaban en constante desigualdad procesal. La consolidación de la información doctrinal y jurisprudencial moldeó esta postura, ya no tan radical, porque se opina que es indispensable el uso de esta herramienta en procesos como, por ejemplo, los de paternidad, los de familia en general y sucesiones, debido al interés superior del niño como principio de interpretación de la Ley o del interés de los herederos y su alícuota parte. La revisión documental permitió que en esta investigación se considere que cuando la actividad probatoria se desarrolla en el marco de la audiencia preliminar, guiada –*ab initio*– bajo un criterio objetivo de completitud del material probatorio, el juez no está en condiciones de saber a ciencia cierta a qué parte va a beneficiar la prueba, por lo que resulta difícil justificar una ruptura del principio de igualdad.

La decisión del juez de ingresar la prueba *ex officium* pasa por estimarla útil y pertinente para completar el haz probatorio y acercarse a la verdad, tal como lo asevera Taruffo (2008). Con todo, es claro que la iniciativa probatoria del juez no puede garantizar la obtención de la verdad, pero sí contribuye a acercar el proceso a ese ideal. En consecuencia, afirman Taruffo (2008) y Ferrer Beltrán (2007), es una herramienta eficiente para disminuir las posibilidades de error de la decisión judicial, al aumentar el grado de probabilidad de que la decisión se corresponda con lo que efectivamente sucedió." Págs. 28-29.

Es indispensable convencerse que los límites correspondientes que tiene esta atribución del director del proceso, con el fin de que la prueba oficiosa no se convierta en una herramienta de arbitrariedad y autoritarismo, han sido considerados por el legislador como necesarios y pertinentes. Cabe señalar, que no se trata de que la facultad de la prueba de oficio rompa el equilibrio de los sujetos procesales, sino de que sirva para la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos, para que sea ésta, la que forme la convicción del juez y se emita una sentencia justa y motivada.

Indubitablemente, en relación a ello, es menester recordar al jurista Celso quien proporciona una breve y clara idea de lo que era el *ius*, recogida por Ulpiano (D. I,1,1 pr. [Ulp. 1 reg.]), la cual nos sitúa ante la que sería la finalidad propia de éste y el respaldo inigualable del juez, el *bonum et aequum*: Cerami,

(1993) "*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi"* Pág. 191.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alsina, H. (1963) "*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*." Buenos Aires: Ediar.

Alvarado-Velloso, A. (2007) "La Imparcialidad Judicial y la Prueba Oficiosa, En Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli dir., "*Derecho Procesal Contemporáneo: Confirmación Procesal*." 1a. ed. Argentina: Ediar, pp.16-94.

Aristóteles (1993) *La Política*. Bogotá: Ediciones Universales.

Botto-Oakley, H. (2014) "*Inconstitucionalidad de las Medidas para mejor Resolver*." Argentina: Juris, Rosario.

Cabrera, G. (2014) "*Derecho Probatorio*." Caracas: Editorial Vadell Hermanos.

Calamandrei, P. (1956) "*Elogio a los Jueces Hecho por un Abogado*." Buenos Aires: Editorial EJEA.

Calamandrei, P. (1999) "*Derecho Procesal Civil*." México: Trillas.

Campoverde, M. (2020) "*Reformas que deben introducirse al sistema probatorio establecido en el COGEP*." Ecuador: Universidad del Azuay. Escuela de Derecho. Recuperado de: http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/10385/1/16011.pdf

Cappelletti, M. (1972) "*Oralidad y Pruebas en el Proceso Civil*." Editorial Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina.

Carnelutti, F. (1944). Sistema de Derecho procesal civil. Vol I, Editorial Uthea. Buenos Aires, Argentina

Carn**elutti, F.** (1961) "*La Lucha del Derecho contra el Mal*." En Fenech, Miguel. Derecho Procesal, Vol I. Editorial Labor. Barcelona, España.

Cerami, P. (1993) voz «Giurisprudenza-Scienza giuridica nel diritto romano», Digesto delle Discipline Privatistiche. Torino: Sezione civile IX, UTET.

Cervantes-Valarezo, A. (2020) "*Los Límites a la Prueba de oficio en el COGEP*." Universidad Pompeu Fabra. Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Recuperado de: https://www.academia.edu/44133276/LOS_L%C3%8DMITES_A_LA_PRUEBA_DE_OFICIO_EN_EL_COGEP

Chiovenda, G. (2000) "*Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II.*" Madrid: Editorial Reus.

Chumi, A. (2017) "*El Deber Judicial de Admisión de los Medios Probatorios y la Vulneración al Derecho a la Prueba en Relación con el Derecho a la Defensa.*" Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Recuperado de: https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5633/1/T2285-MDP-Chumi-El%20deber.pdf

Código Orgánico de la Función Judicial (2018) Registro Oficial Suplemento 544 del 09-Marzo-2009. Quito, Ecuador.

Código Orgánico General de Procesos (2016) Registro Oficial Suplemento 506 de 22-mayo-2015. Quito. Recuperado de: https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2017/01/CODIGO-ORGANICO-GENERAL-PROCESOS.pdf

Código Orgánico Integral Penal (2014) Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014. Última modificación: 05-feb.-2018. Quito. Recuperado de: https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/COIP_feb2018.pdf

Constitución de la República del Ecuador (2008) Registro Oficial Nº 449 de 20 de Octubre de 2008. Montecristi.

Correa, D. (2018) "*La Prueba para Mejor Resolver y el Principio de Imparcialidad Judicial en la Legislación Civil Ecuatoriana, año 2016.*" Universidad Central del Ecuador. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho. Recuperado de: http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/15304/1/T-UCE-013-AB-267-2018.pdf

Couture, E. (2014) "*Fundamentos del Derecho Procesal Civil.*" Euros Editores S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

Couture, E. (2018) "*Vocabulario Jurídico.*" Editorial Metropolitana & Editorial B de F. Montevideo, Uruguay.

Digesto de Justiniano (1968) Versión Castellana por A. Dors, E HERNÁNDEZ-TEJERO, P FUENTESECA, M GARCIA-GARRIDO y J BURILLO. Editorial Aranzadi. Pamplona-España:

Echandía, D. (1970) "*Teoría General de la Prueba Judicial.*" Editorial Temis. Madrid, España.

Echandía, D. (1998) "*Teoría General de la Prueba Judicial.*" Buenos Aires: Editorial Zavalía.

Ferrajoli, L. (2012) "*Derecho y Razón."* trad. Andrés Ibáñez. Trotta. Madrid, España.

Ferrer-Beltrán, J. (2007) *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, España.

Fix-Zamudio, H. (2001) "Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *en Corte Interamericana de Derechos Humanos*, El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, t. I. Costa Rica: Corte IDH.

Gaitán, L. (2010) La prueba de oficio en el proceso civil: ¿Imparcialidad del juez e igualdad de las partes? En "*Revista de Derecho Privado*, núm. 43, junio, pp. 3-22." Bogotá, Colombia: Universidad de Los Andes. Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192005.pdf

García, J. (2009) *Los Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales que se Deben Observar en la Administración de Justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial*. Ediciones Rodin. Quito, Ecuador.

Hunter, I. (2010) La Iniciativa Probatoria del Juez y la Igualdad de Armas en el Proyecto de Código Procesal Civil, en "*Revista Ius et Praxis, Año 17, Nº 2, 2011, pp. 53 – 76.*" Chile: Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n2/art04.pdf

Gómez, I. (2017) "*Notas de Derecho Probatorio General*." Madrid. Recuperado de: https://es.scribd.com/document/361788444/Notas-de-Derecho-Probatorio-General

Ihering, R. (1978) "*El fin en el Derecho*." Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) Registro Oficial Suplemento 52 del 22-octubre-2009. Quito. Recuperado de: http://www.controlminero.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2020/02/CODIGO_JURICO_ENERO_2020_A2/Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20Garant%C3%ADas%20Jurisdiccionales%20y%20Control%20Constitucional%20(LOGJCC).pdf

Marín, J. (2019) *Análisis comparativo de la prueba para mejor resolver en el Código Orgánico General de Procesos del Ecuador y el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el Código Procesal Civil de Chile.* Recuperado de: https://cidecuador.org/wp-content/uploads/congresos/2019/i-congreso-

internacional-de-derecho-uleam/diapo/Analisis-comparativo-de-la-prueba-para-mejor-resolver_jaime-marin.pdf

Navarrette, C. (2016) *La prueba de oficio en el COGEP*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado de: http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/7110/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-82.pdf

Ramírez-Romero, C. (2015) *Principales cuestiones acerca Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas*. Editorial CJ. Quito, Ecuador.

Ramírez-Romero, C. (2017) *Apuntes sobre la Prueba en el COGEP*. Quito: Corte Nacional de Justicia. E-Book. Recuperado de: file:///E:/T.%20PRUEBA%20DE%20OFICIO/La%20prueba%20en%20el%20COGEP.%20Ram%C3%ADrez%20Romero,%202017.%20Quito.pdf

Ramiro, S. (2008) "Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia", en *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Rengel-Romberg, A. (1991) "*Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano. T. III*." El Procedimiento ordinario. Editorial Ex Libris. Caracas D.F., Venezuela.

Satta, S. (2001) Los Poderes del Juez En "*Actos del Juez y Prueba Civil*, coord., Fernando Quinceno Álvarez. Pp. 61-74." Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá, Colombia.

Sentís-Melendo, S. (1967) Introducción al Derecho Probatorio En *"Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I." Ejea. Buenos Aires, Argentina.

Taruffo, M. (2008) "*La Prueba*." Marcial Pons. Madrid, España.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Licitud de las Pruebas obtenidas en Redes Sociales ● Pág.: 232 – 262

LICITUD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN REDES SOCIALES

LEGALITY OF THE PROOFS OBTAINED IN SOCIAL MEDIA

Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.08

Fecha de Recepción: 04 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 20 de enero de 2022

RESUMEN

La información es poder. Los medios electrónicos utilizados contienen un cúmulo de información privada de las personas que interactuamos en redes sociales; recientemente se ha generado una discusión entre sí dejar de utilizar algunas redes, o migrar a otras, debido a los cambios en las políticas de privacidad. Políticas que no son más que contratos de adhesión que suscribimos virtualmente con las empresas al dar un clic de aceptación. El objetivo de este artículo es analizar, a través de la investigación documental, los problemas que se presentan por la obtención de pruebas ilícitas, violando la intimidad de las personas, a través de las redes sociales, con el simple hecho de suscribir el contrato de adhesión obligatorio y proponer el estudio a fondo de este tema, no sólo para futuras investigaciones y reformas legales que limiten, regulen y rijan en la materia, sino para identificar también todas las posibles soluciones.

Palabras Clave: Pruebas Ilícitas, Redes Sociales, Intimidad y Contratos de Adhesión.

ABSTRACT

Information is power. The electronic media that we use are an accumulation of private information those of us which we interact on social networks, recently there has been a discussion between whether to stop using some social networks, or to migrate for others, due to changes in policies. Policies that isn´t more than adhesion contracts, that we sign virtually with the social network company when you click the accept button. The objective of this short article is to analyze through documentary research, the problems that can arise from obtaining illegal evidence violating people's privacy, through social networks, by the simple fact of signing the contract of obligatory adherence and propose the in-depth study of this issue, not only for future research, laws or legal reforms that limit, regulate and govern the matter, but also to identify all possible solutions.

Key Word: Illegal Tests, Social Networks, privacy and Adhesion contracts.

[1] Abogada Egresada de la Universidad de Los Andes (ULA): Mención *Magna Cum Laude*. Profesora en Pre-Grado de Derecho Probatorio y Procesal Civil I. Profesora de Post-Grado en Derecho Probatorio (UBA). Especialista en Derecho Procesal (UCV). Coordinadora General de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogado en Ejercicio. **Correo Electrónico**: Prof.gloriacontreras@gmail.com.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

INTRODUCCIÓN

La información es poder. El internet y los medios electrónicos que utilizamos hoy en día no sólo son un cúmulo de información masiva mundial, sino también un cúmulo de información privada de las personas que interactuamos diariamente con los medios de comunicación digitales y las redes sociales, aún más hoy en día debido a la crisis mundial por la pandemia del Covid-19 y al confinamiento prácticamente obligatorio en todo el mundo y a la necesidad que tenemos de estar conectados, informados y actualizados.

Recientemente se ha generado una discusión entre sí dejar de utilizar algunas redes sociales, o migrar otras, debido a los cambios en las condiciones de uso y políticas de privacidad, que no son más que contratos de adhesión que suscribimos virtualmente con la empresa al dar un clic de aceptación, entendiendo que, en la mayoría de los casos, si no damos ese clic, no podremos seguir utilizando dicha red social, tomando en cuenta que la mayoría de los usuarios de estas redes dan ese clic incluso sin leer, y que esto se traduce, en que toda la información que los usuarios manejan en redes sociales o aplicaciones conectadas descargadas en nuestros medios electrónicos, es recopilada, comparada, conectada y vendida a las empresas para ofertar publicidad, convirtiéndonos en productos, haciendo pública la recopilación de metadatos de los usuarios, y así nos estudian, nos exhiben y nos venden al mejor postor, sin que autoricemos realmente todo eso, hasta ahí, ya es grave, pero ¿Qué pasa si el postor no es un empresa de publicidad, sino es otra empresa con otras intenciones de control, o dominio? O es el estado que quiere manejar absolutamente todos estos datos con otros fines abusando de su autoridad.

Los términos de privacidad de las redes sociales, hasta hace algunos años, permitían la posibilidad de negar esta autorización, pero las últimas reformas nos impiden no estar de acuerdo, es decir, estamos obligados a aceptar, puesto que la no aceptación de los nuevos términos de privacidad, supone que el usuario no podrá usar de nuevo la red social.

De igual forma, hay problema cuando estas políticas violan la privacidad o intimidad de las personas y generan material, información, pruebas o medios que pueden convertirse en material usado para ir en contra a una persona en

cualquier ámbito, sobre todo tomando en cuenta, como señalamos anteriormente, que la mayoría de los usuarios de la *Web* o un alto porcentaje de ellos, no lee detenidamente las políticas o términos de uso, y no sólo eso, sino que aun leyéndolas, no tiene más opción que aceptarlas, puesto que en caso de no hacerlo, el usuario no la podrá seguir utilizando; como también hemos señalado antes, no se trata más que de un contrato de adhesión que, cada vez más, incluye cláusulas en las que autorizamos a las compañías el uso de nuestra información privada, dejando a su discreción compartir dicha información a través de inteligencia artificial a diferentes anunciantes y redes de empresas digitales asociadas o a cualquier otro.

La información que estamos dejando a criterio de las grandes empresas incluye nuestros nombres, profesión, edad, estado civil, número telefónico, los números de teléfonos de nuestros amigos, los nombres de nuestros amigos, las fotos de perfil, la última conexión o uso de la aplicación, si se encuentra "en línea," el tiempo que se dedica a las redes sociales, con que personas interactuamos más, la información del teléfono, que sistemas operativos y redes móviles usamos, la carga de batería que tiene el móvil, la información que otros comparten sobre ti y aún más grave nuestra ubicación geográfica exacta y con quien nos relacionamos y reunimos físicamente, en qué lugar y cuanto tiempo, cuánto tiempo pasamos en determinados lugares, información valiosa y delicada.

Esto ya es grave, pero aún más lo es el hecho que va abriendo la puerta para otras violaciones y para que cada vez se almacene y comparta más información, porque aunque todavía los mensajes de texto están cifrados o encriptados y las comunicaciones son en teoría, inviolables, salvo ciertos casos y en cumpliendo ciertas formalidades legales, es cuestión de tiempo para que se encuentre la forma de cifrarlos y venderlos o compartirlos, sólo con el hecho de cambiar de nuevo las políticas de privacidad.

En este orden de ideas, se han divulgado memes o chistes acerca del tema de la información que manejan las empresas digitales, mediante la interacción que se genera en ellas, a través de la inteligencia artificial, como la que vemos a continuación:

"Buenos días!
- Hola, ¿Pizza Hut?

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

- No, señor. Pizzería Google.
- Ah, discúlpeme... marqué mal
- No señor, marcó bien, Google compró la cadena Pizza Hut.
- Ah, bueno... entonces anote mi pedido, por favor...
- ¿Lo mismo de siempre?
- ¿Y usted cómo sabe lo que pido yo?
- Según su calle y su número de apartamento y las últimas 12 veces, usted ordenó una napolitana grande con jamón.
- Sí, esa quiero...
- ¿Me permite sugerirle una pizza sin sal, con ricota, brócoli y tomate seco?
- ¡No! Detesto las verduras.
- Su colesterol no es bueno, señor.
- ¿Y usted cómo sabe?
- Cruzamos datos con el IVSS y tenemos los resultados de sus últimos 7 análisis de sangre.
Acá me sale que sus triglicéridos tienen un valor de 180 mg/DL y su LDL es de...
- ¡Basta, basta! ¡Quiero la napolitana!
¡Yo tomo mi medicamento!
- Perdón, señor, pero según nuestra base de datos, usted no la toma regularmente. La última caja de Lipitor de 30 comprimidos que usted compró en la Farmatodo fue el pasado 2 de Diciembre a las 3:26 p.m.
- ¡Pero compré más en otra farmacia!
- Los datos de sus consumos con tarjeta de crédito y tarjeta de débito no lo demuestran.
- ¡Pagué en efectivo, tengo otra fuente de ingresos!
- Su última declaración de ingresos no lo demuestra. No queremos que tenga problemas con el SENIAT señor...
- ¡Ya no quiero nada!
- Perdón, señor, sólo queremos ayudarlo.
- ¿Ayudarme?
- ¡Estoy harto de Google, Facebook, Twitter, WhatsApp, Instagram!
¡Me voy a ir a una isla sin internet, cable, ni telefonía celular!
- Comprendo, señor, pero aquí me sale que su pasaporte está vencido desde hace 5 meses…" ☺

A pesar de lo gracioso que puede parecer, es una realidad que la inteligencia artificial conecta nuestra información, para muestra de eso, tenemos la increíble cantidad de publicidad que aparecen en nuestras redes, y no se trata de un mago que te muestra lo que piensas o quieres ver, simplemente se trata de la información que se genera por la interacción con el internet, específicamente

en redes sociales conectadas entre sí y conectadas con nuestros medios electrónicos.

Lamentablemente, el Derecho no va a la par de la tecnología. Las leyes y el Derecho siempre va pasos atrás de ella, en mayor medida en nuestro país, las preguntas que surgen para los abogados son: ¿Basta el clic de aceptación para dejar toda nuestra información y privacidad en manos de los dueños de las empresas digitales?, ¿La obligación que generan las redes sociales para la suscripción de las nuevas políticas, viola el derecho de privacidad?, ¿Cómo protegemos nuestra información?, ¿Existen mecanismos para protegerla jurídicamente? O ¿Es necesario dejar de utilizarlas y buscar otras alternativas?, ¿Qué sucede con las pruebas que se obtengan a través de la inteligencia artificial?, ¿Son válidas? y ¿Cómo se promueven legal y lícitamente?

Así las cosas, es importante analizar hasta qué punto, la obtención de toda esta información es lícita, aún más en el caso que pueda ser utilizada en juicio o por las autoridades judiciales, administrativas, de investigación; información que evidentemente se usa en la actualidad, pero, ¿Qué limitaciones debe tener?, ¿Es necesaria la orden de un juez para utilizarla o para que las compañías la proporcionen?, ¿Sólo con el hecho de aceptar las políticas de privacidad, dejamos en manos de la compañía esa información para que pueda ser utilizada por cualquiera o por el que pague por ella? Y en el caso de las instituciones del Estado que almacenan información de los usuarios ¿Cómo debe ser utilizada esa información?

1_. Licitud de las Pruebas Obtenidas en Redes Sociales.

Antes de analizar el problema, debemos tener claros algunos conceptos básicos. En primer lugar, a que se refiere cuando se habla de la prueba ilícita, aunque Cabrera (2010:5) la llama también “prueba ilegítima” Pág. 5. Las pruebas ilícitas son medios de prueba que se obtienen a través de la vulneración de derechos fundamentales, a diferencia de las pruebas irregulares, en las que se viola el procedimiento debido. Las pruebas ilícitas, son pruebas que pueden ser legales y pertinentes, pero no son válidas por la forma en la que se obtienen,

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

violentando derechos o libertades fundamentales, en el caso que se atañe, violando el derecho de privacidad e intimidad de las personas, bajo una dudosa suscripción de un contrato de adhesión, que no es más que, como dice el diccionario jurídico de Manuel Ossorio (1999):

> Una típica y cada vez más frecuente modalidad de contratación, que se caracteriza de que es una de las partes la que fija las cláusulas o condiciones, iguales para todos, del contrato, cuya celebración se propone, sin que quienes quieran participar en él tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su totalidad, es decir adherirse o no a los términos del contrato preestablecido, sin posibilidad de discutir su contenido. Pág. 234.

Teniendo todas estas características en cuenta, los contratos de políticas de privacidad son contratos de adhesión modernos, pero la dificultad principal es demostrar la voluntad, pues a pasar de existir las firmas electrónicas, la suscripción de estas políticas de privacidad no se firma, ni con una firma electrónica, sino basta el clic para que las redes tengan derecho a la información, vulnerando derechos fundamentales a la privacidad e intimidad, sin estar realmente claro, cuál es el verdadero consentimiento del usuario, por lo que es necesario crear vías, a través de las cuales se proteja al consumidor, mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno Derecho. Y a través de la vigilancia por parte de las instituciones públicas de la actuación de las empresas, pero para eso son necesarias leyes o políticas de Estado que regulen y controlen estos contratos, negociando y discutiendo previamente las cláusulas e incluso son necesarios organismos gubernamentales a los cuales acudir en caso de inobservancia o violación de cláusulas, y que pongan limitaciones a estos contratos.

Las redes sociales son estructuras formadas en Internet por personas u organizaciones que se conectan a partir de intereses o valores comunes. A través de ellas, se crean relaciones entre individuos o empresas de forma rápida, sin jerarquía o límites físicos. Un gran número de personas de muy diversos grupos etarios pertenece a diferentes redes sociales, o utiliza internet de muchas maneras, para hacer amigos, relacionarse con personas, hacer negocios, comprar

y vender por internet, es decir, las redes sociales fueron creadas para reunir grupos de personas con intereses comunes, pero además son perfectas para hacer negocios o lo que llamamos comercio electrónico.

También existe en internet, según lo que cita Rico (2005) lo que se llama "*cookies:*"

> Estas son pequeños ficheros de datos generados en el computador del usuario en forma de archivos de texto, gracias a las instrucciones que los servidores Web envían a los programas de las computadoras, permitiendo el acceso a información del usuario sobre sus datos personales o sobre cualquier otra circunstancia (fecha, hora de visita del sitio Web, contenidos visitados, número de visitas) ya que pueden ser leídos desde el exterior, gracias al interfaz del servidor. Si un administrador de un servidor utiliza dicha información puede vulnerar la intimidad del usuario, de ahí la necesidad de establecer una regulación. En Venezuela el artículo 38 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario (2004) impone a los proveedores el deber de informar a los consumidores cuando el suministro de datos en operaciones de comercio electrónico sea parte integrante de su modelo de negocio. Pág. 273 y 274.

Tenemos en juego, como hemos comentado anteriormente la violación de derechos fundamentales, específicamente el derecho a la intimidad o privacidad como personas, Mejan (1994) define la intimidad como:

> El conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que el ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con libertad de decidir a quién le da acceso, imponiéndose a todos los demás la obligación de respetar y que sólo puede ser obligado a develar, en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la develación sea lícita. Pág. 87.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su artículo 12, establece que:

> Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias y ataques.

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) -Pacto de San José-, en el artículo 11, se refiere a que:

> Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y que por tanto no deberá ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familia, domicilio, correspondencia, ni deberá sufrir ataques ilegales a su honra o reputación; también, establece el derecho de la persona a ser protegida por la ley contra esas injerencias o ataques.

El derecho fundamental a intimidad o privacidad, a pesar que es muy difícil de definirlo con precisión, pues depende de múltiples factores de tiempo y lugar, sin embargo, dentro de esta esfera de vida privada podemos considerar a las relaciones personales y familiares, afectivas y de filiación, las creencias y preferencias religiosas, convicciones personales, inclinaciones políticas, condiciones personales de salud, identidad y personalidad psicológica, inclinaciones sexuales, comunicaciones personales privadas por cualquier medio, incluso algunos llegan a incluir la situación financiera, económica, personal y familiar, por lo tanto, incluye el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la inviolabilidad de correspondencia, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el derecho a la propia imagen, el derecho al honor, el derecho a no participar en la vida colectiva y a aislarse voluntariamente, el derecho a no ser molestado y por supuesto, en nuestro caso, el derecho a la privacidad informática.

En este particular, señala Rico (2005) que:

> Los datos que son compartidos en la red relativos a identificación, sexo, edad, profesión, domicilio, números de tarjetas, gustos, preferencias, formas de pago, comportamiento ante determinado producto o servicio, estos datos transmitidos que pueden ser usados con fines distintos para los que fueron enviados, por ejemplo, cuando hacemos una compra por internet en las diferentes páginas que existen, en ocasiones, deben llenarse algunos formularios de pedido, incluso encuestas del servicio y preferencias, información que permite la creación de perfiles y estándares automatizados, mediante la categorización de sujetos para luego utilizarlos con fines comerciales de publicidad y mercadeo, causando graves perjuicios a la esfera íntima del individuo. Pág. 259.

En la Constitución nacional (1999) el artículo 28 consagra:

> Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Este procedimiento se conoce como *Hábeas Data* y no es más que como lo señala Rico (2005):

> La facultad de cualquier persona de solicitar ante el tribunal competente la actualización, rectificación o destrucción de los datos e información sobre sí mismos o sobre sus bienes, en caso que fueren erróneos o afecten ilegítimamente sus derechos fundamentales, comprende dos aspectos: 1. El derecho de las personas a acceder a la información registrada en las distintas bases de datos con la finalidad de ejercer un control y 2. El derecho a interponer una acción dirigida a exigir la actualización, rectificación o destrucción de aquella información que le afecte directamente. Pág. 262.

La acción de *Hábeas Data* está prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, específicamente en el Capítulo IV, denominado "*Del Habeas Data,*" que forma parte del Título X denominado Disposiciones Transitorias de dicha Ley publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.552 del 1 de Octubre de 2010. Así el artículo 169 establece, que: "*la acción de hábeas data se presentará por escrito ante el tribunal de municipio con competencia en lo Contencioso Administrativo y con competencia territorial en el domicilio del o de la solicitante*."

Pese a ello, es el caso que en Venezuela hasta la fecha no han sido creados dichos tribunales, por lo que debe remitirse a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada el 16 de Junio de 2010, cuya disposición Transitoria Sexta dispone: *"…hasta tanto entren en funcionamiento los Juzgados de Municipios de la jurisdicción contencioso administrativa, conocerán de las competencias atribuidas por esta Ley a dichos tribunales, los Juzgados de Municipio (…)."* Por lo tanto, hoy en día los tribunales competentes para interponerlo son los Juzgados de Municipio Civiles.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, también precisa en su artículo 167 que "*los ciudadanos tienen derecho a conocer la información que sobre ellos se refiera y esté contenida en los archivos de los bancos públicos y privados, además podrá solicitar la confidencialidad*."

Los derechos que tutelan el *Hábeas Data* son el derecho a la información, el derecho a la intimidad, el derecho a la identidad o el derecho a la

autodeterminación informática. En este sentido, parte de la doctrina sostiene que, debido el nacimiento de la informática y con ella el procesamiento de datos, existe la posibilidad de registrar una gran cantidad de datos sobre las personas que permiten reconstruir sus detalles íntimos y con ello afectar su vida privada o intimidad.

Dentro de este contexto, consideran al *Hábeas Data* como un mecanismo tendiente a proteger ese espacio íntimo de la persona, es decir, como lo dice Ávila Hernández y otros (2008:319) *"una herramienta para defenderse de las intromisiones, tanto por parte del Estado como de los particulares."*

Así mimo, el artículo 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) señala:

> Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

Y por último, el artículo 60 también de nuestra carta magna reza que:

> Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

Así las cosas, la acción de *Habeas Data* debe interponerse alegando estos artículos, específicamente el artículo 60 constitucional en concordancia con el artículo 28, antes citado. Estos artículos consagran nacionalmente los que las legislaciones extranjeras llaman derecho al olvido o derecho de supresión, que es un concepto relacionado con el *habeas data* y la protección de los datos personales,

así como el derecho al secreto, para así poder solicitar a los tribunales competentes la suspensión, bloqueo, destrucción, eliminación de la información que se considera cierta, pero obsoleta por el transcurso de tiempo, porque es errónea, está alterada, o fue obtenida de manera ilícita, o causa daño, o cuando se haya retirado el consentimiento para utilizarla. No obstante, en Venezuela no existen leyes de carácter especial o procedimental, tampoco muchos precedentes acerca de este tema, solamente unos primeros intentos.

Por ejemplo, en nuestro país existe algunos antecedentes de esta acción, específicamente la sentencia N° 10 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo Justicia de Venezuela de fecha 01 de Marzo 2016, en la que Tomás Mariano Adrián Hernández solicito el recurso de *Habeas Data* para anular, corregir, eliminar y sustituir de los datos, tanto públicos como privados la vinculación de su nombre, sobre los cuales la parte actora alega un desfase, pues no corresponden a la realidad y condición de ser humano actual, ya que se transformaron por el transcurso de los años debido a nuevos actos, por lo que pide se elimine ese nombre y vinculación con su persona, puesto que se trata de una mujer transgénero, con una nueva identidad, en este caso, el tribunal admitió la medida innominada.

De igual forma, se intentó el *Habeas Data* para invocar el derecho al olvido, ante la Sala Constitucional interpuesta por Elías Pernía, contra el entonces diputado Luis Tascón, por la presunta divulgación a través del sitio electrónico www.luistascon.com de información violatoria de su derecho al honor y a la reputación constituida por un archivo de datos de personas que participaron en la recolección de firmas para solicitar el referendo revocatorio en contra del entonces Presidente de la República, el cual se llevó a cabo en el mes de agosto de 2004, la Sala del Tribunal Supremo de Justicia ordenó acumular la presente causa con otras seguidas en términos similares y en mayo de 2005 se dictó sentencia indicando que fue violado el derecho a la protección de su honor y reputación, por lo que Luis Tascón retiró la lista de su sitio web, aunque algunos consideran que ya el daño estaba hecho, por lo que entonces procedía era la indemnización de daños y perjuicios.

El 13 de Mayo de 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una famosa sentencia en contra de la compañía Google Inc. para la protección de

datos a través del derecho al olvido, en un juicio contencioso entre la Agencia Española de Protección de Datos y Google Inc., solicitando que se eliminara el nombre de una persona en el buscador, porque se vinculaba con una subasta de un inmueble embargado, que ya estaba superada. Dicha sentencia hace responsable a Google Inc. del tratamiento de los datos personales y condeno a la compañía a eliminar de la lista de búsqueda la vinculación del nombre con la subasta, así la publicación sea lícita, sólo por el hecho de ser obsoleta. La compañía ha señalado que está tratando de aplicar la sentencia y se trata de un proceso complicado ya que debe ser analizado cada caso separadamente, por lo que, tal como explica Tudares (2005):

> Para realizar la solicitud de eliminación hay que rellenar un formulario web, advirtiéndonos que puede que el trámite tarde un tiempo, pues ya han recibido muchas solicitudes. Hay fuentes que hablan de que han recibido en torno a 150.000 solicitudes desde la publicación de la Sentencia. Así que en teoría, una vez recibida la solicitud por Google, evaluará si efectivamente se trata de información obsoleta de la persona del solicitante y si es lesiva a sus intereses, ponderando si existe un interés público en lo que respecta a la información que permanece en los resultados de búsqueda, decidiendo de forma unilateral si deja de indexar esa información.

Cabe destacar que estas sentencias sólo rigen para los estados miembros de la Unión Europea, es decir, la compañía ha aclarado que solamente será eliminada la búsqueda en las versiones europeas, pero consideramos que debería eliminarse en todos los buscadores y ser mundial para que realmente sea efectiva, tal como lo había planteado el Regulador de Datos Francés, en la sentencia previa a la del Tribunal de Justicia Europea.

Entonces, el punto es que todos pueden entender que existen violaciones a la intimidad y privacidad de las personas, pero ¿Qué mecanismos existen o pueden existir para proteger a la información?, pues realmente muy pocos y menos en Venezuela, porque a pesar que la constitución nacional establece la

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

protección a la privacidad, no existen mecanismos o procedimientos para que se haga efectiva esta protección y tampoco leyes que regulen los límites del manejo de la información que contiene el internet, ni leyes o reglamentos que limiten estos contratos.

En Venezuela encontramos algunos pequeños avances, primero con el Decreto con Rango y fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica (2001), en el que en su artículo 4, se le otorga a los mensajes de datos o documentos electrónicos el mismo valor probatorio que la Ley le otorga a los documentos escritos. Y en su artículo 5 consagra, que la ley Mensajes de Datos estarán sujetos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y el acceso a la información personal.

Esta Ley también crea la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, que es un organismo de Estado adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología, que funciona como un ente regulador entre los proveedores de servicios de certificación públicos o privados y el Estado, organismo que creemos, puede controlar también las diferentes políticas respectos a la privacidad de las personas en redes sociales, bien porque se amplíen sus facultades y competencias, o dicho Ministerio debe crear un organismo especial para esto, pero esto sólo resolvería el problema a nivel nacional, y evidentemente en la mayoría de los casos, no se trata de compañías nacionales, sino que se trata de compañías internacionales, son las normas de derecho internacional las que deben regular estos contratos, acuerdos y faltas.

Otra de las leyes venezolanas que encontramos, es la Ley Especial contra los Delitos Informáticos (2001), que le corresponde a la materia penal, específicamente su artículo 20 señala:

> Toda persona que intencionalmente se apodere, utilice, modifique o elimine por cualquier medio, sin el consentimiento de su dueño, la data o información personales de otro o sobre las cuales tenga interés legítimo, que estén incorporadas en un computador o sistema que utilice tecnologías de información, será penada con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias. La pena se incrementará de

> un tercio a la mitad si como consecuencia de los hechos anteriores resultare un perjuicio para el titular de la data o información o para un tercero.

De igual forma, el artículo 21:

> Violación de la privacidad de las comunicaciones. Toda persona que mediante el uso de tecnologías de información acceda, capture, intercepte, interfiera, reproduzca, modifique, desvíe o elimine cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, será sancionada con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

Y el artículo 22:

> Revelación indebida de data o información de carácter personal. Quien revele, difunda o ceda, en todo o en parte, los hechos descubiertos, las imágenes, el audio o, en general, la data o información obtenida por alguno de los medios indicados en los artículos 20 y 21, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias. Si la revelación, difusión o cesión se hubieren realizado con un fin de lucro, o si resultare algún perjuicio para otro, la pena se aumentará de un tercio a la mitad.

Entonces esta Ley sí tipifica como delito la revelación, el abuso o aprovechamiento de los datos electrónicos que pueden atentar contra la privacidad de las personas, y en este caso se tendrá que aplicar la responsabilidad penal empresarial.

La Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones (1991) en el artículo 5 señala que "*el que perturbe la tranquilidad de otra persona mediante el uso de información obtenida por procedimientos condenados por esta Ley, y creare estados de angustia, incertidumbre, temor o terror, será castigado con prisión de seis a treinta*

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

meses" y además en el artículo 6 autoriza a los organismos de seguridad del Estado a:

> *…impedir, interrumpir, interceptar o gravar comunicaciones, pero únicamente a los fines de la investigación de los siguientes hechos punibles: a) Delitos contra la seguridad o independencia del estado; b) Delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; c) Delitos contemplados en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; y, e) Delitos de secuestro y extorsión.*

El artículo 7 señala, que sólo se hará mediante autorización de un Juez de Control penal competente, "*y la inobservancia de esta norma o autorización producirá que la intervención, grabación interceptación sea ilícita y no surtirá efecto probatorio alguno, y los responsables serán castigados con prisión de tres a cinco años"*. También, el artículo 8 de esta Ley consagra que:

> Toda grabación autorizada, será de uso exclusivo de las autoridades policiales y judiciales encargadas de su investigación y procesamiento, quedando en consecuencia prohibido a tales funcionarios divulgar la información obtenida. Y sanciona a los funcionarios que infrinjan esto con pena hasta de hasta 8 años.

Así mismo, Rico (2005) señala que:

> La única ley destinada a la protección de la intimidad de las personas es la Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones del 16 de diciembre de 1991, que tiene por objeto proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas, pero se refiere solamente a la intercepción u obstrucción de las comunicaciones telefónicas quedando excluidas las comunicaciones escritas privadas. Pág. 263.

De igual modo, la Ley de Protección al Consumidor y Usuario (2004), una norma importante para el tema que tratamos, en el artículo 37 al establecer, la obligación de garantizar la privacidad y confidencialidad de los datos de los usuarios, imponiendo al proveedor el deber de utilizar medios adecuados que permitan la privacidad de los consumidores o usuarios, así como la confidencialidad de las transacciones realizadas de forma tal que la información intercambiada no sea inteligible para terceros no autorizados que tengan acceso a ella voluntaria o accidentalmente. En la misma disposición se establece como dice Rico (2005) la obligación de señalar: "*de manera suficiente los fines para los cuales el proveedor utilizará está información a terceros no relacionados con el negocio, y bajo qué circunstancias pudiera darse este supuesto.*" Pág. 277

En Venezuela existe el Centro de Digitalización del Consejo Nacional Electoral (CNE), que es la autoridad nacional de Trámites y Permisos en Venezuela, y también el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) que son instituciones del Estado venezolano, que manejan la información de los nacionales, y además están interconectadas, ésta información actualmente puede ser básica, pero de todos modos se trata de datos privados de las personas del país que si se van interconectando con todas las instituciones del Estado, podrían igualmente crear perfiles, por lo que es importante tener las herramientas para proteger a los ciudadanos de los abusos que puedan existir por parte del Estado al trasmitir y utilizar esta información.

En el ámbito del derecho comparado, el país que cuenta con más leyes y regulaciones en la materia son los Estados Unidos, que posee leyes desde el año 1970, pero es en 1986, como señala Rico (2005):

> Como consecuencia del auge alcanzado por las comunicaciones electrónica, donde fue promulgada la Electronic Communications Privacy Act, destinada a regular la privacidad de las comunicaciones electrónicas prohibiendo las intervenciones no autorizadas, el acceso no autorizado a mensajes almacenados en los sistemas computarizados, así como la intercepción de mensajes durante su transmisión. Pág. 265.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

Modernamente se encuentra la Ley de intercambio de información sobre la ciberseguridad, que es una Ley Federal de USA, trazada para perfeccionar la ciberseguridad en los Estados Unidos mediante un mayor intercambio de información sobre amenazas de ciberseguridad y para otros fines. Esta Ley permite el intercambio de información sobre el tráfico de internet entre el Gobierno y las empresas de tecnología y fabricación.

El Proyecto de Ley se presentó en el Senado el 10 de Julio de 2014 y se aprobó en el Senado el 27 de Octubre de 2015. Pero los opositores cuestionan el valor de esta Ley, porque consideran que pasará la responsabilidad de las empresas privadas al gobierno, lo que aumentará la vulnerabilidad de la información personal privada, así como la dispersión de información personal privada en siete agencias gubernamentales, incluida la Agencia de Seguridad Nacional y la policía local de ese país.

El texto del proyecto de ley se incorporó mediante una enmienda en un proyecto de ley de gasto consolidado en la Cámara de los Estados Unidos el 15 de Diciembre de 2015, que fue promulgado por el Presidente Barack Obama el 18 de Diciembre de 2015.

En la Unión Europea, existe el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) que impide que algunas redes sociales compartir los datos para su propio interés, con ninguna persona natural o jurídica. De hecho, las grandes empresas se vieron en la obligación de crear una especie de sub-empresa para los usuarios europeos, por lo que se ha logrado, a través de estos mecanismos, frenar los abusos de las grandes empresas digitales.

Éste reglamento también ha obligado a que las estas compañías que manejan datos de información personal, reestructuren las condiciones o políticas para los 27 países que conforman la Unión Europea y han estado obligados a negociar las cláusulas con la Comisión Europea, incluso esta comisión ha tenido que sancionar con multas de millones de dólares a algunas personas jurídicas por la violación de estos acuerdos.

De igual modo, específicamente en España, existe la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal del 13 de Diciembre de 1999. Ésta es una norma jurídica española cuyo objetivo es *"garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos*

fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar."

La norma entró en vigor el 14 de Enero del año 2000 para regular el tratamiento de los datos personales. Cualquier empresa que maneje datos de carácter personal de sus clientes debe cumplir esta ley que, a grandes rasgos, establece lo siguiente: 1. Obligación de dar de alta los ficheros de datos en la Agencia Española de Protección de datos; 2. Obligación de elaborar y mantener actualizado el Documento de Seguridad. El documento de seguridad recoge las medidas que aplica la empresa para cumplir con la LOPDC y 3. Obligación de Obtener la legitimidad de los afectados.

En cuanto a la exigencia del consentimiento del interesado, es de advertir que la propia LOPDC establece ciertas excepciones basadas en razones de interés público que permiten el tratamiento de datos independientemente del cumplimiento de estos requisitos, el régimen de excepciones está consagrado en el artículo 6.2. El artículo 6 consagra:

> Tratamiento basado en el consentimiento del afectado. 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. 2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas. 3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual.

La Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo ha sido desde siempre uno de los tribunales más atentos al desarrollo del nuevo modelo interpretativo relativo a la privacidad, acogiendo la idea de un derecho relacionado a la identidad personal y a la autodeterminación del individuo, sobre

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

en el caso específico de todos con el derecho a la protección de los datos personales que se relacionan con la vida privada.

El artículo 8.1 de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal como lo cita Ávila y Otros (2008) dice que:

> ´cada persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia´ determinando, y progresivamente ampliando el significado a asignar a los conceptos de ´vida privada´ y ´correspondencia´ (CEDU, Sentencia Malone c. Reino Unido, 2 Agosto 1984 (corte plenaria) serie A n.82; Sentencia Gaskin c. Reino Unido, 7 Julio 1989, corte plenaria, serie A n.160; Sentencia Z. c. Finlandia, 25 Febrero 1997.), sentando así las bases de la positivización de un derecho al control consciente sobre cada forma de circulación de las propias informaciones personales.” Pág. 327.

La Unión Europea también ha publicado el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de Abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) creado por la Directiva Europea sobre Protección de Datos, en el que se establece que es obligatorio tener dentro de todas las empresas europeas un delegado especializado de protección de datos que asesore a las compañías en estos temas, y además crea en el artículo 51 una o varias autoridades públicas independientes, autoridad de control, que se encarga de supervisar la aplicación del reglamento, con el fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y de facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión.

Ahora bien, el principal problema que se presenta en las negociaciones celebradas, a través de internet en el momento de prestar el consentimiento para el tratamiento de datos personales, se relaciona directamente con la inclusión en los contratos de condiciones generales donde se inserta una cláusula tipo,

autorizando al proveedor a incluir los datos personales de los clientes en una base de datos y utilizarlos después de efectuada la transacción.

Rico (2005: 270) dice que en estos casos, es importante que "*la redacción de la cláusula sea clara, de manera que no deje lugar a dudas que el titular de estos datos ha manifestado su consentimiento en forma inequívoca para el tratamiento posterior, tal como lo establece la ley*." Pero no sólo es importante tener clausulas claras, sino también leyes que regulen estos contratos, normas generales que limiten los abusos y procedimientos que protejan las futuras violaciones a estas leyes, limitaciones y contratos.

La prueba electrónica o digital se define, como toda aquella información con valor probatorio, que se encuentra incluida en un medio electrónico o que es transmitida por dicho medio. Por ello cabe distinguir dos modalidades básicas de prueba electrónica: 1. Los datos almacenados en sistemas o aparatos informáticos; 2. La información transmitida electrónicamente a través de redes de comunicación.

En cualquier orden jurisdiccional, la identificación y uso de la prueba electrónica recorre las siguientes fases: 1. Obtención de la información: Las partes han de acceder a la información de forma lícita, sin violar los derechos fundamentales. 2. Incorporación de los datos al proceso: Para que los datos sean incorporados al proceso deben cumplir unos requisitos: pertinencia, necesidad, licitud y admisibilidad procesal. 3. Valoración de los datos incorporados: Por último, y si cumplen los requisitos anteriores sobre obtención e incorporación, la prueba electrónica será objeto de valoración por parte del juez o tribunal. Por lo tanto, el primer requisito fundamental para la prueba digital sea incorporada válidamente a un proceso judicial es la licitud, es decir, haber sido obtenida de manera lícita, sin violentar ningún derecho fundamental.

De la Torre (2009) señala:

> A diferencia de los medios de prueba tradicionales, la prueba digital tiene las siguientes características: 1. **Intangible**: La prueba digital es intangible, no pudiendo apreciarse

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

> directamente a través de los sentidos, sino mediante complejos procesos informáticos. 2. **Replicable**: La prueba digital se encuentra en formato digital, pudiéndose copiar o replicar tantas veces como se desee. Con ello se plantea el problema de distinción de la originalidad, el cual se declara como trivial para su adquisición de fuerza probatoria si se puede acreditar indubitadamente que original y copia son exactos, bit a bit. 3. **Volátil**: La prueba digital es mudable, inconstante por su propia naturaleza intangible, y especialmente sujeta a la posibilidad de modificación o alteración, lo que añade especial complejidad para que una prueba digital adquiera capacidad probatoria. 4. **Deleble**: La prueba digital puede ser fácilmente destruida, no siendo necesaria la destrucción del soporte digital que la contiene. 5. **Parcial**: En ocasiones, la prueba digital está formada por múltiples ficheros informáticos, repartidos en distintos soportes digitales y localizaciones, como por ejemplo un sistema de información en la nube, lo que añade todavía más complejidad en su aprehensión y preservación.

Puede hablarse indistinto de pruebas electrónicas, digitales o tecnológicas, y como se trata de mensajes de datos, el Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firma Electrónica (2001) señala en su artículo 4, que la promoción de estas pruebas debe hacerse como medio de prueba libre, tomando en cuenta el *principio de libertad probatoria*, pero la admisión y evacuación de estas pruebas *sí representa un desafío para los jueces modernos*, y llegamos específicamente al punto que nos interesa en esta investigación, porque en Venezuela la admisión de las pruebas está supeditada a la legalidad, licitud y pertinencia de la prueba, por lo que es necesario determinar si las pruebas electrónicas que compartimos en un red social son lícitas o no.

La admisión y práctica de la prueba digital, como dice De la Torre (2009):

> No constituye un algo mágico ni arbitrario, sino que responde a un régimen jurídico que requiere, en ausencia de normativa legal adecuada, de un esfuerzo de aproximación de los conceptos procesales a la realidad tecnológica habitual en la

sociedad de la información, en muchos aspectos, aún en proceso de construcción.

En primer lugar, y más importante, se debe conversar acerca de la forma en que aceptamos los términos de privacidad, puesto que basta con un clic para poner en manos de las compañías digitales el uso, tratamiento y divulgación de nuestra información, poniendo muy en duda la forma en que el usuario expresa su consentimiento, porque como abogados se entiende que basta el consentimiento para que el contrato exista, pero en estos casos no hay opción de rechazarlo, sólo se tiene la opción de dejar de utilizar la red social, cosa que sucede con cualquier contrato de adhesión, y es aceptado así, pues la mayoría de los contratos públicos o privados de suministros de bienes y servicios modernamente, son contratos de adhesión, y decir que estos no son válidos, paralizaría casi todo el mercado y sería imposible el tráfico económico.

Por lo tanto, lo que debe existir son normas que los regulen y organismos que los fiscalicen, es decir, vías a través de las cuales se dé protección al consumidor mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno Derecho, y a través de la vigilancia por las instituciones públicas de la actuación de las empresas, en algunos casos, la comercialización de productos esenciales se regulan directamente por el Estado mediante normas imperativas, de forma que el estado suplanta el consentimiento de las partes y lo sustituye por una relación jurídica regulada previamente de forma equilibrada. El intervencionismo puede tener distintos grados, y puede abarcar la casi totalidad de la relación contractual.

El otro punto importante, es la suscripción del contrato de adhesión, puesto a diferencia de los otros contratos de adhesión que conocemos, como por ejemplo, el de la energía eléctrica o el de la empresa que nos suministra internet en nuestros hogares, la suscripción, firma o aceptación es a través de darle clic al botón de aceptar; no existe un traslado físico a la empresa y tampoco firmamos manuscritamente un contrato y tampoco se realiza a través de los que modernamente se utiliza para verificar la voluntad digitalmente con una firma electrónica, puesto que si hay una firma no hay duda de la inequívoca voluntad de suscribirlo, sino con un simple clic, que la mayoría de los usuarios no entiende

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez ● Pág.: 232 – 262

que alcance puede tener. Pareciera que es la forma moderna de estar de acuerdo y suscribir contratos, y entendemos que es legal, pero inevitablemente se vuelve entonces a la necesidad de la regulación.

Aun así, siendo que el contrato sea válido, es importante analizar en segundo lugar si, viéndose el Juez en la obligación de admitir las pruebas, por considerarlas legales, licitas y procedentes, bien reservándose el derecho a inadmitirlas en sentencia definitiva o admitiendo por el principio de *favor probationen,*[2] ¿Cuál sería la forma de aportarla válidamente al proceso?

Para la evacuación de estas pruebas el Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firma Electrónica en su artículo 4 remite a lo previsto para las pruebas libres, y esto no es más que la analogía a otros medios de prueba ya existentes, o la forma que determine el juez; creemos que será necesario, debido a las características de las pruebas digitales, la celebración de una audiencia especial probatoria, en la que a través del mismo medio electrónico el juez verifique la prueba, y será necesaria la intervención de un perito informático forense público o privado, que se encargue de acreditar la validez de la prueba, no sólo por la licitud y legalidad de la prueba y determinar que se obtuvo de manera adecuada, porque no se violó la intimidad de la persona; sino también determinar que no se alteró, modificó o eliminó información necesaria para que la prueba sea considerada válida.

Es de vital importancia, para De la Torre (2009):

> Que el dictamen pericial informático recoja las circunstancias de la obtención de la prueba digital de la forma más detallada posible. La obtención de una prueba digital que pueda desplegar valor probatorio en un proceso judicial consiste en: 1. **Acreditación del origen y existencia de los datos**. Ésta se puede hacer mediante fotografías, grabación de vídeo, participación de testigos y/o el concurso de un fedatario público o tercero de confianza que den fe sobre el particular. 2. **La licitud de la**

[2] Cuando el Juez tiene dudas de la admisibilidad de la prueba, es preferible admitirla, ya que se causa menos daño admitiendo y desechándola en sentencia definitiva, que no admitiéndola siendo relevante para el caso.

> **obtención de los datos**, es decir, su obtención sin vulnerar derechos fundamentales ni normativa de aplicación sobre el particular. 3. **La no alteración de los datos**, y pérdida de información relevante, en el momento de acceder el perito informático a su origen o continente, por su propia naturaleza o por descuido negligente de éste. 4. **El acceso a datos en poder de la otra parte** en el litigio, si fuera el caso.

Por lo tanto, el Juez deberá analizar todas estas consideraciones y en caso de no cumplirse todos estos requisitos necesariamente deberá considerar que las pruebas no son válidas.

Ahora bien, ¿Se puede establecer diferencia entre las pruebas obtenidas de perfil privado o público?, es decir, si el perfil de una cuenta es público y voluntariamente el usuario aporta información, documentos, fotos, grabaciones, quiere decir, que se trata necesariamente de pruebas lícitas, evidentemente si seguimos el mismo criterio que se tiene hasta ahora con las demás pruebas, todo lo que es público o lo que ocurre en lugares públicos, es entiende obtenido de manera lícita y entendemos entonces que no viola necesariamente la intimidad o privacidad, puesto que el usuario voluntariamente lo hace público, y las redes sociales son espacios públicos, aún más si el perfil no tiene limitaciones de acceso y permite que cualquier persona lo vea.

Es importante aclarar que el hecho que sea lícito, o que la obtención no viole la intimidad, no quiere decir que sea legal o pertinente, o que no viole el orden público y las buenas costumbres, por ejemplo, si se publican fotos o videos en un perfil público, se deben tener como lícitas, pues su obtención así lo fue, pero si se trata de desnudos, pues no pueden ser legales y van contra las buenas costumbres, por lo tanto, no podrán ser aportadas válidamente en juicio y aún aportadas no serán válidas.

Pero también es útil aclarar que en el supuesto, que la cuenta esa hackeada, entonces si encontraríamos un supuesto de prueba ilícita y el responsable de la violación será el hacker, que debe tener la sanción penal del artículo 20 de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos, si logra descubrirse su identidad, cosa que también requiere de especialistas peritos en la materia. Pero ¿Qué sucede si

la red social, sí posee limitaciones de acceso, solamente para los usuarios que se acepten previamente? A pesar que la red social este programada en forma privada, el contenido que se comparte es público para los usuarios aceptados, así que de igual forma existe cierta publicidad, a pesar de ser limitada, por lo que estas pruebas igualmente se consideran obtenidas de manera lícita porque no violan la privacidad.

En relación a la información que no publicamos, sino a la información o datos que manejan las empresas digitales a través de la inteligencia artificial o intercambio de datos o a través de la llamadas "*cookies*", como lo son la ubicación geográfica de los dispositivos, o la conexión con personas, o la lista de contactos, entre otras, de las que ya hemos comentado; esta información si puede violar nuestra privacidad e intimidad, por lo que las normas o medidas de regulaciones deben ser mayores y consideramos además que deben cumplir los mismos requisitos que la intervención de comunicaciones, es decir, únicamente por que existe una investigación pendiente, por necesidad de los órganos de investigación y únicamente en determinados casos que ameritan por proporcionalidad de principios la violación de la intimidad o privacidad.

CONCLUSIONES

Son realmente muy pocos los mecanismos que hay en Venezuela para la protección de la información y datos personales íntimos que están contenidos en los espacios digitales, porque a pesar que la Constitución Nacional establece la protección a la privacidad, y existe para nosotros la acción de *Habeas Data* como un mecanismo tendiente a proteger ese espacio privado de las personas, es decir, como una herramienta para defenderse de las intromisiones, tanto por parte del Estado como de los particulares; no existen los mecanismos para que se haga efectiva esta protección, ni leyes especiales o reglamentos que limiten estos contratos de adhesión con las instituciones públicas o privadas.

En Venezuela tenemos algunos pequeños avances, primero con la Ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica, que consagra que estos mensajes de datos

estarán sujetos a las disposiciones constitucionales y legales y que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y el acceso a la información personal.

El Ministerio correspondiente debe crear un organismo especial que se encargue de este tema, puede tratarse de un organismo que regule, asesore, fiscalice y controle los contratos digitales y el uso de la información que almacenan estas compañías en forma amplia.

También tenemos la Ley Especial contra los Delitos Informáticos en materia penal, que consagran penas para las personas que revelen información y tipifica como delito la revelación, el abuso o aprovechamiento de los datos electrónicos que pueden atentar contra la privacidad de las personas.

La única ley destinada a la protección de la intimidad de las personas es la Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones del que tiene por objeto proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas, pero se refiere solamente a la intercepción u obstrucción de las comunicaciones telefónicas quedando excluidas las comunicaciones escritas privadas, determinando los motivos y formalidades legales para intervenir comunicaciones privadas.

Y por último está la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, una norma importante para el tema que tratamos, al establecer la obligación de garantizar la privacidad y confidencialidad de los datos de los usuarios, imponiendo al proveedor el deber de utilizar medios adecuados que permitan la privacidad de los consumidores o usuarios, así como la confidencialidad de las transacciones realizadas, de forma tal, que la información intercambiada no sea inteligible para terceros no autorizados que tengan acceso a ella voluntaria o accidentalmente. En la misma disposición se establece la obligación de señalar de manera suficiente los fines para los cuales el proveedor utilizará está información a terceros no relacionados con el negocio, y bajo qué circunstancias pudiera darse este supuesto.

En relación a la información que no publicamos, sino a la información o datos que manejan las empresas digitales a través de la inteligencia artificial o intercambio de datos, su divulgación, venta y uso sí puede violar nuestra privacidad e intimidad, por lo que las normas o medidas de regulaciones deben

ser mayores y creemos que además, debe darse únicamente por que existe una inequívoca autorización sin derivar necesariamente de un contrato de adhesión, sino indicar, tal como se autoriza en algunas páginas *web* especificando cada rubro por separado, y así poder estar de acuerdo o no en cada punto de manera independiente y con el derecho del usuario a no aceptar las políticas y no por eso prohibir el acceso o uso de la misma.

Además se cree, que es posible que el Estado acceda a esta información cumpliendo los mismos requisitos que la intervención de comunicaciones de igual forma puede investigación pendiente, por necesidad de los órganos de investigación y únicamente en determinados casos que ameritan por proporcionalidad de principios la violación de la intimidad o privacidad, suponiendo que existen motivos suficientes y que hay una orden de un juez competente.

Es necesario crear órganos, vías y leyes a través de las cuales se proteja al consumidor, mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno Derecho, y a través de la vigilancia por parte de las instituciones públicas de la actuación de las empresas, pero para eso son necesarias leyes o políticas de estado que regulen y controlen estos contratos, como lo que sucede en la Unión Europea con normativa internacional, por ellos es importante que haya leyes y mecanismos internacionales para resolver el problema internacionalmente, consideramos que por ahora la forma adecuada para esto es a través de la organización de países, como en el caso europeo para negociar los términos con estas grandes compañías y mientras tanto, le corresponde a cada Estado dirimir los conflictos en sede jurisdiccional, apoyándose en las normas de derecho internacional privado, en contra de las grandes compañías por la defensa del derecho a la privacidad, alegando la violación de la intimidad o por violación de algunas cláusulas contractuales, así como lo hizo el Consejo Francés en 2016 que multo a Google con 100.000 mil Euros por no eliminar los datos a nivel mundial, aunque posteriormente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señalara que solamente se aplicará en los estados miembros; pues no existe un tribunal universal para ningún caso, evidentemente menos para estos temas.

Creemos, que para próximas reformas debe estudiarse como referencia y tomarse en cuanta el REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL

CONSEJO de 27 de Abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) creado por la Directiva Europea sobre Protección de Datos, en el que se establece que es obligatorio tener dentro de todas las empresas europeas un delegado especializado de protección de datos que asesore a las compañías en estos temas y establece las creación de entes reguladores de estos derechos.

Se propone, que las pruebas electrónicas, digitales o tecnológicas se promuevan como medio de prueba libre, y deben admitirse si son legales y pertinentes, así se trate de pruebas obtenidas en redes sociales o mediante la orden judicial, ya que el contrato de adhesión que se suscribe, a través de un clic por los momentos es válido, hasta que exista una ley que regule otra cosa. La forma en la que se puede evacuar la prueba digital es celebración de una audiencia especial probatoria, en la que a través del mismo medio electrónico el juez verifique la prueba. Y será necesaria la intervención de un perito informático forense público o privado, que se encargue de acreditar la validez de la prueba, no sólo por la licitud y legalidad de la prueba y determinar que se obtuvo de manera adecuada, porque no se violó la intimidad de la persona, sino también determinar que no se alteró, modificó o eliminó información necesaria para que la prueba sea considerada válida. La publicidad de las redes sociales opera así la cuenta sea pública, o reservada para un grupo de personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ávila, F. M.-Castaldo, K.-Urdaneta, A. (2008) Los Derechos a la Intimidad y a la Privacidad en Venezuela y en el Derecho Comparado En "*Revista Telemática de Filosofía del Derecho.*" Nº 11. Págs. 313-333 http://www.rtfd.es/numero11/18-11.pdf

Cabrera, J. E. (2010) "*La Prueba Ilegítima por Inconstitucional*." Ediciones Homero. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 1010.

De La Torre, P. (2009) "*Prueba Digital en el Proceso Judicial*." https://indalics.com/blogperitajeinformatico/pruebadigital#:~:text=Se%20refiere

%20a%20cualquier%20clase,una%20categor%C3%ADa%20de%20prueba%20tecnol%C3%B3gica

Mejan, L. M. (1994) "*El Derecho a la Intimidad y a la Informática*." Editorial Porrúa. México D.F., México. Págs. 318.

Meréndez, U. (2014) *"Sentencia Google Spain Y Derecho al Olvido."* Revista Actualidad Jurídica. Madrid, España. Págs. 9. https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4370/documento/fe04.pdf?id=5584#:~:text=derecho%20al%20olvido,La%20sentencia%20del%20Tribunal%20de%20Justicia%20de%20la%20Uni%C3%B3n%20Europea,y%20sin%20que%20se%20eliminen

Ossorio, M. (1999) "*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*." Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. Págs. 1038.

Rico, M. (2005) "*Comercio Electrónico, Internet y Derecho*." Editorial Legis. Bogotá, Colombia. Págs. 346.

Rojas, M. E. (2011) "*Eficacia de la Prueba Obtenida Mediante Irrupción de la Intimidad*." Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. https://books.openedition.org/uec/159?lang=es

Tudares, C. (2015) *"El Derecho al Olvido y Google."* Red Venezolana de Derecho Informático. Caracas, Venezuela. http://revederin.blogspot.com/2015/06/el-derecho-al-olvido.html

Gaceta Oficial Nº 5.453 Extraordinaria del 24 de Marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Resolución 217 A (III) del 10 de Diciembre de 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Gaceta Oficial N° 34.863 del 16 de Diciembre de 1991. Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones.

Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de Febrero de 2001. Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firma Electrónica. Venezuela.

Gaceta Oficial N° 37.313 del 30 de Octubre de 2001. Ley Especial contra los Delitos Informáticos.

Gaceta Oficial N° 39.930 del 04 de Mayo de 2004. Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantías de Derechos Personales. España (2000).

Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, de 30 de Julio de 2010, núm. R/01680/2010, Procedimiento núm. TD/00650/2010, fundamento de derecho duodécimo.

Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y Del Consejo. Fecha: 27 de Abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) creado por la Directiva Europea sobre Protección de Datos.

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **Asunto C-131/12**. Caso: Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos Personales, Mario Costeja González. Fecha: 13 de Mayo 2014.

Sentencia N° 10 de la Sala Constitucional. Tribunal Supremo Justicia de Venezuela. Expediente N° 04-1310. Habeas Data: Caso Tomás Mariano Adrián Hernández. Fecha 01 de Marzo 2016. Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE VENEZUELA

THE CONSTITUTIONAL JUSTICE OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF VENEZUELA

Jean-Denis Rosales Gutiérrez[1]
https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.09

"Todos estamos bajo la Constitución,
pero los Jueces dicen ¿Qué es la Constitución?"
HUGHES (1907)

Fecha de Recepción: 05 de enero de 2022 **Fecha de Aprobación:** 01 de abril de 2022

RESUMEN

*La presente investigación pretende desarrollar la conexión existente entre la Justicia Constitucional y los Derechos Fundamentales -aun cuando la categoría de los Derechos Fundamentales no se halla tipificada en la Constitución de 1999- pues la aludida tipología fue creada pretorianamente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC-TSJ), así, como algunas garantías jurídico-constitucionales propias de éste tipo de derechos, como el contenido esencial "**Wesensgehalt**," a través, del mismo mecanismo anteriormente mencionado. Durante la primera década de la vigente Constitución de 1999, el máximo intérprete de la Constitución creó, y negó, a través de varias, y distintas sentencias –en ocasiones a través de una- la existencia de los Derechos Fundamentales y sus accesorios: las garantías; incluso la posibilidad, de acudir a instancias judiciales para solicitar su protección ante las abusivas intromisiones de los Poderes Constituidos. El método utilizado fue el dogmático. Nunca se utilizó una acción de nulidad contra una Ley para un caso así.*

Palabras Clave: Derechos Fundamentales, Tutela Judicial Efectiva, Justicia Constitucional, Contenido Esencial.

ABSTRACT

*The next investigation aims develop the connection which exist between the Constitutional Justice and the Fundamental Rights -even yet, when such typology of the Fundamental Rights it does not tipificated in the current Constitution (1999), because the mentioned typology count with a Pretorian creation of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice. The last goes too with constitutional guarantees such a "**Die Wesensgehalt**," through the last same juridical method. The first decade of the current Constitution of the 1999, the highest interpreter of the Constitution created and negated, trough many, and different court decisions –sometimes did the same weird thing, with just one- the existence of the Fundamental Rights and its accessories: la guarantees; even, the possibility to active the courts powers to protect from abusives intromissions of the constituted powers. The method used was the dogmatic. Never,*

[1] Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA): *Mención Cum Laude*. Segundo de la Promoción. Profesor Asistente de Derecho Constitucional. Profesor Colaborador de Derecho Administrativo I y II de la Universidad de Los Andes (ULA). Especialista en Derecho Tributario (ENAHP-IUT). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ). Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM). Venezolano-Español. **Correo Electrónico:** jeanrosales1984@gmail.com. http://orcid.org/0000-0003-1744-3281.

it has been active the powers of constitutional chamber for a case like this against a Law, which it violates the Wesensgehalt.

Key Words: Fundamental Rights, Guardianship's Courts Effectiveness, Constitutional Justice, Wesensghehalt.

INTRODUCCIÓN

El título no es muy sugestivo, pues acaso ¿no es la justicia constitucional una justicia para la eficacia de los Derechos Fundamentales? A simple vista sí, pero la vital justicia constitucional, también puede ser de suma utilidad para asegurar la completa viabilidad de una sociedad con la resolución de conflictos positivos de competencias entre dos órganos rectores de los Poderes Públicos Constituidos; equivalentemente, la misma justicia constitucional, también puede utilizarse para asegurar la coherencia del orden normativo instaurado constitucionalmente con ayuda de los juicios de nulidad contra las leyes, o, de colisión entre leyes. Y por último, la justicia constitucional, es una auténtica pieza clave para la aseguración del vigor de los Derechos Fundamentales de los distintos tipos de administrados. Con un simple conflicto entre los poderes públicos constituidos, los administrados también pueden ver fácilmente achicado su derecho subjetivo a la paz política.

A veces, esas diferentes modalidades de la justicia constitucional, pueden coincidir en un mismo caso, a través de dos, o de tres, de los anteriores criterios, que orientan el funcionamiento de la justicia constitucional de una Nación. Pero, lo cierto es que, siempre, y de alguna manera experimentadamente inevitable, no puede escaparse, de que dicha justicia constitucional esté ligada con los Derechos Fundamentales. La justicia constitucional, no es una justicia pura y simple de los Derechos Fundamentales, es una justicia, que busca asegurar la eficacia del texto constitucional, distinto es, que los distintos y variados Derechos Fundamentales que son reconocidos y la justicia constitucional, se encuentren fusionados, hasta ser finalmente, un solo cuerpo ideológicamente definido, con un método de estudio.

A partir de aquí, surge ineludiblemente otra arista alineadora de la justicia constitucional de los Derechos Fundamentales. ¿Debemos referirnos a los Derechos Fundamentales en un sentido *in abstratus* o en un sentido *in concretus?* La pregunta tiene una característica sumamente importante en un sentido

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

teórico, y en especial práctico, en vista de que, en un sentido *in concretus*, los Derechos Fundamentales son vulnerados con las actuaciones positivas o negativas, tanto de los Poderes Públicos como por los administrados. Y entonces, los Tribunales, pero sobre todas las cosas, la Sala Constitucional como máximo intérprete del Texto Constitucional, incumbe pronunciarse al respecto, sobre si existe una vulneración o no, y como debe proceder a solventarse dicha situación de una forma sumamente apremiante.

De paso, en un sentido in *abstractus*, es de especial jerarquía conocer los pronunciamientos teóricos de nuestra polémica Sala Constitucional al momento de delimitar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales, porque del aludido pronunciamiento teórico modelador con ayuda de la dogmática jurisprudencial, puede conocerse *in abstractus*, y en especial, de una manera casuística, la manera correcta de limitar, restringir y suprimir un Derecho Fundamental cualquiera. La interpretación *in concretus* acabará siendo una total interpretación consecuencial de la interpretación *in abstractus*, donde la segunda interpretación orienta la adecuada forma de emplear a la norma constitucional –*legal también, en sintonía constitucional*- con las diferentes modalidades interpretativas-aplicativas: ampliativas, restrictivas, limitativas y supresivas de los derechos subjetivos, en distintos tipos de escenarios geográficos, temporales, e incluso con la variable, de quien es su titular.

De esta manera, incumbe a los Derechos Fundamentales –**DF**, o a los **DH**- un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que forman los presupuestos del consenso sobre el que debe edificarse cualquier sociedad democrática. Una de sus funciones más relevantes, es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático, al que la mayoría de los administrados prestan su anuencia y condicionan su deber de obediencia al Derecho. La Constitución de 1999, es un pacto cohesionador con ayuda de los DF tipificados –**eso es correcto: tipos**- en su respectivo articulado.

Comportan también así, la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como un elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista. Desde los inicios del constitucionalismo, hasta el presente, los Derechos Fundamentales han representado la principal garantía objetiva con que cuentan los administrados de un Estado de Derecho, de que el sistema jurídico y

político, en su conjunto, se orientará hacia el respeto y promoción efectiva de la persona humana, presentándose, por tanto, como el marco básico para la protección, efectiva, de las situaciones jurídicas subjetivas, desde su núcleo duro axiológico: la dignidad.

El análisis de estas decisivas tareas, que tocan a los Derechos Fundamentales articulado copiosamente con la Tutela Judicial Efectiva y la Justicia Constitucional, es el objetivo prioritario del presente artículo científico.

DESARROLLO

1_. La Teoría de los Derechos Fundamentales en los Sistemas Constitucionales.

A_. La Función de los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo Actual.

La Constitución Alemana de 1949 –*Ley Fundamental de Bonn*- es un moderno ejemplo de Constitución técnicamente muy precisa, en cuanto a la lingüística y a los términos semánticos utilizados para regular con un enorme sentido de cohesión social, al pueblo alemán sobre su Espacio Territorial, y en cuanto a su proyección internacional para el continente y el mundo, y, que constituye un modelo a seguir a otras Constituciones Europeas, como la CE-1978, tras el *Pacto de la Moncloa*, y la Constitución Suiza, Austriaca, Portuguesa, Colombiana y Venezolana, entre otras.

La Constitución Española de 1978 puede calificarse de ambiciosa. No así el Texto Constitucional Venezolano de 1999, debido a las enormes imprecisiones de tipo lingüístico que influyen en su aplicabilidad, y en vista de eso, en cuanto a su efectividad en el terreno social, frente a sus destinatarios directos e indirectos. La Constitución de 1999 fue redactada por un minúsculo grupo de expertos reunido con un grupo inmenso de dirigentes políticos poco *doctos* en la materia jurídica, que finalmente impusieron su visión desordenada del cosmos social venezolano, bajo la inspiración del nuevo y pujante Constitucionalismo y Garantismo Español.

Aun así, por contraste con otros textos constitucionales del momento, que se limitaban a establecer una sucinta declaración de los derechos fundamentales

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

de los administrados y sobre la organización y funcionamiento efectivo de los poderes públicos de países de la Región, la Constitución, si fue ambiciosa, pero no alineada con las grandes posturas doctrinales del constitucionalismo moderno europeo.

En este sentido, la Constitución de 1999 es una norma amplia y detallada, que no tan sólo regula, los aspectos esenciales de la vida estatal, sino que configura y define la posición jurídica de los administrados en sus relaciones con los poderes públicos, y entre sí. Por tanto, puede afirmarse, que la Constitución Venezolana de 1999, al igual que las Constituciones de esa época en palabras de **Pérez Royo** (1984) "esta es particularmente ambiciosa en lo que concierne a la fijación del Estatuto de los Derechos Fundamentales." Pág. 55. Por ejemplo, el término: "*Toda persona*," de los artículos 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28 y 31 constitucionales son reales garantías constitucionales sustantivas, o, procesales, genéricas, para cualquier administrado, nacional o extranjero, ubicado en el territorio nacional: *Son sus Garantías Genéricas*.

Es evidente, que en los numerosos artículos dedicados en dicho Título III,[2] o, desparramados por otros títulos, y en las declaraciones del Preámbulo de la CRBV, a delimitar el sistema de Derechos Fundamentales, abundan muchas afirmaciones, difícilmente traducibles en realidades concretas, al menos, en un plazo inmediato. Pero no debe olvidarse, que la extensión y ambigüedades de esa tabla de derechos y libertades, responde a las propias condiciones en que se forjó. De una parte, el tránsito del "*clientelismo popular*" a una "*democracia participativa*," con el supeditado deseo de plasmar constitucionalmente, el mayor número de libertades inicialmente deportadas por el *Puntofijismo*, como las Libertades Económicas. De otra parte, la propia ambigüedad de las condiciones políticas, que han acompañado el proceso de transición, del *Puntofijismo*, a lo que existe hoy, después de 21 años de su vigor.

De tal modo, que de una interpretación auténtica del Constituyente de 1978 en España puede explicarse, porque se pone especial énfasis en ampliar al máximo la relación de Derechos Fundamentales, queriendo anticipar así, una respuesta a los *cahiers de doléances* de la sociedad española, deseosa de vivir en un

[2] El Título III de la Constitución de 1999 de Venezuela comienza con las Sección I: Disposiciones Generales de los Derechos Humanos; y allí, el artículo 19, hasta el 31, con las Garantías Universales a los **Gründrecht** de la República de Venezuela.

régimen de libertad, tras haber soportado un largo período de dictadura y represión. Pero, de una interpretación institucionalista de los **Gründrecht** de la Constitución de 1978, puede aseverarse de una manera conclusiva, en iguales términos, que nuestra *Carta Magna* de 1999, fundó la levadura ideológica inspirativa de la mayor parte de la cultura jurídica actual, que predomina en gran parte de los juristas venezolanos.

Por tal motivo, es sumamente comprensible, que las fuerzas políticas, que más directamente concurrieron a la redacción del texto constitucional, llegaran a un fácil consenso, o a un compromiso sobre la necesidad de atribuir a los Derechos Fundamentales, un protagonismo prioritario en el nuevo sistema jurídico-político conformado por la *Carta Magna* de 1999, pero, sin que ello implicara un acuerdo sobre el contenido y función de tales derechos. Una buena prueba, es el *principio de vinculatoriedad de los Derechos Fundamentales a los Poderes Públicos* como ocurre en el sistema Alemán y Español, y, que doctrinariamente es aceptado en Venezuela:[3] los Poderes Públicos, deben adecuarse a los Derechos Fundamentales. ¡No hay otra!

Una gran parte de la equivocidad, imprecisión y ambigüedad de la CRBV-1999, es la contrapartida ineludible del compromiso, que contribuyó certeramente, a evitar que sus medidas informadoras respondieran a una orientación partidista o sectaria. De ahí, que la contradicción y vaguedad de algunos de los preceptos que sancionan el sistema de los derechos fundamentales, sean fruto del complejo y arduo consenso entre quienes, con la CRV-61 deseaban instituir una garantía del *status-quo* económico-social, con aquéllos que CRBV-1999, para quienes, el cambio político, y, el propio establecimiento de un amplio marco de libertades públicas, era impensable sin una profunda mutación de las estructuras socio-económicas.

---

[3] **Peña, J.** (2008) "*Lecciones de Derecho Constitucional General. Tomo II.*" Ediciones UCV. Caracas, Venezuela. Pág. 482. La mayoría de las Constituciones actuales suelen proclamar en sus Disposiciones Preliminares, que constituye una función esencial del Estado, la defensa y el desarrollo de la persona a **su dignidad**, hasta tal punto, que las normas sobre derechos son superiores a las normas sobre poder ubicadas en un mismo plano, ya que los primeros son los que determinan la actuación del Poder Público. De hecho, el artículo 2 Constitucional culmina con que en Venezuela "*predomina la preeminencia de los Derechos Humanos*." De tal modo, que en caso de conflicto entre ambos tipos de normas, acabará siendo aplicada la norma contentiva del Derecho Humano.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

La CRBV-1999 fue para los sectores políticos conservadores: el balance; o, la meta de llegada del proceso de transición iniciado, tras la muerte del *Pacto de Punto Fijo*, tras 40 años de Democracia-Social corroída por la corrupción y otros vicios, en tanto, que para las fuerzas progresistas (MBR-2000) significó el punto de partida, esto es, el preludio anticipador de un amplio programa de renovación, que para algunos incluso fue, de **revolución**, de los cauces jurídico-políticos y económico-sociales de convivencia.

Las circunstancias apuntadas han gravitado poderosamente sobre todos los instrumentos de positivización de los Derechos Fundamentales, condicionando su arquitectura sistemática, que se resiente de una acusada complejidad. En base a la propia experiencia de los textos constitucionales, la Doctrina suele distinguir tres grandes sistemas de positivización constitucional de los **Gründrechts**:

a) *Mediante Clausulas Generales*, esto es, de declaraciones filosóficas, o postulados que enuncia genéricamente los valores superiores, o los principios básicos (libertad, igualdad, justicia, dignidad humana y el pluralismo político) sin explicitar su contenido;

b) *Mediante Catálogos*, esto es disposiciones especiales o casuísticas, que pormenorizan el alcance de los distintos tipos de **Gründrechts** reconocidos; y,

c) un *Sistema Mixto*, esto es, un procedimiento técnico-constituyente empleado en aquellas constituciones, que tras el enunciado expreso de los grandes principios sobre los Derechos Fundamentales, que se formulan detalladamente en el articulado, el catálogo sistematizado de los principios rectores de cada Derecho Fundamental en una norma.

La CRBV ofrece un paradigma de complejidad, que hace sumamente difícil su elaboración sistemática expresa, casi en su totalidad, en este aspecto puntual. Es evidente, que la *Constitución Venezolana* (1999) revela a un sistema de positivización mixto por llevarse a cabo lo mismo, a partir de cláusulas o postulados generales, que de normas específicas o casuísticas. No obstante, hay excepciones: el artículo 69 Constitucional referente al Derecho de Asilo de los administrados-extranjeros.

Ahora bien, la CRBD formula de las normas constitucionales contentivas de los **Derechos Fundamentales** rebasa la tipología aludida (*De Mixta*), ya que se

entiende, que en la CRBV pueden distinguirse, hasta 5 instrumentos distintos de positivización, que, ordenados de mayor a menor, aparecen como:

1) ***Los Valores Superiores*** del orden jurídico-político-constitucional. Bajo esta acepción, el artículo 2 en su parte *in fine*, alude a los Derechos Fundamentales en el ***Preámbulo de la Constitución***, que vienen a representar la síntesis de los valores básicos, en sentido análogo a aquello que la doctrina germana denomina: ***Gründwerte***, asumidos por el más amplio sector de la sociedad venezolana actual. Allí, la norma constitucional 2 dice, que Venezuela es un Estado gobernado por los valores superiores allí reflejados: *la libertad, justicia, igualdad y el pluralismo político*.

2) ***Los Principios Constitucionales***: Aquí quedarían englobados una serie de principios dirigidos a delimitar el marco político, social y económico, que va a determinar las modalidades de ejercicio de todos los Derechos Fundamentales, como también, una serie de postulados encaminados a orientar la acción de los poderes públicos.

En este sentido, el artículo 21.2 Constitucional: "*Todas las personas son iguales ante la Ley; en consecuencia: 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 aquéllas personas, que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y sancionará los abusos o maltratos, que contra ellas se cometan.*"

De igual modo, el artículo 3, que tipifica a la dignidad: "*El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad…*" que establece como criterio hermenéutico de los Derechos Fundamentales registrados en la Constitución de 1999, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y, los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre estas materias, que fueron ratificadas por Venezuela. De igual modo, los artículos 32 al 129 de la Constitución, y, los artículos 299 al 310 Constitucionales, que poseen como contenido "*El Régimen Socio-Económico de la Nación*," afirmando que informarán "*la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes Públicos*."

De igual forma, el artículo 141 Constitucional Venezolano –equivalente al artículo 103.1 Español- precisa, en efecto, "que la Administración Pública actúa

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho." Examinado en sí mismo, este precepto es realmente notable, puesto que presupone de manera inequívoca que existe un Derecho que tiene origen distinto de la Ley, donde esos principios básicos, y esos derechos fundamentales prestacionales son precisamente valores, y, además *valores abiertos*.

El TCE subrayó varias veces con reiteración, a través de Sentencias de 31 de Mayo de 1981 y el 08 de Junio de 1981; del 05 de Mayo de 1982 y el 22 de Noviembre de 1982; el 17 de Mayo de 1983; del 03 de Julio de 1983; todas las cuales García (1982) "*hablan en forma explícita de la Constitución como un sistema de valores, y de valores por cierto, normativos, y no meramente ordenamentales o retóricos*." Pág. 95.

3) *Clausulas Generales*: Un numeroso grupo de Derechos Fundamentales acogidos en el articulado de la Constitución, y positivizados como tales Derechos, y no como principios jurídicos, se encuentran remitidos a la legislación orgánica para la delimitación de su alcance y contenido, donde puede citarse el artículo 86 con la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social; o el artículo 83 con el Derecho a la Salud, o con el artículo 112 tocante con el Derecho a la Libertad Empresarial.

4) *Normas Específicas o de Carácter Casuístico*: La CRBV proclama también en su articulado una serie de derechos de forma pormenorizada, sin hacer referencia a su ulterior desarrollo legal, de lo que se infiere, que su positivización constitucional va a ser la normativa configuradora de su alcance y significación.

Tal es el caso de la Libertad Económica según el artículo 302 constitucional con el tema de la Reserva Económica Sucesiva como técnica de intervención estatal en los asuntos económicos; o, con el tema de la igualdad como principio jurídico garantístico genérico de la totalidad de los Derechos Fundamentales.

5) *Normas Constitucionales de Tutela*: La CRBV-1999 constitucionaliza al *Ombudsman*, o, Defensor del Pueblo en el artículo 282, que representa una notable garantía institucional de los Derechos Fundamentales, inclusive de aquéllos cuya naturaleza prestacional, no se duda en el terreno fáctico, como los derechos sociales.

B_. El Alcance Normativo de los DF Formulados como Valores y Principios.

El sistema de positivización anteriormente reseñado invita a un análisis más detenido de alguno de sus aspectos de mayor interés, como puede serlo, cuanto atañe al significado jurídico de los valores y los principios constitucionales, así como a los instrumentos de garantía establecidos por la Carta Magna para la tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades.

La distinción entre el sistema jurídico de positivización, a través de valores y principios, y, de normas específicas no carece de trascendencia práctica, ya que, mientras, la doctrina no contiende el alcance jurídico-positivo de los Derechos Fundamentales promulgados por dicho sistema casuístico, se da una profunda disparidad de criterios sobre el sentido normativo de los valores y principios.

Ya, que para ciertos autores, los valores y principios constitucionales son meros postulados programáticos, reflejo de ciertas ideologías filosóficas o políticas, que por su propia esencia no pueden traducirse en reglas obligatorias, para otros, si constituyen auténticas normas jurídico-positivas, que si imponen determinadas conductas, sea al Poder Legislativo, sea al Poder Ejecutivo, o al Sistema de Justicia, al Poder Ciudadano, o, al mismo Poder Electoral.

Indiscutiblemente, partiendo de una Teoría General de la Constitución en un sentido principista y axiológico, la normatividad de los valores y principios se prueba por la existencia de los llamadas "*normas constitucionales inconstitucionales*" expuestas por el jurista Alemán **Otto Bachoff,**[4] como *Endonormas Constitucionales* o **Verfassungswidrige Verfassungsnormen**. Así, se intenta subrayar a la primacía hermenéutica de los valores, hasta el punto de determinar la inconstitucionalidad de las propias normas constitucionales, que contradigan su sentido;[5] no solo, las normas infra-constitucionales.[6]

A este respecto, en favor de la normatividad de los valores y principios de la CRBV (1999), se puede también aducir su protección reforzada en relación con

[4] **Bachoff, O.** (1979) "*Wege zum Rechtstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*," *Athenaum Verlag*, Königstein. Págs. 1 y ss.

[5] Ello significa, que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional, que la garantiza exigen, que la interpretación de todo el sistema jurídico se haga conforme a la Constitución (**fassungskonforme Auslegung von Gesetze**). **Kelsen, H.** (1969) "*Reine Rechtlehre*." Deuticke. Wien, Österreiche. Pág. 343.

[6] **García De Enterría, E.** (1982) "*La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*." Editorial Civitas. 2° Edición. Madrid, España. Págs. 97 y 230.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

los requisitos para el cambio constitucional, al considerarse como elementos esenciales del sistema jurídico consagrado por la Carta Magna (Artículos 340-350). Por otro lado, aunque la Constitución postula el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios y valores jurídicos implícitamente vía artículo 7 Constitucional: *Principio de Supremacía Constitucional Material*; el acatamiento de aquello ordenado por la Constitución, de esa lectura amplia y extensiva de la función informadora de los principios y valores jurídicos constitucionales, en su conjunto responde, la Tesis del Tribunal Constitucional con la **Sentencia N° 85** del 24 de Enero de 2002: "*Los DF responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico*."

Dicha Tesis también es avalada jurisprudencialmente como normatividad de los principios y valores jurídicos de la CRBV, texto fundamental, que, reconoce la posibilidad de interponer la acción de nulidad contra cualquier actuación legal violatoria de la Constitución, en su integridad (Artículos 336.1, 336.2, 336.3 y 336.4 Constitucionales); que además, "*…éstas pueden fundarse en la infracción de cualquier precepto constitucional, o en cualquiera de sus partes*." Por tanto, esta también, si puede fundamentarse en la infracción de los principios y valores constitucionales.

Conviene al propio tiempo señalar que la necesidad de desarrollo legislativo de los Derechos Fundamentales constitucionalizados como los principios y valores jurídicos, así como de aquéllos, que han sido enunciados en forma de cláusulas generales, no debe conducir a interpretaciones, que afecten, o comprometan su significación normativa, o, menos aún, que impliquen la negación de su *status* jurídico-positivo. De ahí, que deba rechazarse como falaz la Tesis, que sostiene el obstáculo de su invocación y aplicación, hasta tanto, no se hubieren promulgado las Leyes, que los reglamenten.

C_. Aproximación al Concepto de los Derechos Fundamentales.

La reflexión sobre el significado actual de los Derechos Fundamentales, así como la reseña histórica trazada por los expertos sobre su formación y proceso evolutivo,[7] permiten avanzar ahora, algunas precisiones terminológicas

[7] **Ferrajoli, L.** (1999) "*Derechos y Garantías*." Editorial Trotta. Madrid, España. Pág. 37. **Carbonell, M.** (2002) "*Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*. Comisión Nacional de Derechos

tendentes a definir su concepto. De cuanto hasta aquí, se ha expuesto, se desprende según Pérez (1984):

> Los derechos fundamentales han sido fruto de una doble confluencia: a) De un lado, suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivización y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro, que se plasma en el Estado de Derecho; de otro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales. Pág. 43.

Por tanto, los Derechos Fundamentales aparecen como la fase más avanzada del proceso de positivización de los derechos naturales en las Constituciones del Estado de Derecho; proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los Derechos Humanos. Cierto, los términos jurídicos "*Derechos Humanos*" y "*Derechos Fundamentales*," son utilizados, muchas veces, como puros sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones.

Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término "*Derechos Fundamentales*" para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto, que la formula "*Derechos Humanos*" es más usual para designar los Derechos Naturales positivados en Declaraciones y Convenciones Internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la *dignidad*, *libertad* e *igualdad* de la persona, que no han alcanzado un estatuto-jurídico positivo.

Menos convincentes es, el criterio, que postula, que mientras, los Derechos Fundamentales son garantizados constitucionalmente a los ciudadanos, en cuanto miembros de un determinado Estado; mientras, que dichos Derechos Humanos

---

Humanos. México D.F., México. Pág. 40**. Isense, J./Kirchhof, P.** (1992) "*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. *T. V*." Hidelberg, Deutschland. Pág. 3 y ss.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

se refieren a los formulados también positivamente en los Textos Constitucionales con validez general para todos los hombres, y sin hallarse, por tanto, reducidos a un determinado grupo de personas. Diferencia peligrosa para un Estado de Derecho, pues esta lo resquebraja con la violación a la igualdad jurídica de los administrados, en nacionales y extranjeros.

La anterior Tesis Jurídica pretende verse avalada por el hecho de que algunas Constituciones entre ellas la Española (1978), Colombiana (1991), Venezolana (1999) marcan expresamente ésta diferencia al emplear, cuando se proclaman a Derechos Humanos, las expresiones "*Todos*," "*Toda persona*," "*Nadie*," "*Los Ciudadanos*," y los "*los Españoles*, o, *los Colombianos*, o *los Venezolanos*."

Este criterio resulta inaceptable, porque si se ciñe a la Constitución de 1999, convierte un criterio diferenciador taxativo lo que en muchas ocasiones ha sido mero fruto de las preferencias terminológicas del Constituyente. Por ejemplo, es evidente, que cuando la *Carta Magna* proclama en su artículo 21 la igualdad jurídica de los Venezolanos ante la Ley, no lo hace sólo en su condición de ciudadanos del Estado, sino en cuanto personas, como se infiere, de que a renglón seguido, ese artículo prohíbe a cualquier tipo de distinción o discriminación "*por razón de origen, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*."

A lo que cabe añadir, que existen varios artículos de la actual Constitución de 1999, en que los Derechos Fundamentales se formulan con expresiones tales como: *se garantiza*; *se reconoce*; lo que, de aceptarse este criterio distintivo basado en la literalidad del enunciado, dejaría sin resolver su adscripción a la mención de los Derechos Humanos, o, a Derechos Fundamentales.

Además, que este planteamiento incurre en el equívoco de confundir los Derechos Fundamentales con los Derechos Civiles, y, los Derechos Humanos con los Derechos Personales, cuando la mayor parte de las Constituciones Democráticas reconocen en su sistema de Derechos Fundamentales, lo mismo a los Derechos Personales, que a los Derechos Civiles. De igual modo, que las Declaraciones y Convenios Internacionales incluyen en sus catálogos de Derechos Humanos a las 2 modalidades (Personales y Civiles) de Derechos.

Para evitar los inconvenientes de esta Tesis parece más oportuno volver al planteamiento inicial, es decir, tomar como criterio distintivo el diferente grado

de concreción positiva de estas 2 categorías. En los usos lingüísticos jurídicos, políticos, e incluso comunes de los actuales tiempos, el término "*Derechos Humanos*" aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos, que la noción de los "*Derechos Fundamentales*." En Venezuela, Casal Hernández (2010) "…ha optado por la expresión Derechos Fundamentales para aludir a los derechos garantizados constitucionalmente…" pág. 11.

Los Derechos Humanos suelen venir entendidos por Pérez (1984) como un "*Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*." Pág. 46. En tanto, que con la noción de los Derechos Fundamentales según el mismo Pérez (1984) "*se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y, que suelen gozar de una tutela reforzada.*" Pág. 46.

Los *Derechos Humanos* aúnan a su significación descriptiva aquellos derechos y libertades reconocidos en las Declaraciones y Convenios Internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también, aquéllas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y, que debiendo ser objeto de positivización, no lo han sido. Los Derechos Fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas, e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho Positivo. Por tanto, se trata siempre de derechos subjetivos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico del Estado de Derecho.

Aunque, para **Peces-Barba** (1995) "al tratar este tema no debe incurrirse en ningún sustancialismo lingüístico, es decir, en la creencia de que cada uno de los términos enunciados, corresponde a una esencia de la que es inseparable." Pág. 37. No obstante, **Stein** (2008):

> Una de las singularidades de esta evolución, es que aquí los derechos fundamentales, se enlazan con los Derechos humanos, sin perder su sentido propio, dado que aquéllos, son

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

> interpretados teniendo en cuenta lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pág. 419.

Existe una fusión fáctica de los conceptos jurídicos. Así, **Ehlers** (2003):

> La expresión derechos fundamentales ha trascendido a la esfera supranacional o comunitaria, lo cual explica que hoy, sea frecuente encontrar obras jurídicas dedicadas al estudio de los "*Derechos Fundamentales Europeos*," en alusión a los amparados en el ámbito de la Unión Europea, como también la referencia a un espacio europeo de los Derechos Fundamentales, o a un Derecho Constitucional Europeo, dentro del cual, los Derechos Fundamentales ocupan un lugar central.

De igual manera, Weber (2001):

> Esta visión trate de establecer, al margen de la literalidad de una determinada Constitución, es decir, con prescindencia del uso del término Derechos Fundamentales en sus disposiciones, los contornos teóricos de la categoría de los Derechos Fundamentales, como concepto capital del Constitucionalismo. Los estudios correspondientes usan la expresión derechos fundamentales para efectuar análisis teóricos-generales o dogmáticos-comparativos centrados en los Derechos constitucionalmente asegurados.

2_. La Tutela Judicial Efectiva ante los Derechos Fundamentales Contenidos en la Constitución. Sus Fundamentos.

El nacimiento de la Justicia Constitucional exige la aceptación previa de la idea de la supremacía constitucional, la tutela judicial efectiva y el contenido esencial de los Derechos Fundamentales (***Wesensgehalt***). La primera constituye un aspecto sustantivo formal de la justicia constitucional. El tercero constituye un aspecto sustantivo material de la justicia constitucional. En cambio, el segundo un aspecto procesal de la justicia constitucional. Pero en cualquiera de

los tres casos, estos aspectos puntuales del sistema constitucional, constituyen sendas garantías del Estado Constitucional.

A_. La Supremacía Constitucional:

La Justicia Constitucional puede ser vista como consecuencia de la supremacía constitucional, ya que si la Constitución es realmente suprema, no puede permitir, que la normas inferiores contradigan su mensaje imperativo. Por ello, se hace necesario articular un mecanismo que fiscalice la adecuación de las normas inferiores a la norma fundamental, y, que de esta forma, también fiscalice, que cada actuación estatal –positiva o negativa- en una ley, sea acorde a la Constitución.

El principio de la supremacía de la Constitución se asienta en el carácter normativo de la Constitución, que hace de esta, no un conjunto de principios programáticos, sino una verdadera norma jurídica contentiva de reglas, principios y valores. Esa línea de pensamiento en que se funda la Justicia Constitucional, *encuentra sus orígenes remotos en la idea de la existencia de diversos tipos de normas, con distinta capacidad de vinculación, de modo que algunas de ellas están por encima de las otras*.[8] Ya para **Platón**, el Derecho tenía que reflejar el orden divino de las cosas, y no se podía modificar para satisfacer intereses de individuos o determinados grupos.[9] **Santo Tomás de Aquino** escribió en su *Obra Summa Theologica*: "Las Leyes que violen el Derecho Natural no tienen efecto vinculante."

B_. La Tutela Judicial Efectiva y los Derechos Fundamentales:

En el Siglo XVI, **Domingo De Soto** (1968) decía "Las Leyes más sacrosantas sin Jueces dignos son frutos cadavéricos de una razón difunta." Pág. 268. En el Siglo XVIII, **James Madison** (1987) decía:

[8] **Fernández, J. J.** (2002) "*La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*." Madrid, España. Pág. 7.
[9] **Cappelleti, M./Cohen, W.** (1979) "*Comparative Constitutional Law*." New Yokr, New York, U.S.A. Pág. 7.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

> Si se incorporaba a la Constitución -las referidas Enmiendas- unos Tribunales de justicia independientes se considerarán así mismos, de modo peculiar los guardianes de aquellos derechos esos Tribunales serán un baluarte impenetrable contra cualquier usurpación de poder por parte del legislativo o del Ejecutivo.

Y el *Chief Justice* **C.E. Hughes,** Presidente de la CSJ Estadounidense (1930-1941), haciendo balance de la labor desarrollada por aquéllos Tribunales dijo:

> *En nuestro sistema, el individuo encuentra seguridad en sus derechos, pues puede solicitar la protección de los Tribunales, que representan la capacidad de las comunidades para dictar un fallo imparcial tan libre como sea posible de la pasión del momento y de las exigencias del interés o del perjuicio*.

Las reflexiones que preceden ilustran acerca de la relevancia de los órganos jurisdiccionales en cuanto se refiere a la protección de los Derechos. Contra lo que pudiere pesarse, esta relevancia no es peculiar de los países Anglo-Sajones, con un sistema jurídico diferente al de los países Europeo-Continentales, sino que bien, al contrario, se cree exagerar si, se afirma, que la clave de arco de la protección de los Derechos, de cualquier país radica en el tiempo del control judicial. Y ello, es fácilmente comprensible, si se advierte con **Verdú**, que los sistemas de protección judicial de los Derechos presentan unas garantías de objetividad, imparcialidad y preparación del órgano judicial, que los convierte en los más completos y perfectos para asegurar los Derechos.[10]

La justicia ordinaria puede ser considerada de esta forma como el árbitro natural y primario de protección de los Derechos Fundamentales. **Häberle** (1991) considera "…a los órganos que la integran como, a los Tribunales de los Derechos Fundamentales de cada día."[11] De tal modo, que, las declaraciones de Derechos, para no constituir una pura evasión ideológica, necesitan de la mediación judicial, entendida como previsión de la posibilidad de reclamar en juicio contra

---

[10] **Verdú, L.** (1955) Derechos Individuales, En "**Nueva Enciclopedia Jurídica Seix**." Tomo VII. Barcelona, España. Pág. 54.

[11] **Häberle, P.** (1991) El Legislador de los Derechos Fundamentales, En Antonio López Pina. Ediciones "*La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*." Thomsom-Civitas. Madrid, España. Pág. 336.

el acto de poder, o que tenga su origen en un particular desconocedor de un Derecho.

Bien, es verdad, que para que esta mediación sea efectiva el órgano judicial, unipersonal o colegiado, deberá contar ante la comunidad con un prestigio por encima de toda duda, y actuar con una objetividad, que nadie, ciudadanos, ni el Poder Público, puedan rechazar. Sólo así, **Peces-Barba** (1980):

> Sus fallos crearán impacto en la evolución política de la comunidad de que se trate, y serán respetados por ésta. Y para que esto sea así, el órgano judicial deberá gozar de un Estatuto, que le garantice una verdadera independencia, frente a los poderes políticos.[12]

Como advirtió **Charles Eisenmann,** no es la imparcialidad de los Jueces lo que se debe buscar para garantizar el derecho positivo, sino su independencia.

La garantía básica de los derechos residirá en un determinado modelo de jurisdicción, que garantice la independencia de los Jueces y Tribunales, y que salvaguarde los derechos procesales de justiciable. Sólo de esta forma podrá sostenerse, que la jurisdicción se inviste de autoridad de los justos, y, por lo mismo, se legitima. **Cappelleti** (1984) alega "*la legittimita democrática della giurisprudenza, diversamente da quella delle branche politiche, non depende afatto dalla rappresentativita (e dal rispetto di una volonta maggioritaria dei rappresentanti), mabensi dalla sua processualita ossia dalle fondamentali caratteriristiche modali del* **judicial process**)."[13]

La competencia de los órganos judiciales ha alcanzado una amplitud impensable, sólo unos 70 años atrás, que se manifiesta en su intervención directa o indirecta en las más diversas esferas del orden social. La necesidad de vivificar los Derechos Fundamentales, de acomodarlos a las necesidades cambiantes de la vida social, de actualizar y llenar de substancia su contenido, ha potenciado,

---

[12] **Peces-Barba, G.** (1980) "*Derechos Fundamentales*." 3° Edición. Latina Universitaria. Madrid, España.
[13] **Cappelletti, M.** (1984) "*Giudici Legislatori?"* Giuffre Editore. Milan, Italia. Pág. 126.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

hasta tal extremo, el papel de los Jueces, que se ha llegado a afirmar, que el Juez se ha convertido hoy en un actor político, o en un *Law Maker*.

Ello no quiere decir, sin embargo, que no se haya incrementado de modo sustancial el alcance de aquello que **Bentham** llamaba "*Judiciary Law*," esto es, la participación de los Jueces en la evolución, la modernización, y, en definitiva, la creación misma del Derecho Fundamental. Es evidente, que al tutelar pretensiones subjetivas, los Jueces realizan una importante tarea de concreción de los ámbitos de cada Derecho, donde, puede sostenerse de nuevo con ayuda de **Capelletti**, que los Derechos Fundamentales, genéricos y abstractos, como necesariamente son formulados en las Cartas Constitucionales, más que por obra de los teóricos, pueden ser afirmados, aquilatados, o lo que es igual, convertidos en positivos y concretos, sobre todo por la obra práctica y cotidiana de los Jueces.

Todo esto, queda engarzado en el principio del garantismo, que desde los tiempos del Constitucionalismo Liberal-Conservador instituyó la idea del Estado de Derecho, que en términos simples queda configurado como un bien engranado sistema de garantías preservador de la efectividad de los Derechos Fundamentales de los administrados. En este sentido, el garantismo queda como un principio, que según **Pérez Royo** (2000) "establecido en forma categórica en simples rasgos de los Derechos Fundamentales: a) Eficacia Directa; b) Vinculación a los Poderes Públicos; c) La Indisponibilidad para el Legislador de su Contenido Esencial; y d) el Control Judicial." Pág. 79.

Por tanto, conceptuados de esa manera, los Derechos Fundamentales dejan de ser meras declaraciones retóricas contenidas en la Constitución, a disposición del Legislador, para pasar a ser verdaderos derechos susceptibles de ser ejercidos por los administrados, y respetados por los Poderes Públicos, en virtud de ser indisponibles para éstos, y al mismo tiempo por estar vinculados por dichos derechos.

En fin, el diseño en sí mismo implica la prefiguración de un conjunto de garantías puestas a disposición de las personas, las cuales pueden hacer uso de ellas, frente a todos los poderes, y también, frente a otros particulares, mediante los recursos, que los distintos ordenamientos consagran en tal sentido, tales como el Amparo, el Habeas Corpus, y, en el caso Venezolano, los mecanismos de la constitucionalidad, a través del sistema concentrado o difuso, así como, la

señalada garantía orgánica o institucional derivada de la actuación del *Ombudsman*.

El principio del garantismo, al cual se hizo presencia en Venezuela con la tutela judicial efectiva en el actual artículo 26 Constitucional, implica la protección de cualquier tipo de derecho fundamental individual, colectivo o difuso, e incluso opinan algunos, también de simples expectativas de derecho.

C_. El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales.

El *contenido esencial de los derechos fundamentales es una garantía constitucional sustantiva indicativa del límite de la limitación de un derecho fundamental cualquiera de los administrados ante la injerencia regulativa del Estado en su búsqueda por ponderarla, frente al interés general de la colectividad*. Y, que no tiene un reconocimiento de tipo constitucional, como puede observarse de su lectura, más si de la Jurisprudencia Constitucional de la SC-TSJ y de la Sala Político-Administrativa.[14]

Die Wesensgehalt, *es una garantía constitucional*, pues esta tiene un pleno reconocimiento constitucional,[15] o, esta es trabajada jurisprudencialmente por la propia SC-TSJ. *Es una garantía sustantiva*, pues a diferencia de las demás garantías constitucionales externas, esta se halla ubicada en el interior del Derecho bajo la combinación de varios atributos, que conjuntamente, otorgan una diferenciación jurídica ostensible, frente a los restantes Derechos, o, porque su **supresión** haría perder al Derecho,[16] su auténtica, o, verdadera razón de ser. *Esta es indicativa del límite de la limitación*, pues esta parte del DF dice, hasta donde puede penetrar la regulación invasiva del Estado como **schranken-schrank.**[17] **Die Wesensgehalt** es

[14] **Casal, J.** (2006) "*Derechos Humanos y su Protección: (Estudios Sobre Derechos humanos y Derechos Fundamentales)*. UCAB. Caracas, Venezuela. "La categoría del contenido esencial del derecho ha sido adoptada incluso en ordenamientos, que no contemplan expresamente en sus Textos Constitucionales, en ocasiones, de manera un tanto crítica. "Pág. 72. Venezuela y Colombia son dos buenos ejemplos.

[15] La Constitución de 1999 no reconoce formalmente a dicha garantía como parte de los DF. La **SC-TSJ**: Sí, hasta que en el 2012 eliminó esa garantía para la libertad económica, en vista de la supresión de su categoría como DF.

[16] En la Teoría de los DF hay que diferenciar entre Delimitar, Limitar, Restringir y Suprimir. **Lasagabaster, I.** (1997) "*Relaciones de Especial Sujeción y la Legalidad Administrativa*." Civitas. Madrid, España. Pág. 279.

[17] Schranken-Schrank significa: "Límite de la Limitación de un Derecho Fundamental."

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

además, una garantía genérica de *cualquier DF*, sin excepción cuya irrazonable y desproporcional destrucción indignifica la posición baluarte del administrado en la sociedad. **Die Wesensgehalt** es una parte básica del DF que puede ser solamente delimitada por la SC-TSJ o la AN: –con una Ley Formal.[18]

La referida delimitación del **Wesensgehalt** del **DF** se consigue, a través de una ponderación jurídica argumentativa entre la mensurabilidad de la regulación y el DF. Y el contenido esencial si bien, tiene por regla respetarse en aras de la vigencia permanente de un Estado Constitucional centrado en los DF como piedra angular del sistema jurídico, estos pueden ser excepcionalmente restringidos[19] por intereses estatales superiores como *la Utilidad Pública de la técnica expropiatoria*,[20] o, el *Carácter Estratégico de la Reserva Económica Sucesiva*.[21]

Ahora bien, la tesis del Contenido Esencial lía la interpretación *in abstractus del DF*, a través de dos instituciones monopolizantes de su estudio: 1) **La SC-TSJ** (Función Delimitadora);[22] 2) La AN (Función Complementadora de sus Atributos No Esenciales). Únicamente, la Ley puede tocar atributos no esenciales del DF. De lo contrario, el administrado afectado puede acudir ante la especialísima Justicia Constitucional de un Tribunal o Corte Constitucional, que

---

[18] En la práctica interpretativa conforme a normas, las reglas de conocimiento permiten identificar, las reglas del sistema que regulan dicha práctica, pero no explica como razonan los Jueces, porque la dimensión reformativa del derecho "construye" la decisión y no simplemente la infiere, a partir de las reglas identificadas. **Hart, H. L. A.** (1963) "*El Concepto del Derecho*." Trad. De Genaro Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 134

[19] **Casal, J. M** (2010) "*Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*." Él afirma que esa parte es intocable por los Poderes Públicos Constituidos como Regla. Excepcionalmente puede darse con una colaboración inter-funcional entre los Poderes Públicos. Pág. 277.

[20] Artículo 115. Constitucional Primer Supuesto. **Bermejo, J.** (1999) "*Derecho Administrativo. Parte Especial*." Él afirma como la técnica expropiatoria elimina el contenido esencial del Derecho de Propiedad. Pág. 554.

[21] Artículo 302 Constitucional. 2° Supuesto. **Martín-Retortillo, S.** (1991) "*Derecho Administrativo Económico. Tomo I.*" Él afirma que la Reserva Económica Sucesiva elimina el contenido esencial del Derecho a la Libertad Económica. Pág. 321.

[22] El Derecho no es el resultado de una deducción lógica, sino una práctica social interpretativa que crea o construye instituciones (carácter **rechtsschöpfende** en el sentido de Gadamer). **Dworkin, R.** (1999) "*Los Derechos en Serio*." Trad. De Marta Gustavino. Ariel. Barcelona, España. Pág. 155.

con sus plenos poderes interpretativos y anulatorios, determina la interpretación *in concretus* del DF.[23][24]

A este respecto, son pertinentes las proposiciones de **Prieto Sanchís,** cuando dice, que el contenido esencial cumple con 2 funciones jurídicas complementarias dentro del marco argumentativo a propósito de la limitación de los derechos.[25] La primera función es la llamada autónoma. Ella consiste en recordar a los operadores jurídicos el papel céntrico de los respectivos derechos fundamentales en el Estado Constitucional, o de Derecho, sirviendo de contrapunto a los argumentos económicos o ponderativos. En cierta forma, ello implicaría traducir desde una perspectiva jurídica-positiva de la secular vocación de los derechos fundamentales como "derechos absolutos," "al margen del regateo y del cálculo de intereses sociales para decirlo en palabras de **Rawls** según su "*Teoría de la Justicia*" como modo de interpretar los derechos humanos.

La segunda función del contenido esencial se circunscribe en palabras de **Magdalena Correa** –autora colombiana[26]- "a una exigencia de mayor justificación," una condición que obliga a poner en relación la necesidad y los beneficios que proporciona una regulación legal desde la perspectiva de cierto bien constitucional con los sacrificios que comporta desde la perspectiva de los derechos. Una natural ponderación argumentativa de los bienes jurídicos tutelables con la circunstancia fáctica ameritante de una determinada regulación legislativa, esto es, la "*cláusula*" del contenido esencial quizá deba conducir a una cierta sobrevaloración del sacrificio, y con ello, a una infravaloración de los beneficios, haciendo así más exigente el juicio de ponderación a favor de los

---

[23] **Herbert, G.** (1985) "*Der Wesensgehalt der Gründrechte*." EuGRZ. Históricamente, la consagración de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales se sitúa en la transición del Estado Formal de Derecho al Estado Material de Derecho, y, del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho. Pág. 321.

[24] **Sentencia N° 32**. Sala Constitucional del Tribunal de Justicia. 11 de Junio de 2002. **Caso Jesús Salvador Rendón Carrillo**. Cfr. Así, el contenido esencial de un derecho constitucional, resulta ser un principio, un concepto jurídico indeterminado, que se erige como un límite para el Legislador, determinando la constitucionalidad, o inconstitucionalidad de la actividad de éste, compuesto por todas aquellas facultades de actuación necesarias, para que el derecho sea reconocido como perteneciente al tipo descrito…

[25] **Prieto, L.** (2000) "*La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades*." Revista Derechos Y Libertades Nº8. Enero-Junio. Pág. 440.

[26] **Correa, M.** (2003) "*Limitación de los Derechos Fundamentales. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Nº 71. Temas de Derecho Público."* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

derechos…puesto que los derechos fundamentales gocen de un contenido esencial significa, argumentativamente, que las razones a favor de la limitación han de ser tanto más poderosas, cuanto más lesivas resulten para el contenido del derecho.[27]

La doctrina de la dogmática alemana de todos los derechos fundamentales considera la existencia de 2 teorías acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales: a) La Absoluta b) Y La Relativa. *La Teoría Absoluta* del contenido esencial del derecho significa que este posee un cierto ámbito normativo como el área de 2 círculos concéntricos. Una fundada por el área del círculo interior como un núcleo fijo e imperturbable de tales derechos. Y otra área del círculo exterior, como la parte accesoria o contingente de los mismos. Dicho núcleo sería la parte intocable, cuya intromisión regulativa la tornaría ilícita.

En cambio, la parte contingente puede establecer las restricciones y limitaciones que se razonen necesarias y justificadas. *La Teoría Relativa* dogmatiza que el contenido esencial no está preestablecido y fijo, sino determinable casuísticamente en atención de las circunstancias del caso, tras ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien jurídico protegido por la intervención limitativa.

Ambas teorías son muy importantes a los efectos de determinar cómo será la función regulativa del Estado en la delimitación-limitación de los derechos fundamentales, pues estribando de cual se asuma, esta será diferente. La doctrina en efecto, considera que la intercambiabilidad o complementariedad de ambas técnicas, es determinante para poder evitar, llegar a un punto absolutizante de la técnica regulativa del Estado.

La idea es llegar a un punto intermedio, pues la tesis absoluta es harto inaceptable, ya que se acuerda con el principio de la proporcionalidad, convirtiendo el problema del contenido esencial de todos los derechos en un problema meramente casuístico, que será equilibrado por un contundente juicio argumentativo. Lo cual supone un auténtico y efectivo problema interpretativo del presupuesto factico de la potestad regulativa con la norma reconocedora del derecho fundamental. El juicio argumentativo mediante el cual, se pondera el

---

[27] **Prieto, L.** (2000) "*La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades*." Revista Derechos Y Libertades Nº8. Enero-Junio. Pág. 441.

derecho fundamental y otros bienes o intereses jurídicamente tutelados por la Constitución recibe una carga axiomática según la cual, el derecho fundamental no podrá obtener en manera alguna, el valor **"cero."** Al menos no, sin justificación alguna; tornándose así, el contenido esencial desde una dimensión esencialmente declarativa como una obligación jurídica estrictamente **reglada**, que va dirigida al cuerpo legislador competente.

En realidad, el ámbito de la libertad jurídica[28] no se agota en los derechos fundamentales concretos, sino que viene a coincidir completamente con la propia libertad natural del individuo. Dicho más claramente, todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe reputarse como jurídicamente permitido. Y la extensión a ese ámbito de normas imperativas requiere un respaldo constitucional suficiente; es decir, requiere de la existencia de algún bien o valor que pueda o deba ser protegido en un Estado de Derecho, y cuya garantía exija un cierto sacrificio o limitación de la libertad.[29]

Lo cual supone, un *test de mensurabilidad* necesario para suponer como procedente desde el punto de vista de la legitimidad de la regulación-delimitadora-restrictiva del derecho fundamental –la delimitación supone siempre llegar a estudiar la restricción, y la restricción la delimitación de un Derecho- según los lineamientos del Estado de Derecho. En términos conclusivos, puede decirse además, congregando todos los elementos arriba indicados, *que el contenido esencial de un derecho fundamental es una garantía constitucional sustantiva* ***oponible al legislativo****, e indicativa del límite de la limitación de los DF* ***con ocasión a un título justificativo adecuado de una potestad pública***.

De acuerdo con lo anteriormente mencionado, el contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por el núcleo último de facultades que hacen recognoscible como tal, a un derecho, y sin el cual, él pierde su caracterización. Un esquema, que como puede verse tiene un innegable alcance

[28] Los artículos 2 y 20 Constitucionales de Venezuela desarrollan a la Libertad como principio regulatorio
de la sociedad.

[29] **Prieto L.** (1990) "*Estudios Sobre Derechos Fundamentales*." Debate. Madrid, España. Pág. 163-164.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

definitorio, y que es preciso plantear caso por caso,[30] y no con pretensiones de generalidad, cabe destacar. A veces, incluso, die Wesensgehalt de un derecho fundamental tiene rango constitucional, un aspecto a veces olvidado, por la doctrina patria.

Sin embargo, algunos constitucionalistas extranjeros han podido afirmar, que si bien es cierto, que el contenido esencial del derecho fundamental es también aquél, que puede deducirse directamente de la interpretación de una norma constitucional, puede existir un importante contenido del derecho, *infraconstitucional* o legal, reglamentario inclusive, pero complementario finalmente al contenido esencial, constitucional, que pudiendo alcanzar a tener un rasgo accidental, o exclusivamente coyuntural, o que tiene un carácter periférico a los atributos esenciales del derecho fundamental, estos pueden llegar a ser muy necesarios para que éste pueda tornarse totalmente practicable en la realidad.[31]

Incluso algunos suelen afirmar de la existencia de un contenido no esencial de un derecho fundamental registrado en la Constitución, o incluso a la misma inversa, podemos encontrar, un contenido esencial de un derecho fundamental observado en la legislación ordinaria, o, a, algunos atributos muy puntuales de algún derecho, en un acto normativo de rango sub-legal.

Un ejemplo paradigmático en Venezuela, podrían ser los derechos políticos-electorales, para ser más específico, el tema conexo con el Derecho de la Participación Política a través de los Referéndums.[32]

---

[30] **Nogueira, H**. (2005) "*Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías Y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*." Ius et Praxis. V. 11. Nº 2. Santiago de Chile, Chile.

[31] **Castillo, L.** (2004) "*El Significado del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*." Revista de Derecho de la Universidad de Piura (Perú). Pág. 152.

[32] Constitucionalmente se estipula un contenido esencial del derecho primario. Luego un contenido esencial, secundario, previsto, en normativas de rango sub-legal del Consejo Nacional Electoral. Por supuesto, que esto último quebranta a la reserva legal como principio, pues corresponde a la Asamblea Nacional regular la configuración del contenido esencial del Derecho. Sin embargo, ello se intentó en el año 2016 con la Ley Orgánica De Referendos, pero desafortunadamente nuestra SC-TSJ anuló dicha Ley. Dejando al CNE, el monopolio normativo sobre la temática refrendaria, esto, en un sentido politológico. Y peor aún, luego, en Septiembre del mismo año, en un perfecto caso de mutación Constitucional, se cambió el contenido esencial de ese derecho político, jurisprudencialmente, a través de la misma Sala Constitucional, modificando el criterio "Nacional" de la recolección del 20% de las firmas necesarias para el

Así, la **STCE del 16 de Noviembre de 1981**[33] expone: las cuestiones que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por éste Tribunal…y para cada caso en concreto. Un planteamiento, que si nos ponemos a entender a cabalidad, es completamente empírico, que hasta el instante no ha sido referido jurisprudencialmente al artículo 38 –La Libertad de Empresa como Derecho en el Reino de España por cierto- y que hay que asumir un tanto, por vía aproximativa, básicamente, a través del enjuiciamiento negativo de si una determinada medida o técnica, en concreto, afecta –incide o quebranta- o no en el que puede considerarse como contenido esencial de un determinado derecho.[34]

Por último, un Catedrático de origen Alemán llamado **Lothar Michael** de la Universidad Heinrich-Heine de Dusseldorf expone, que el susodicho contenido esencial, es más una figura retórica que de carácter dogmático de la protección de los derechos fundamentales.[35] Sin olvidar, que el contenido esencial es considerado como un arma anti-tiranía contra los poderes públicos.[36]

Otros autores reflexionan en cambio, al ***Wesensgehalt*** como una muy depurada técnica garantística atañida con la adecuada interpretación

---

Referendo Revocatorio, a un "sentido estadal," es decir, del 20% por cada Entidad Estadal. Por si fuera poco, en nuestra opinión, el último aparte del artículo 233 Constitucional vulnera el contenido esencial del Derecho Político al Referendo Revocatorio, pues de celebrarse el respectivo Referendo Revocatorio dentro de los 2 últimos años del Periodo Presidencial, este derecho político, se tornaría nugatorio, pues se estaría revocando al Presidente Ejecutivo, más no al respectivo Partido de Gobierno, que lo postuló como Presidente. De tal manera, que ese artículo 233 aparte único, sería un extraño caso de una norma constitucional, contraria a los artículos 6 (La Alternabilidad como una Garantía de los Derechos Políticos) y 72 (El Derecho Político al Referendo Revocatorio) de la Constitución. De tal manera, que sería recomendable la separación del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno en personas separadas, y por unos procedimientos separados. El Primero por elecciones universales, directas y secretas; y el segundo por el método parlamentario tradicional.

[33] STCE es un acrónimo que hace referencia a una Sentencia del Tribunal Constitucional Español.

[34] La sentencia anteriormente mencionada versaba sobre un caso de un derecho constitucional de rasgo social como el derecho de huelga frente a la Libertad Económica de los Operadores Económicos.

[35] www.ugr.es/redce/REDCE11/articulos/06Lothar_Michael.htm. **Lothar Michael** (2009) ¿El Contenido Esencial como Común Denominador de los Derechos Fundamentales en Europa? Traducido por Cristina Elías Méndez.

[36] **Rodríguez, M. L.** (1996) "*El Problema de los Derechos Fundamentales en la Doctrina Española Y su Tratamiento en la Doctrina del Tribunal Constitucional*." Anales de Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna. Nº 13. Pág. 75. Las Palmas, España.

constitucional de un acto legislativo, tras carearlo con un riguroso test de compatibilidad con la Constitución.[37]

Los derechos fundamentales sólo pueden ceder ante los límites jurídicos que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o inmediata se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos.[38]

Los derechos fundamentales entonces, no son solo una declaración expresa del Constituyente, es también una interpretación de normas de rango constitucional, o mejor aún, de normas legales cotejadas mediante un test de compatibilidad material-formal a los fines de determinar la entera procedencia de la regulación, del contenido regulador del acto normativo objeto de análisis. Los temas del contenido esencial, como una garantía constitucional están siempre ceñidos a lo anteriormente mencionado, por esa razón, la importancia, indiferentemente de su no reconocimiento constitucional en la Constitución de 1999. La jurisprudencia constitucional venezolana así lo demuestra tras 21 años de vigencia de la Constitución con sus pocas sentencias.

Y el constitucionalismo actual, lo explica cuando expresa que los derechos pueden representarse como límites o prohibiciones que pesan sobre el legislador.[39]

De tal modo, que incluso con el tema del contenido esencial de los derechos fundamentales, cabe la posibilidad de afirmar a la *Tesis de la Interpretación de los Derechos Fundamentales In Abstracto*, en tanto que, éste espinoso tema apareja complejos problemas que a veces se presentan como casos de limitación de los derechos, donde tal vez, estos no serían tales, o bien la ley penetra en el recinto prohibido y entonces es inválida, o bien no lo hace y

---

[37] **Luciano A.** (1981) "*El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional: A Propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 08 de Abril de 1981*." En Revista de Derecho Constitucional. Año Nº 1. Nº 3. Madrid, España. Pág. 172.

[38] Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 57 de 1994.

[39] Naturalmente, no todas las prohibiciones que pesan sobre el Legislador adoptan la forma de derechos fundamentales; y, por otra parte, éstos últimos no deben concebirse tampoco desde una perspectiva sólo defensiva o negativa, como el núcleo de lo que el Legislador "no puede hacer", sino que ofrecen una dimensión positiva o directiva de ciertas esferas de la acción política. Pero a los efectos que ahora nos interesan, creemos que no hay impedimento en considerar, que los derechos, más concretamente, las libertades y garantías individuales, se configuran ante todo como un ámbito prohibido por la Ley.

entonces el asunto nada tiene que ver con el régimen de los derechos; es verdad, que en éste último caso una norma legal imperativa que condicione la conducta de los ciudadanos puede aparecer *prima facie* como una limitación, pero si, tras la debida interpretación resulta que no afecta a los derechos fundamentales, su validez será incuestionable, pues no hay que pensar, que toda conducta se halla en principio amparada por un Derecho.

Ignacio de Otto lo expresa con suma claridad. La cuestión reside en la delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que llama como la protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata, sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental.[40]

3_. La Interpretación de los Derechos Fundamentales y la Mensurabilidad.

El estudio del *Contenido Esencial* conjuntamente con el *Principio Jurídico de la Mensurabilidad* implica como Tesis, la interpretación *in abstractus* de los DF, pues como dice la doctrina venezolana (la jurisprudencial incluida): **Die Wesensgehalt** "es invocado como un parámetro para la determinación de la constitucionalidad de las injerencias en Derechos Fundamentales."[41] No obstante, para Casal (2010):

> La posición de Latinoamérica en general, es la tendencia a emplear la noción de contenido esencial para aludir a componentes básicos de un derecho (…), que siempre deben estar asegurados y son susceptibles de protección por medio del amparo u otros elementos de la Justicia Constitucional.[42]

---

[40] **Ignacio De Otto** (1988) "*Derechos Fundamentales Y Constitución***."** Editorial Civitas. Pág. 113 y ss.
[41] **Casal, J.M.** (2010) "*Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones Jurídicas*." LEGIS. Caracas, Venezuela Pág. 283.
[42] **Tribunal Constitucional del Perú** (2008)" *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia de Previsión Social*." Pág. 17 y sig.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

El contenido esencial de los DF no es una figura comprensible a niveles prácticos desde su singularidad.[43] Por el contrario, el intérprete de la norma constitucional del DF utiliza como un límite infranqueable su contenido esencial, mientras paralelamente, éste utiliza a la mensurabilidad como principio jurídico desde sus 3 ángulos: a) Razonabilidad; b) Proporcionalidad; c) Congruencia; para ajustar la invasiva particular de la técnica estatal a los fines específicos de interés general a conseguir, esto es, "a la referencia a una esencia intocable de cada derecho que rinde tributo a la máxima, de que el Legislador está facultado para regular, más no para suprimir los DF."[44]

En otras palabras, el Legislador como claro intérprete, no es el dueño de los derechos, ni la validez de estos, se supedita a su desarrollo legislativo, de manera, que, al admitirse su potestad de imponer restricciones con base en la Constitución, surge la necesidad de dejar a salvo una parte del **Gründrecht** subsistente a la tarea normativa que aquél desempeña. Creyendo para los Jueces entonces, la necesidad de crear mediante el método dogmático (interpretativo), una nueva garantía capaz de responder efectivamente sobre los derechos que fueron normativizados.

Así, el contenido esencial es un fenómeno derivado de una interpretación normativa de las mismas normas consagratorias de los derechos, pues el contenido esencial es una interpretación comentada que tiene la virtud de recordar que el legislador no puede inventar límites a los derechos; que allí, donde la Constitución ha tutelado una cierta esfera de actuación estatal, no cabe

---

[43] Para **Jesús M. Casal Hernández** (2010) "*Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*." LEGIS. Caracas, Venezuela. Pág. 277. Desde su consagración en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental, la garantía del contenido esencial de los derechos ha corrido con una suerte contradictoria. En Alemania, este tema ha estado en el centro de un debate doctrinal, en torno al esclarecimiento de la significación sustantiva propia de la figura, el cual pareciera estancado, y, la Jurisprudencia Constitucional se ha ocupado poco del tema, desplazando hacia otros escenarios dogmáticos la articulación efectiva del control material sobre las injerencias legislativas en los **Gründrecht**. Paralelamente, la idea de un contenido esencial indisponible para los poderes públicos y resistente a intentos de limitación mediante Ley, ha ganado un amplio terreno en el Constitucionalismo Comparado, y, en alguna medida, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo hoy ésta, una herramienta conceptual, cuando menos tópica, de la que no es posible prescindir al examinar la restricción de tales derechos. Basta observar, el elevado número de Constituciones, a las que se suma una importante declaración supranacional, que han hecho suyo el concepto para constatar al menos un indicio de la probable existencia de una idea de fondo, que podría jugar un papel no despreciable en el ejercicio del control…

[44] **Casal, J. M**. (2010) "*Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones Jurídicas*." Pág. 287.

la posibilidad de crear nuevas restricciones, que directa o indirectamente no formen ya parte de lo querido por la Constitución.[45]

El DF sólo puede ceder ante límites jurídicos, que la propia Constitución expresamente imponga, o, ante los que de manera mediata o inmediata se infieran de ella, al estar justificados por la necesidad de preservar a otros derechos o bienes jurídicamente protegidos.[4647]

De Otto lo expresa con suma claridad. La cuestión reside en la delimitación conceptual del contenido mismo del DF, de forma que, lo que llama como la protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata, sencillamente no pertenecen al ámbito del DF.[48]

Dicho de otro modo, significa, que, entre el DF (La Constitución) y su límite (La Ley) no existiría propiamente una antinomia, porque sus referidos supuestos de hecho estarían incomunicados; o, de existir un conflicto interpretativo entre el DF que permite, y la Ley que prohíbe, operaría una relación jurídica de especialidad, y de particular interés para una determinada autoridad judicial del conocimiento de un conflicto normativo, donde uno, es la Constitución.

En este sentido, si cabe la posibilidad de intervenir del Juez Constitucional para resolver a la antinomia constitucional. Y por ello, ocurre con frecuencia, la necesidad de analizar los DF a raíz de la interpretación legislativa de sus cláusulas interpretativas –contenidas en la propia norma de consagración. El acercamiento de la SC-TSJ a los DF y sus respectivas limitaciones, usualmente, ha carecido, de ambición y de precisión conceptual, y a menudo, los tribunales han actuado en este ámbito de manera intuitiva y casuística. Ello representa sin

---

[45] **Prieto S., L.** (2003) "*Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales*." Editorial Trotta. Madrid, España. Pág. 220.

[46] Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 57 de 1994.

[47] **Bernal, C.** (2005) "*El Derecho de los Derechos*. Pág. 81. "La proporcionalidad es una prohibición de exceso a la libertad de configuración del Legislador en materia punitiva con una restricción dignificativa."

[48] **De Otto, I.** (1988) "*Derechos Fundamentales Y Constitución*." Editorial Civitas. Pág. 113 y ss.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

duda una debilidad. Pero tan dañino como eso, incluso más, resulta la adopción de puntos de partida equivocados en el estudio de la materia.[49]

4_. La Interpretación de los Derechos Fundamentales y la Jurisprudencia Patria.

Sin entrar en profundas disertaciones acerca del Tema planteado en la presente investigación, se debe decir que la evolución jurisprudencial del contenido esencial viene siendo, tímidamente, lento. Cabiendo mencionar, que los contextos jurídicos de las 2 etapas que pudieren identificarse por preconstitucional (1999) y post constitucional (1999), son totalmente diferentes.

El primero centrado en el derecho fundamental de la propiedad de los operadores económicos como administrados que son; en el segundo caso, centrado principalmente en el derecho a la libertad económica ante el contexto de intensa intervención estatal en la actividad económica de los particulares, hasta cierto punto, que pareciere haberse centrado en el tapete la discusión entre los abogados, los métodos de protección de los diferentes derechos económicos, principalmente la libertad económica frente a la intromisión estatal, que representa claramente la faceta dinámica de los derechos económicos.

Curiosamente, el principal antecedente de la recepción de semejante tesis, se halla en los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la "*desnaturalización*" del derecho constitucional de propiedad.

Así, en la SSPA del 19 de Agosto de 1977, ***Caso Rezonificación El Paraíso***, se dijo "…el poder de restringir del derecho de la propiedad tiene también un límite, *más allá del cual las obligaciones de hacer, de no hacer o dejar de hacer en qué consisten las restricciones constitucionales antes citadas, pueden afectar en sus elementos esenciales el derecho de propiedad…;*" refiriéndose igualmente la SSPA del 27 de Enero de 1994 con el ***Caso Promociones Terra Cardón***, a los atributos esenciales del contenido esencial de la propiedad. Esta jurisprudencia junto con la anterior, estuvieron basadas en el artículo 53 de Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU), todavía vigente, que hace referencia a la completa "*desnaturalización del*

[49] **Casal, J.M.** (2011) "*Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*." LEGIS. Caracas, Venezuela. Pág. 68.

derecho de propiedad," lo que apunta a la existencia de un contenido esencial del DF, aunque el concepto no esté expresamente reconocido.

Así, que la propiedad como DF tiene unos atributos esenciales: *Ius Usus, Ius Fructus, Ius Abutendi, Ius Vindicandi*, de conformidad con el artículo 545 del Código Civil Venezolano, que viene siendo una tesis reiterada en la Jurisprudencia venezolana.[5051] Esta teoría es plenamente aceptada, luego, por la jurisprudencia de manera general en la Sentencia de la Extinta CSJ en Pleno del 11 de Marzo de 1993 con el ***Caso Grüber Odremám***, que acepta, que las limitaciones a los DF no pueden afectar *la esencia* de todos éstos.

Tal línea argumentativa de la evolución jurisprudencial se consolida en la SSPA-CSJ del 19 de Junio de 1997 en el ***Caso Tiuna Tours C.A.,*** Sentencia que pone de relieve que la Constitución de 1961, pese a prever limitaciones a los DF, no precisó cuál era "*el contenido esencial de éstos*" "…a los efectos de establecer una barrera o área de protección inexpugnable aún para el propio Legislador, de forma tal, que la indicada limitación legislativa no pueda transformarse en una supresión absoluta del derecho constitucional."

Hay, conforme a este criterio jurisprudencial (reiterado luego en la SSPA del 12 de Agosto de 1998, ***Caso Leopoldo Luis Branger Ruttman Y Otros***), una zona gris en la que pueden limitarse o ampliarse los DF, pero "…siempre existirá un "*núcleo duro*" que no podrá ser suprimido por el Legislador…" Un poco más reciente, y bajo la vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que todos los derechos constitucionales tienen un contenido esencial referido a su contenido mínimo.

Asimismo, ocurrió con la **Sentencia Nº 462** del 06 de Abril de 2001 ***Caso Manuel Quevedo Fernández*** Así, la Sala señaló que "las limitaciones que establezca la propia Constitución y las leyes a un DF, no implican en modo alguno que el mismo se haga nugatorio o que sea infringido, toda vez que para que exista tal menoscabo, debe verse afectado el núcleo esencial que se denuncia vulnerado, esto es, contenido esencial como las características mínimas que lo

---

[50] Cfr. SP-CSJ del 16 de Diciembre de 1981. **Caso el Rosal**. También SP-CSJ del 11 de Febrero de 1992. **Caso M. De la Rosa Y Otros**.

[51] **Araujo, A. E.** (1987) "*El Régimen Urbanístico de la Propiedad Privada y la Determinación del Ordenamiento Aplicable en las Áreas Educacionales,*" en Revista de Derecho Público Nº 31 de la Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Págs. 27-37.

consagran como DF, y no el ejercicio de sus diversas manifestaciones." Ese argumento fue empleado por la SC-TSJ en los ***Casos Distribuidora Baibery Sun 2002 C.A.***, ***Parkimundo***, ***Festejos Mar C.A***, ***Fedecamaras*** y ***Hugo Nemirovsky***.

Ha sido en estos términos lingüísticos, donde el contenido esencial de los DF ha sido introducido por la jurisprudencia en Venezuela. De esa manera, el contenido esencial de los DF, supone que todos estos tienen una existencia propia en la Constitución, respecto a la cual los mismos Poderes Públicos no pueden incidir de ninguna manera. Más, determinar, en concreto, que es el contenido esencial de los DF, es una tarea por lo demás, arduamente delicada.

Ahora, a través de la **Sentencia Nº 1.613** del 17 de Agosto de 2004 SC-TSJ en un ***Caso de Nulidad contra Normas del Control Cambiario***, la SC-TSJ expone que "*el contenido esencial de la libertad económica reside en la aptitud de los operadores económicos privados de decidir, autónomamente, cuáles serán los lineamientos de la actividad que explotarán,*" pues "*ellos conforme a su autonomía privada pueden entrar y salir libremente de ese mercado, tanto más cuando las actividades que en este mercado se ejerzan se consideran como un acto objetivo de comercio*."

Hernández, J. I. dice, que en este sentido resulta necesario remitirse a la **Sentencia del TCE Nº 11 de 1981,** que instituye totalmente, los lineamientos de un modo muy similar a la forma Alemana, de las 2 vías -complementarias, conforme a tal criterio- por medio de las cuales puede determinarse, que debe entenderse por contenido esencial de los DF.

La primera vía atiende a la naturaleza jurídica de los DF. Forman así los atributos del contenido esencial "*…todas aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así…*"

La segunda vía parte de los denominados "*intereses jurídicamente protegidos*" de modo tal, que el Wesensgehalt como garantía constitucional es "*aquella parte del derecho*" que es "*absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegido*."[52] Esta sentencia es citada por la jurisprudencia patria. Si se tiene

[52] **Hernández, J.I.** (2005) "*La Libertad de Empresa Y sus Garantías Jurídicas. Estudio Comparado del Derecho Español Y Venezolano*." FUNEDA y Ediciones IESA. Pág. 226.

cuidado con lo arriba dicho, puede darse cuenta de que la SC-TSJ se inclinó por la primera postura, al sostener que el contenido esencial atañe a las facultades que como mínimo deben respetarse para que el DF sea recognoscible.

De tal modo, que la SC-TSJ por lo menos asumió una de las dos posturas, a diferencia de España que asumió ambas, pero señala la doctrina, que ambas posiciones no son excluyentes, sino complementarias. *Es la primera vía,* la que permite determinar con mayor precisión el ***Wesensgehalt*** de los DF reconocidos por la propia Constitución. Se estima así, que esta garantía se refiere al reducto mínimo que permite categorizar a los DF que la Constitución consagra. Lo que debe hacerse es, precisar, cuál es el reducto mínimo de cada DF.

Por ejemplo, la **Sentencia Nº 2436** del 29 de Agosto de 2003. ***Caso Arnaldo Gómez*** versó sobre el derecho de asociación, pero la explicación de las limitaciones constitucionales y legales del derecho, fueron muy pobres. Basta mencionar, que no hicieron referencia a la limitación del derecho de asociación de los Funcionarios Judiciales, especialmente de los Jueces, que conforme con una norma constitucional del Capítulo del Poder Judicial, resulta harto imposible.

Por último, la **Sentencia Nº 1291** del 05 de Noviembre de 2015. ***Caso C.A. Vita C.A.*** (Derechos Sociales-Huelga) versó sobre el contenido esencial de derechos sociales como la Huelga y su compatibilidad con el principio de la continuidad de actividades de interés general para la colectividad (Servicio Público). Nuevamente, el abordaje fue pobre. En general, las sentencias no abordaron la dogmática de la limitación de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. El estudio del contenido esencial de los Derechos Fundamentales ha venido siendo lento, y, profundamente contradictorio, pues el TSJ y los demás Tribunales no se han decidido por estudiar meticulosamente una de las garantías más importantes del Derecho. De hecho, hay muchos abogados que no conocen esa *instituta* jurídica.

Un dato interesante detectado, fue, que las sentencias preconstitucionales a 1999, versaban únicamente sobre el contenido esencial del derecho de propiedad. Y su manejo fue básicamente, a través de varias demandas de contenido patrimonial contra el Estado ante los Tribunales de la Justicia Administrativa, pidiendo una indemnización pecuniaria por el indiscutible despojo jurídico de sus derechos demaniales sobre ciertos bienes.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

En otras palabras, fue tratado según la Teoría Jurídica de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, *-actual artículo 140 Constitucional-* ya que durante la Constitución de 1961, no existía una verdadera justicia constitucional en Venezuela que estudiare de manera especializada a la Constitución, con un órgano único.

5_. El Control Concentrado de la Constitucionalidad y *Die Gründrecht*.

Parece imposible trazar una nítida correspondencia entre la filosofía del control jurisdiccional de la Ley, y, alguna particular concepción sobre el Derecho, y ello por 2 motivos fundamentales.

Primero, porque las dos grandes construcciones de justicia constitucional que se han experimentado responden a ideologías y culturas diferentes, y, en algunos de sus componentes, casi cabe decir, que opuestas: la tradición de los derechos naturales, la fuerza constituyente de la soberanía popular que cristaliza en un texto normativo y la confianza en el poder neutro de los Jueces, en modelo americano; la supremacía de la Ley como expresión de una voluntad general inagotable, la mutación de la soberanía popular en el modelo europeo.

Segundo, porque las dos grandes concepciones sobre el Derecho distan también de presentar cada una de ellas un perfil homogéneo; la utilización de las etiquetas de *iusnaturalismo* y de *positivismo* para calificar a lo largo de la historia distintas ideas o posiciones a propósito del Derecho, así como su frecuente uso polémico y emotivo, han deteriorado su significado de modo prácticamente irreversible, hasta el punto, de que nadie, está hoy dispuesto a comulgar con ninguna, si no es, tras extensas precisiones y matizaciones.

La filosofía del control de la ley parece combinar una ideología *iusnaturalista* en sentido muy lato con una teoría de la interpretación positivista, al menos moderadamente positivista. Tal vez, la cuestión más polémica se halle en la esfera metodológica o conceptual, donde la justicia constitucional puede ponerse al servicio de una cierta concepción *iusnaturalista* en la línea de **Radbruch**.

En el plano ideológico, la vieja doctrina del Derecho Natural ha servido a muy distintos señores, de manera que, si, a veces ha operado como estímulo a la

crítica del Derecho Positivo, a su desobediencia, e incluso a la revolución, en otros momentos ha sido invocada justo para lo contrario, como justificación moral de lo existente, cualquiera que fuere el estado de cosas existente. Pero, si bien es verdad, que no todo Derecho Natural está sin más en la base del constitucionalismo, si parece cierto que éste último representa una traslación a la esfera del Derecho Positivo de los axiomas de un cierto *Derecho Natural*, concretamente del específico *iusnaturalismo racionalista*, *secularizado* y *contractualista* de los Siglos XVII y XVIII.

Es, que todavía hoy, si hubiese que buscar una ideología candidata a fundar la justicia constitucional, es obvio, que esta no podría ser la que recomienda la obediencia ciega al poder constituido, y, que generalmente se identifica con el positivismo; habría, que acudirse a una ideología crítica con el poder que, al menos, defienda como deber ser moral, la obligación por parte de las autoridades de respetar ciertas exigencias también morales. Y, en la medida en que en un sentido muy amplio, dicha ideología parece responder a una de las tradiciones del Derecho Natural, cabe decir, que la justicia constitucional, como toda forma de limitación del poder, encuentra mejor acomodo en esa ideología *iusnaturalista*.

Hay, por tanto, en el constitucionalismo, y en la justicia constitucional, lo que pudiere llamarse un residuo funcional de *iusnaturalismo*, en el sentido de que las Constituciones vienen a desempeñar la función en otro tiempo desempeñada por cierto Derecho Natural, desde luego, con un alcance muy diferente. Ello, tal vez, se comprenda mejor leyendo a los críticos: los argumentos de **Rousseau**, que son sustancialmente los mismos que en la actualidad se esgrimen por quienes censuran la existencia de una norma superior garantizada judicialmente, son argumentos del claro saber positivista, de positivismo lógico se entiende.

Así, la caracterización de la voluntad general como fuente inagotable de la Ley, de la Ley justa más exactamente, que actúa sin traba constitucional alguna, se traduce hoy, en ese reto, que suele adoptar forma de pregunta ¿En virtud de qué lo decidido por las generaciones del pasado, puede vincular a las generaciones del presente y del futuro? La pregunta en si representa una invitación a prescindir de todo Derecho superior a la Ley, si se quiere de todo Derecho, que desempeñe la función típica del género de *iusnaturalismo*, que aquí se afirma.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

Desde este enfoque, el *iusnaturalismo* que se transforma en *constitucionalismo* encierra una exigencia de limitación del poder constituido desde una instancia externa a ese poder, que se sitúa precisamente en la soberanía popular cristalizada en un texto normativo. Por supuesto, que esta construcción, es una metáfora o una ficción, como lo es también, la imagen legitimadora de una voluntad general representada y residenciada en el Parlamento, pero es una ficción fecunda para alcanzar dicha limitación, y de eso se trata, desde un punto de vista pragmático.

Es dudoso, que el *Estado de Derecho Europeo que culmina en Kelsen* pudiera compartir estas premisas, y por eso, es también dudoso, que su modelo de justicia constitucional pueda ser adscrito a éste *iusnaturalismo* de que se viene hablando, por muy amplios que sean los términos en que se le conciba, pues en tanto se prefiera hablar de la soberanía estatal y de la Constitución como norma interna al propio aparato del Estado, es, *en verdad difícil*, que la noción de poder constituyente despliegue toda su virtualidad, y las muchas cautelas que rodean la actuación del Tribunal Constitucional Austriaco, son la mejor prueba de ello. Pero, justamente, el abandono sustancial de este último modelo permite vincular-conectar de nuevo el constitucionalismo a esta herencia funcional de la ideología *jurídico-iusnaturalista*, especialmente con el tema de los **Gründrecht** en un Estado Constitucional.

La cláusula especial del contenido esencial de los derechos fundamentales ocupa una especial posición en el Estado Constitucional, que se manifiesta en un reforzamiento de sus garantías o de su resistencia jurídica, frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los Poderes Públicos, y en primer lugar, del Legislador, pues el contenido esencial representa en última instancia un arma anti-tiranía de los administrados contra invasiones regulativas abusivas, que puedan desnaturalizar bajo cualquier concepto el significado del aludido derecho.

Por eso, el artículo 53.1 Constitucional Español tipifica a la garantía del *Wesensgehalt* como un punto de partida del Estado Constitucional, que se erige de la promulgación de la Constitución misma, hasta la vigencia fáctica de los postulados normativos específicos de cada Derecho Fundamental en cabeza de sus titulares. De ahí, que constitucionalmente el contenido esencial es un blindaje o coraza constitucional robustecido por un manto normativo constitucional de

tipo institucionalista-garantista, que asegura su vigencia efectiva, frente a los Poderes reguladores de los Poderes Constituidos como el Legislativo o el Ejecutivo.

En este sentido, el contenido esencial de los *Gründrecht* es la vigencia misma, no sólo del Derecho en su dimensión subjetiva, e incluso, en su dimensión objetiva, sino de la normatividad constitucional misma, que delimita a través de los enunciados lingüísticos propios del Constituyente, las características nucleares de cada derecho en el terreno práctico de la facticidad y la validez de las actuaciones estatales.

Aunque, formalmente, la supremacía constitucional abarca la totalidad de lo contenido en el articulado constitucional, materialmente, el contenido de las normas constitucionales de la parte dogmática (De los Derechos Fundamentales) es una parte fundamental, que permite delimitar negativamente el ámbito actuacional de los poderes públicos en la obtención de sus intereses jurídicos normativamente estatuidos.

Cada Poder Público posee un fin constitucionalmente inmanente por la lógica del constitucionalismo decimonónico en un sentido perfectamente positivo, pero, en un sentido negativo, los Derechos Fundamentales en su acepción silvestre representan un perfecto límite formal de los poderes estatales capaces de invalidar, e ilegitimar actos jurídicos, que bajo la ideología del Tribunal Constitucional con el modelo Austriaco, representan una competencia de rechazo o expulsión de normas del sistema jurídico.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional, o, en el caso Venezolano, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, constituye una garantía institucional significativa para embestir cualquier actuación estatal engendrada, bajo la inspiración de repulsión a los valores jurídicos del sistema constitucional, que se encuentran cristalizados en normas constitucionales contentivas de reglas reconocedoras de Derechos Fundamentales con ayuda de sus principios y valores jurídicos modeladores en la procura de la dignificación existencial del individuo.

Si bien, el sistema constitucional conformado nuclearmente por el Texto Constitucional posee muchos tipos de normas constitucionales, todas ellas sirven de inspiración para la protección de los Derechos Fundamentales, a través de los

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

diferentes enunciados lingüísticos, que activan de diferentes formas, los poderes jurisdiccionales de los Jueces que conocen de los conflictos que niegan la eficacia de los Derechos. ***Y uno de los poderes jurisdiccionales de la justicia constitucional es la delimitación del contenido esencial de los Derechos Fundamentales***, a los puros fines de refutar la legitimidad constitucional de un instrumento regulatorio de índole legal con su completa nulidad. Y ese poder jurisdiccional de los Jueces Constitucionales, se activa de una manera modulativa con la referida técnica de la interpretación conforme a la Constitución, que los mismos italianos y alemanes, se encargarían de instituir para compatibilizar los respectivos contenidos legislativos ante la Constitución, tras la culminación de la Segunda Guerra Mundial.

CONCLUSIONES

Los Derechos Fundamentales con ayuda de su contenido esencial, instituyen un parámetro de medición de la legitimidad constitucional de las actuaciones de los poderes públicos constituidos y de los particulares, capaz de delimitar de un modo riguroso los poderes invalidatorios anulatorios de las Leyes y Reglamentos dictados por el Estado, incluso de actos jurídico *inter-privatos*, que desdeñan del valor jurídico a la dignidad de los individuos, bajo la tesis del *Drittwirkung der Grundrechte* (literalmente efecto frente a terceros de los Derechos Fundamentales).[53]

El simple reconocimiento de los Derechos Fundamentales del individuo es una garantía formal-material de rango constitucional (posee ambas formas), frente a las intromisiones del Estado. Pero el contenido esencial (*Die Wesensgehalt*), como núcleo indisponible por los Poderes Públicos Constituidos, constituye un avance del Constitucionalismo Moderno capaz de redimensionar la tutela judicial efectiva de la justicia constitucional en los intereses jurídicamente protegidos de los administrados, que activan a instancia de parte interesada los poderes revisores del Poder Judicial ante la desconexión de tipo ideológico de los actos regulatorios de temas sensibles de la sociedad.

---

[53] **García, J.-Jiménez-Blanco, A.** (1986) "*Derechos Fundamentales y Relaciones Entre Particulares*. "Primera Edición. Cuaderno Civitas. Madrid, España.

La *Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales* constituye una trama muy amplia de discusión y debate por parte de los expertos, pues, éste tema en un sentido abstracto puede tocarse como una *institución filosófica* propia de corrientes constitucionalistas e *iusnaturalistas*, que responden a demandas de valoración de los aspectos de un sistema de reglas, pero sobre todo de principios y valores, pues estos Derechos escapan de su simple vertiente de regla del derecho y se adentran en el mundo de lo axiológico inspirativo del sistema constitucional del Derecho.

La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales ofrece una visión diferente a la simple visión de la Justicia Constitucional ante la Constitución. Es un enfoque a un aspecto más directo y especifico de la normativa constitucional, que en relación a la supremacía constitucional como principio jurídico gobernador de la integridad constitucional. Aquí, con la Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales, la tutela Judicial Efectiva recae en la supremacía constitucional de los Derechos Fundamentales, más que en el incumplimiento de una norma de tipo competencial o procedimental de la Constitución, o que irrespeta expresamente el sistema de producción normativo.

Por supuesto, la Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales lía la tutela judicial efectiva de los intereses constitucionalmente salvaguardados con la ponderación del interés general ante la vigencia efectiva de los ***Gründrecht***, pero es inevitable llegar hasta allá con la incorporación de elementos de la talla como la razonabilidad, la proporcionalidad y la congruencia de técnicas intervencionistas en la esfera mínima vital de los individuos, pues el mandato constitucional con el artículo 2 es la preeminencia de los Derechos a través de una ponderación conjunta de los valores superiores en el caso concreto. La regulación efectiva-ponderadora de los diferentes aspectos envueltos en una situación social es difícilmente resuelta en el terreno fáctico de una manera complaciente en su totalidad para las partes que se encuentran en el conflicto valorativo de las normas constitucionales que se topan en franca colisión, no sólo entre sí, sino con la *pax iuridica*, con la *Iustitia* y en especial, con la seguridad jurídica.

Discutir aspectos tan espinosos como el actualmente planteado son difíciles ante la poca madurez política de los Constituyentes, que no comprenden todavía la diferencia entre la institucionalización de simples derechos constitucionales, de los Derechos Humanos, o, de los Derechos Fundamentales,

que arriba, en las páginas iniciales fueron explanadas para desdoblar la diferencia moduladoras entre las tres categorías anteriormente mencionadas, que a simple vista parecen sinónimos, pero que a luz de un enfoque más garantistico propio de la *tutela judicial efectiva*, puede desdeñarse fácilmente de las dos categorías anteriormente mencionadas, pues el tratamiento de los poderes jurisdiccionales en la efectivización de los derechos en conflicto marca la tenue diferencia entre las categorías ya aludidas.

La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales es, ante todo, una defensa de la Constitución que reconoce a los Derechos Fundamentales así no más, aunque se tengan dificultades técnicas en la modulación de los enunciados de tipo lingüístico, que modelan delimitadoramente el contenido esencial de los DF ante las potenciales restricciones jurídico-administrativas ejecutadas por el Estado, que marca con ayuda del *Wesensgehalt* la vara de medida del control jurisdiccional de los Jueces Constitucionales con la continua violación de los Derechos. Después de todo: ¿Qué es la Constitución? Si no los Derechos Fundamentales y sus Garantías Constitucionales Sustantivas, Adjetivas, Internas, Externas e Institucionales. Eso es, nuestro objeto de estudio, y de la Justicia Constitucional, también.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araujo, A. (1987) "*El Régimen Urbanístico de la Propiedad Privada y la Determinación del Ordenamiento Aplicable en las Áreas Educacionales,*" en Revista de Derecho Público Nº 31 de la Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Bachoff, O. (1979) "*Wege zum Rechtstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht,*" *Athenaum Verlag*, Königstein.

Bermejo, J. (1999) "*Derecho Administrativo. Parte Especial*." Civitas. Madrid, España.

Bernal, C. (2005) "*El Derecho de los Derechos*." Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Cappelletti, M.-Cohen, W. (1979) "*Comparative Constitutional Law*." New York, New York, U.S.A.

Cappelletti, M. (1984) "*Giudici Legislatori?"* Giuffré Editore. Milán, Italia.

Carbonell, M. (2002) "*Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México D.F., México. Pág. 40.

Casal, J. (2005) "*Los Derechos Humanos y su Protección: Estudios Sobre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales)*." UCAB. Caracas D.F., Venezuela.

Casal, J. (2010) "*Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*." LEGIS. Bogotá, Colombia.

Castillo, L. (2004) "*El Significado del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*." Revista de Derecho de la Universidad de Piura (Perú). Pág. 152.

De Otto, I. (1988) "*Derechos Fundamentales y Constitución*." Editorial Civitas. Madrid, España.

Domingo, J. (1968) "*De Iustitia et Iure. Libro III, 6."* Instituto de Estudios Políticos, 5 Vol. Madrid, España.

Dworkin, R. (1999) "*Los Derechos en Serio*." Trad. De Marta Gustavino. Ariel. Barcelona, España.

Ehlers, D. (2003) "*Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*." De Gruyter. Berlín, Deutschland.

Fernández, J. J. (2002) "*La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*." Madrid, España.

Ferrajoli, L. (1999) "*Derechos y Garantías*." Editorial Trotta. Madrid, España.

García, E. (1982) "*La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*." Editorial Thomsom-Civitas. 2° Edición. Madrid, España.

Häberle, P. (1991) El Legislador de los Derechos Fundamentales, En Antonio López Pina. Ediciones "*La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*." Thomsom-Civitas. Madrid, España.

Hart, H. L. A. (1963) "*El Concepto del Derecho*." Trad. De Genaro Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.

Herbert, G. (1985) "*Der Wesensgehalt der Gründrechte*." EuGRZ. Berlín, Deutschland.

Hernández, J.I. (2005) "*La Libertad de Empresa Y sus Garantías Jurídicas. Estudio Comparado del Derecho Español Y Venezolano*." FUNEDA-IESA. Caracas D.F., Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

Hughes, C. (1987) "*La Suprema Corte de los Estados Unidos*." FCE. 2° Edición Española. México D.F., México.

Isense, J./Kirchhof, P. (1992) "*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. T. V.*" Heidelberg, Deutschland.

Kelsen, H. (1969) "*Reine Rechtlehre*." Deuticke. Wien, Osterreiche.

Lasagabaster, I. (1997) "*Las Relaciones de Especial Sujeción y la Legalidad Administrativa*." Civitas. Madrid, España.

Löthar M. (2009) "*¿El Contenido Esencial como Común Denominador de los Derechos Fundamentales en Europa?*" Traducido por Cristina Elías Méndez. www.ugr.es/redce/REDCE11/articulos/06Lothar Michael.htm.

Martín-Retortillo, S. (1991) "*Derecho Administrativo Económico. Tomo I.*" Civitas. Madrid, España.

Nogueira, H. (2005) "*Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías Y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*." Ius et Praxis. V. 11. Nº 2. Santiago de Chile, Chile.

Peces-Barba, G. (1980) "*Derechos Fundamentales*." 3° Edición. Latina Universitaria Madrid, España.

Peces-Barba, G. (1986) "*Los Valores Superiores*." Temas Clave de la Constitución Española. Tecnos. Madrid, España.

Peces-Barba, G. (1995) "*Curso de Derechos Fundamentales*." Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, España.

Peña, J. (2008) "*Lecciones de Derecho Constitucional General. Tomo II.*" Ediciones UCV. Caracas, Venezuela.

Pérez, A. (1984) "*Los Derechos Fundamentales*." Temas Clave de la Constitución Española. Tecnos. Madrid, España.

Prieto, L. (1990) "*Estudios Sobre Derechos Fundamentales*." Debate. Madrid, España. Pág. 163-164.

Prieto, L. (2000) "*La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades*." Revista Derechos y Libertades Nº 8. Enero-Junio. Pág. 441.

Prieto, L. (2003) "*Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales*." Editorial Trotta. Madrid, España.

Stein, T. (2008) La Protección de los Derechos Fundamentales a través de los Tribunales de los Estados Miembros y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas En "*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*." Bogotá, Colombia.

Tribunal Constitucional del Perú (2008) "*Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia de Previsión Social*." Colecciones del Poder Judicial. Lima, Perú.

Verdú, L. (1955) Derechos Individuales, En "*Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*." Tomo VII. Barcelona, España.

Weber, A. (2001) "*Fundamental Rights in Europe and North America*." Kluwer Law International. The Hague-London-New York.

Ley Fundamental de Bonn. *Bundestag* de la República Federal Alemana. 22/05/1949.

Gaceta Oficial Nº 5.453 Extraordinaria del 24 de Marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sentencia Nº 117. Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 06 de Febrero de 2001. Magistrado Ponente Antonio García García. **Caso Pedro Antonio Pérez Alzurutt II**

Sentencia Nº 462. Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 06 de Abril de 2001. Magistrado Ponente José Manuel Delgado Ocando. **Caso Manuel Quevedo Fernández**

Sentencia Nº 085. Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia. 24 de Enero de 2002. Magistrado Ponente Jesús Cabrera Romero. **Caso Asodeviprilara.**

Sentencia Nº 641. Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia. 01 de Octubre de 2003. Magistrado Ponente Pedro Rafael Rondón Haaz. **Caso Inversiones Parkimundo**.

Sentencia Nº 403. Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia. 24 de Febrero de 2006. Magistrado Ponente Luisa Estella Morales Lamuño. **Caso Sindicato Agrícola.**

Sentencia N° 32. Sala Constitucional del Tribunal de Justicia. 11 de Junio de 2002. **Caso Jesús Salvador Rendón Carrillo**.

Sentencia del 15 de Diciembre de 1998. Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Caracas, Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela ● Pág.: 263 – 307

STCE del 16 de Noviembre de 1981. Tribunal Constitucional Español.

SSTS 184/1983 del Tribunal Constitucional Español.

SSTS 111/1983 del Tribunal Constitucional Español.

SSTS 057/1994 del Tribunal Constitucional Español.

SP-CSJ del 16 de Diciembre de 1981. Caso el Rosal.

SPA-CSJ del 11 de Febrero de 1992. Caso M. De la Rosa.

EL DISENSO JUDICIAL: SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PENSAMIENTO CRÍTICO EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

JUDICIAL DISSENT: ON WHY CRITICAL THINKING MATTERS IN CONSTITUTIONAL COURTS

Angello Javier Peña Barrios[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.10

"Una sociedad en la que el disenso no esté permitido
es una sociedad muerta o destinada a morir."
Norberto Bobbio - El Futuro de la Democracia.

Fecha de Recepción: 26 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 30 de marzo de 2022

RESUMEN

Este artículo tiene como objeto analizar la relevancia del pensamiento crítico en las democracias constitucionales, específicamente en los Tribunales Constitucionales que ejercen el control judicial de la constitucionalidad y toman decisiones relevantes para las sociedades. Varias decisiones de los Tribunales Constitucionales en el constitucionalismo comparado demuestran la necesidad de disentir, lo que es relevante para el debate sobre temas controvertidos. Por el contrario, un Tribunal Constitucional en el cual no haya disenso sus decisiones serán bastante objetables en determinados contextos y agrava las críticas del control judicial, como se puede interpretar de la Sala Constitucional en Venezuela. Disentir es una forma de constitucionalismo crítico necesario en los Tribunales Constitucionales.

Palabras clave: Disenso, Decisión Judicial, Justicia Constitucional, Democracia Crítica, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

This paper aims to analyze why critical thinking matters in constitutional democracies, especially focused on Constitutional Courts that have the judicial review and make relevant decisions to societies. Some judicial decisions in comparative constitutionalism demonstrate the need for dissenting, which is relevant to the debate on controversial issues. Conversely, in a Constitutional Court where there is no dissent, their decisions will be objectionable in certain contexts and aggravate criticism of judicial review, as can be seen in the Constitutional Chamber of Venezuela. Dissent is a way to critical constitutionalism in Constitutional Courts.

Keywords: Dissent, Judicial Decision, Judicial Review, Critical Democracy, Constitutional Court.

INTRODUCCIÓN

[1] Abogado mención *Summa Cum Laude* y Magíster *Scientiae* en Ciencias Políticas egresado en ambos de la Universidad de Los Andes, Venezuela. Miembro del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes - Venezuela. Miembro Investigador de pleno derecho del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM). Correo electrónico: angellojavierpb@gmail.com. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-2381-0324.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

Se suele pensar que los problemas de consenso y disenso se encuentran en espacios propiamente democráticos del poder, como puede ser el poder legislativo con el parlamento. Ciertamente, es así puesto que la deliberación con sus consensos y disensos mediante el debate se suscitan donde hay una pluralidad de individuos, publicidad de las decisiones y varios grupos de poder. Por excelencia, el lugar idóneo para el diálogo democrático se encuentra en el Parlamento de las democracias y, es allí, donde se sitúa normalmente el análisis sobre los consensos y disensos.

No obstante, otro lugar al cual se puede trasladar esa perspectiva de análisis es en el poder judicial, específicamente desde la perspectiva del derecho comparado, en aquellos sistemas de decisión judicial que acogen la regla de la transparencia. En estos sistemas, órganos colegiados como los tribunales constitucionales que, en gran parte de los sistemas jurídicos de América Latina tienen la última palabra en asuntos de índole constitucional, los votos disidentes se publican y tienen un valor que se debe apreciar. Así, se podría observar la relevancia que cobra opinar distinto de la mayoría como un ejercicio de democracia crítica y libre expresión y pensamiento en la sede judicial.

Los jueces toman decisiones trascendentales sobre cuestiones controvertidas como el aborto, la eutanasia o el matrimonio de personas del mismo sexo. Problemas estrictamente vinculados a derechos de las minorías que tanta relevancia tienen en el derecho constitucional comparado y las sociedades heterogéneas. Pero también, sobre aspectos como la regulación de la libertad de expresión que ha asumido un auge reciente con las nuevas tecnologías en las sociedades de la información y del conocimiento.

En el proceso de tomar decisiones los jueces razonan y debaten entre sí -regularmente, no de forma pública como un parlamento- para dar una respuesta sustentada en derecho a las exigencias de la sociedad. Las normas que rigen procedimentalmente la decisión de los tribunales colegiados suelen establecer el número de votos mínimos requeridos para que se pueda tomar una decisión judicial.

El presente trabajo pretende resaltar la importancia de los votos disidentes en las decisiones de los tribunales constitucionales[2]. Buscará dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿por qué es necesario disentir en los tribunales constitucionales? Se utilizará el método analítico de la doctrina y determinadas decisiones judiciales como documentación para sustentar la relevancia del disenso en casos difíciles.

DESARROLLO

1_. El Disenso en el Comportamiento Social.

Los seres humanos constituyen según la célebre percepción Kantiana "fines en sí mismos," cuya individualidad los hace únicos unos de otros en las interacciones sociales. No obstante, es un hecho demostrado por las ciencias del comportamiento humano que las opiniones de unos influyen sobre otros. En efecto, para Sunstein (2002) "la mayor parte del tiempo, los seres humanos hacen lo que los demás hacen (…) por cuanto las acciones y declaraciones de otras personas transmiten información valiosa sobre lo que debería hacerse." Pág. 1. Como punto de partida, desde esta perspectiva se puede pensar que disentir sería la excepción en las relaciones sociales, específicamente, cuando se toman decisiones que requieren la intervención de una pluralidad de personas.

Ahora bien, es importante indicar que esas acciones y declaraciones que se transmiten hacia las demás personas no siempre son correctas. Y a veces, disentir es positivo como un ejercicio de la libre expresión y pensamiento que pudiera conllevar a una decisión mejor que la de la mayoría, por ejemplo, desde el punto de vista de los derechos humanos. Más aún, esto se hace relevante en sociedades cada vez más heterogéneas que conforman la base social de las democracias constitucionales.

Es de interés el caso de los jueces que componen el sistema de justicia. Se ha afirmado que los abogados y jueces de la disciplina jurídica "conducen a un alto nivel de homogeneización de los saberes, valoraciones y destrezas relevantes para ejecutar una serie de tareas vinculadas al reconocimiento e interpretación de

[2] En este estudio podemos referiremos a Tribunal Constitucional como equivalente a Sala Constitucional, e incluso, a otras instituciones como la Corte Suprema de los Estados Unidos.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

textos normativos" (Coloma: 2014, pp. 414-415). De plano, este tipo de afirmaciones interpretan una especie de conformidad en el ámbito judicial y, a continuación, se documentarán determinados casos en que se señala cómo el disenso es saludable para la institucionalidad del poder judicial.

1.1_. Las Sociedades Heterogéneas.

En la actualidad, las sociedades con fenómenos como la globalización y migraciones forzadas se han convertido en sociedades muy fragmentadas. Como señala Sunstein (2001) cada sociedad contiene "innumerables grupos." Pág. 14. Tales grupos en nuestros días se hacen mayormente innumerables y, por ello, se habla en la teoría política y jurídica contemporánea también de sociedades "pluralistas" (Sartori: 2000, p. 5), "multiculturales" (Kymlicka: 1996, p. 19) o "marcadas por la presencia de una diversidad" (Zagrebelsky: 2011, p. 13).

Se hace imprescindible relacionar a las sociedades heterogéneas con el concepto de tolerancia. Tolerancia, para la Real Academia Española (2001) significa "respeto o consideración hacia las opiniones o prácticas de los demás, aunque sean diferentes a las nuestras." Pág. 1075. Salta a la vista que ocupa un lugar vital, por cuanto tolerancia es una idea intrínsecamente vinculada a sociedades pluralistas, multiculturales y diversas como contrapartida a singulares, monoculturales y homogéneas.

Desde una perspectiva de derechos humanos, la sociedad debería ser tolerante ante lo distinto y la necesidad de los seres humanos, que huyen de la guerra y la hambruna de sus países originarios, para ser acogidos en países con democracias que garanticen sus condiciones mínimas de vida. Tolerancia en sí misma implica pluralidad y estar abierto a escuchar el disenso de las demás personas, aunque no se esté de acuerdo con determinada opinión.

Bajo esta idea, en las sociedades pluralistas Habermas (1999) señala que "vivimos con evidencias cotidianas que se alejan cada vez más del caso modélico de un Estado nacional con una población culturalmente homogénea. Aumenta la multiplicidad de formas de vida, grupos étnicos, confesiones religiosas e imágenes del mundo." Pág. 95.

De hecho, por tal heterogeneidad que cada vez aumenta más en los cambios estructurales sociales se debe considerar la apreciación de Ferrajoli (2007), al señalar que las constituciones de la actualidad se han convertido en "pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están llamadas a garantizar." Pág. 83. Las constituciones del presente son textos pensados para sociedades heterogéneas, en contraste de las viejas constituciones que se pensaron para sociedades preponderantemente homogéneas y sin tantos grupos como los que componen los estados constitucionales de la actualidad.

En efecto, el Estado Constitucional, por un lado, se encuentra con sociedades cada vez más heterogéneas y, por otro lado, con fenómenos como la Unión Europea, la Organización de Estados Americanos, Organización de las Naciones Unidas o, en general, tratados internacionales sobre derechos humanos, se ha ido perdiendo tanto externa como internamente, la vieja idea de *legibus solutus* como una caja de pandora bajo la cual el Estado de la soberanía clásica podía hacer y deshacer sin más límites que los impuestos por sí mismo. En la doctrina del derecho constitucional contemporáneo se encuentran posiciones sobre un "constitucionalismo global" que es cónsono con la idea de que el Estado ya no es lo que una vez fue (Peña: 2021, p. 428). La base social que componen las democracias constitucionales contiene una pluralidad de grupos que hacen difíciles respuestas únicas a los problemas que afrontan los seres humanos, lo cual, se agrava cuando se toman decisiones desde el poder judicial que no es "propiamente" un poder que deba su legitimidad a la democracia.

1.2_. La Necesidad de Disentir.

En la literatura de lengua inglesa, uno de los pensadores más preocupado por la necesidad de disentir en el comportamiento social, es Cass Sunstein. Este autor trata el tema de la conformidad señalando algunos ejemplos en la historia que permiten cuestionar que se tomen decisiones de forma unánime de manera sistemática. Para Sunstein (2020: 17) el "Holocausto" fue un tributo a la conformidad, así como el "ascenso del comunismo", el "terrorismo contemporáneo" y el "nacionalismo" se deben en gran medida a la conformidad y la ausencia de disenso en la toma de decisiones.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

Tanto en contextos autoritarios como democráticos es relevante encontrarse con posiciones disidentes. Para Falk (2009) en estados autoritarios "la existencia de la disidencia y el activismo de los disidentes juntos sostienen una de las únicas esperanzas reales de cambio no violento y evolución política". En las democracias -sigue la autora- "necesitamos la disidencia para salvaguardar y proteger nuestras libertades civiles más básicas, ya que queda una prueba de fuego de su subversión la medida en que cambiamos la libertad por una mayor seguridad." Pág. 253.

Desde el funcionamiento de un gobierno, empresas privadas y la propia sociedad también es indispensable la disidencia. Langa (2007) refiere que en el gobierno "es vital que haya personas que estén dispuestas a decir lo que piensan contra lo que parece ser la opinión pública y a veces contra el partido línea"; en el mundo de los negocios "es importante tanto para la corporación como para la sociedad en general que la gente denuncia prácticas corporativas corruptas o injustas"; y en la sociedad civil "es vital que no se silencie ninguna voz porque parezca políticamente incorrecto." Pág. 368.

Disentir se pone de manifiesto en discusiones sobre cualquier tipo de tema: político, jurídico, filosófico, económico, entre otros. En cada tópico en que exista diálogo se podrían encontrar interpretaciones distintas. Se van a documentar dos demostraciones históricas que permitan explicar de una mejor manera la idea planteada sobre la importancia de disentir.

1.2.1_. Federalistas vs Antifederalistas.

Ejemplos de la historia constitucional occidental pueden demostrar la relevancia que hay en que las sociedades disientan en los asuntos públicos que les atañen. En asuntos constitucionales que concierne a todos porque obligan a todos, como lo es la creación de una Constitución democrática, las virtudes del disenso se ponen de manifiesto. El caso de la aprobación de la Constitución Federal de 1787 de los Estados Unidos es muy ilustrativo.

Cuando fue creada la Constitución de los Estados Unidos se pretendió aprobar una ley suprema escrita, pero cuyo contenido no preveía una carta de derechos fundamentales. En ese sentido, Pérez (2003) afirma que "[l]a

Constitución de 1787 no sólo no contenía originalmente un *bill of rights*, sino que ni siquiera incluía una referencia a los derechos." Pág. 255. La no previsión de derechos fundamentales en el documento constitucional constituyó un obstáculo insuperable para los federalistas -quienes estaban a favor de la Constitución, así como estaba- en el momento constitucional norteamericano.

Por el contrario, los antifederalistas -quienes, entre otras cosas, se opusieron a la Constitución porque no contemplaba una carta de derechos- disintieron sobre la forma en que se diseñó y pensó tal norma fundamental. Estados como New York, Virginia y sobre todo Carolina del Norte, criticaron y disintieron sobre ese documento y no pensaron ratificarlo hasta tanto no tuviera una declaración de derechos fundamentales.

De esta manera, un aporte significativo de ese disenso es que se hizo obligatorio para la vida de dicha Constitución hacer modificaciones y tomar en consideración el pensamiento de los disidentes. En efecto, la Constitución fue enmendada introduciendo derechos fundamentales necesarios para garantizar condiciones de libertad de las personas y evitar arbitrariedades provenientes del poder. Como fruto de ese disenso entre federalistas y antifederalistas que, luego a la postre se transformó en consenso constitucional, se crearon las primeras 10 enmiendas de la Constitución, conocida como *Bill of Rights*. Entre los derechos constitucionalizados se encuentra la libertad de expresión que es esencial para disentir y se constitucionaliza, por su importancia, en la primera enmienda.

La necesidad de "*ampliar las bases de la confianza pública*" tanto en el gobierno, pero sobre todo en la Constitución, como refiere el preámbulo de la Carta de Derechos, fue posible por la consideración de las opiniones disidentes.

1.2.2_. La toma de Decisiones de los Aliados en la Segunda Guerra Mundial.

Un funcionario de alto nivel durante la Segunda Guerra Mundial atribuyó el éxito de los Aliados y el fracaso de Adolf Hitler y las otras potencias del Eje, a la más grande habilidad de los ciudadanos en las democracias para escudriñar y disentir, siendo esos elementos factores claves para mejorar los cursos de acción pasados y propuestos. Esta idea es tomada de Sunstein (2002) quien, sobre este caso de los aliados, refiere que "disentir y escudriñar fueron posibles porque los

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

disidentes no fueron castigados por la Ley y por castigos informales, en la forma de presiones sociales, las cuales fueron relativamente débiles." Pág. 4.

Este es un caso muy nutritivo y trascendental porque los aliados tomaron mejores decisiones, en parte, porque tenían la posibilidad de disentir y corregir las propuestas efectuadas. Los disidentes no iban a ser penalizados por emitir una opinión diferente, lo cual, además constituye un incentivo para expresar libremente las ideas en un debate político y estratégico tan trascendental. Por el contrario, esta situación no se suscitó del lado del eje porque disentir estaba considerado como una traición y penalizado por el derecho injusto como fue el caso del régimen nazi o, en palabras de Radbruch (1962) la *arbitrariedad legal* proveniente de "órdenes son órdenes y la ley es la ley." Pág. 21.

En estos estadios se denotan varias cosas: Primero, como señala Sunstein (2001) "es un simple hecho social que algunas veces las personas entran en discusiones con un punto de vista y salen con otro, incluso sobre cuestiones morales y políticas." Pág. 14. Segundo, el disenso como afirma Bobbio (1986) "cuando sea mantenido dentro de ciertos límites que son establecidos por las llamadas reglas del juego, no es destructivo, sino necesario." Pág. 48. Tercero, el disenso es fructífero para el conocimiento porque permite ver otros puntos de vista que podrían ser, incluso, mejores que los que ya se tienen previamente, justificando la necesidad de disentir en las instituciones para tomar decisiones públicas.

2_. Democracia Crítica.

La democracia, como sistema político, configura un concepto que se ha venido desarrollando desde tiempos inmemoriales. Su significado etimológico (*kratos* de poder y *demos* de pueblo) no basta para su real y racional significado en la actualidad del Estado Constitucional. Estudios sobre la democracia a su vez proponen una serie de requisitos que deben coexistir para hablar de una noción mínima de democracia.

Así, por un lado, Morlino (2005) haciendo una interpretación de la obra de Robert Dahl acerca de la "poliarquía" (Véase Dahl: 1971) señala que, para hablar de democracia, deben estar presente elementos mínimos como "sufragio universal adulto; elecciones regulares, libres, competitivas y justas; más de un

partido político y más de una fuente de información." Pág. 37. Por otro lado, Bobbio (1986) parte de una "garantía de los principales derechos de libertad, existencia de varios partidos en competencia, elecciones periódicas y sufragio universal, decisiones colectivas o concertadas (…) o tomadas, en base al principio de la mayoría." Págs. 46-47. Se hace alusión a ciertas libertades públicas como la libertad de expresión que permiten el disenso, partidos políticos, elecciones periódicas, derecho al sufragio y las reglas de las mayorías para la toma de decisiones.

Conforme a la regla de la mayoría para la toma de decisiones en las instituciones, Zagrebelsky (1996) advierte que "conceptos acríticos de la democracia hablan con ligereza de la soberanía popular," -prosigue el autor- "queriendo con ello referirse no sólo a que el pueblo está por encima de cualquier autoridad (cosa que, en democracia, no se puede poner en tela de juicio), sino que posee también un poder ilimitado." Pág. 110. Este sería el caso de la democracia acrítica, a la cual, el mismo autor responde con la democracia crítica, del siguiente modo: "democracia crítica, en cambio, rechaza la soberanía popular en este último sentido y afirma que el pueblo posee el poder supremo de orientar al gobierno de la cosa pública, pero que este poder aun siendo supremo, no es ilimitado." Pág. 110.

Por un lado, uno de los rasgos más comunes de las minorías políticas, es, como señala Garzón (2000) "una actitud de disenso con respecto a las medidas adoptadas mayoritariamente." Pág. 16. Por otro lado, en la democracia crítica, como invitación a repensar los planteamientos efectuados, la política puede encontrar límites de las decisiones mayoritarias en esferas como los derechos fundamentales. La democracia crítica, en primer lugar, se podría entender también relacionada con la percepción cada vez más compartida de Ferrajoli (1998), sobre que, en los estados constitucionales "no existen ya los poderes o sujetos absolutos y soberanos." Pág. 174.

En segundo lugar, con la idea de la esfera de lo "indecidible". Para Ferrajoli (2007) los derechos fundamentales "están sustraídos de hecho de la esfera de decisión política y pertenecen a lo que he [ha] llamado ´esfera de lo no decidible (que sí o que no).´ " Los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, según el mismo autor, son establecidos en la Constitución como "límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre -de los derechos de

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

libertad a los derechos sociales- contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma más lógica que asegura su garantía." Pág. 85.

En esta misma línea, el Juez Robert Jackson de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso del "saludo obligatorio a la bandera," *West Virginia Board of Education vs Barnette* de 1943, señala que el derecho de cada uno a "la vida, la libertad, la propiedad, la libertad de expresión, la libertad de imprenta, la libertad de culto y de reunión y los demás derechos fundamentales no puede ser sometido al voto; no depende del éxito de alguna votación." Esta idea puede interpretarse como la representación del discurso liberal sobre los derechos fundamentales.

Piénsese en el caso literario señalado por Zagrebelsky (1996). Para este autor, el proceso efectuado en contra de Jesús es un claro ejemplo de por qué es necesaria la democracia crítica y con ello, el disenso. La multitud consentía e incluso, manifestaba con fervor que crucificaran a Jesús, siendo una pena que lo privaba de la vida, en la forma más indigna. Enaltecido, el pueblo *democráticamente* acrítico lo crucificó y reafirmó el poder de Pilatos. Por eso, la democracia crítica "tiene que movilizarse contra quien rechaza el diálogo, niega la tolerancia, busca solamente el poder y cree tener siempre la razón." Pág. 121.

La democracia crítica con sus posibles límites en los derechos fundamentales, abierta al diálogo y la deliberación entre seres racionales libres e iguales, es una forma de pensar la democracia y las instituciones públicas que, además, estimula el disenso necesario para sociedades cada vez más heterogéneas. Democracia crítica, en suma, es una idea afín con el disenso.

3_. Sistemas de Decisiones Judiciales en el Derecho Comparado

Conforme con los ordenamientos jurídicos que han sido creados para regular las relaciones sociales, se conciben al menos dos sistemas de decisión judicial en el derecho comparado según la documentación realizada por Verdugo (2011: 218-219). Para Verdugo existe un primer sistema, presente en la mayoría de los países del derecho europeo continental (los denominados sistemas de "derecho civil") que adoptan un "régimen de secretismo" o de "unanimidad forzada" en que las sentencias se presentan siempre como unánimes y las opiniones disidentes no son publicadas. Un segundo sistema se presenta en

tribunales internacionales, países del derecho anglosajón y algunos del derecho civil (específicamente los de América Latina), que consiste en adoptar "una regla de transparencia" donde la unanimidad judicial se logra si todos los jueces que integran un tribunal tienen consenso. El sistema de la regla de transparencia tiene una muy relevante, pues los votos disidentes son publicados, permitiendo así la libre expresión y pensamiento de los jueces para decidir un caso concreto.

El sistema de la regla de transparencia está presente en países de América Latina como Venezuela, en el que el máximo tribunal de la República, el Tribunal Supremo de Justicia y sus distintas Salas que la componen, entre ellas la Sala Constitucional, permiten que los votos disidentes sean publicados cuando no existe unanimidad en el razonamiento de una sentencia.

4_. Los Tribunales Constitucionales también Deliberan y Deciden Mayoritariamente.

4.1_. La Deliberación en Determinados Órganos del Poder Judicial.

La cuestión deliberativa con sus consensos y disensos no es exclusiva de poderes propiamente políticos como el parlamento. También, se encuentra presente en el poder judicial, en concreto, tiene lugar en tribunales colegiados que toman decisiones y requieren decidir bajo el criterio de las mayorías, como es el caso de los tribunales constitucionales. En ese orden, regularmente, los jueces que conforman los altos tribunales constitucionales del poder judicial de cada país se encuentran constituidos según Peña (2020) "mediante un origen o legitimidad no democrática." Pág. 33.

Tal percepción sobre el control judicial que ejercen los jueces suele ser una de las principales críticas de quienes disienten sobre que el poder judicial tenga la última palabra en lo que concierne a la interpretación de la Constitución. Ahora bien, es importante destacar que, cuando tales tribunales toman decisiones, también deliberan y deciden mayoritariamente como si fueran un parlamento desde la perspectiva de la decisión. En eso se asemejan los tribunales colegiados del poder judicial y el poder legislativo con el parlamento.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

Las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales también implican un grado de deliberación, ahora bien, la deliberación no es tan intensa, plural o pública como puede ser la del parlamento, pero cuando los jueces constitucionales se encuentran resolviendo un caso concreto, deliberan y toman decisiones mayoritariamente. Este es el elemento que se quiere resaltar.

En el proceso de tomar esas decisiones los jueces razonan y realizan un debate constitucional entre ellos, para dar una respuesta sustentada en derecho a las exigencias de las sociedades heterogéneas. Las normas que rigen procedimentalmente la decisión de los jueces constitucionales, regularmente, establecen el número de votos mínimos requeridos para que se pueda tomar una decisión judicial. Esto se demuestra especialmente en sistemas de decisión judicial que siguen la regla de la transparencia, por ejemplo: si son siete jueces, el mínimo requerido será cuatro; si son nueve jueces, el mínimo requerido será cinco y así sucesivamente; aunque, es de advertir que pueden existir casos en que se exigen mayorías calificadas, como lo señala Waldron (2018).

3.2_. Desde la Dificultad Contramayoritaria de Bickel hasta la Dificultad Contrademocrática de Waldron.

Si los tribunales también deliberan y deciden mayoritariamente, entonces, aquella apreciación bien conocida de Bickel (1986) sobre que los tribunales constituyen una "fuerza contramayoritaria." Pág. 16, se podría cuestionar. Por un lado, es razonable pensar en los peligros que implica una ley que pudiera vulnerar los derechos las minorías. Pero, por otro lado, también es cierto que en determinados casos de la vida constitucional, las consecuencias del control judicial de la constitucionalidad pueden derivar, como señala Peña (2020) en "tensiones entre los poderes del Estado" Págs. 33-34.

En los casos de tensión constitucional, sobre cuestiones como el aborto, eutanasia, matrimonio igualitario o regulación de la libertad de expresión, la presión se hace aun mayor sobre los órganos del poder judicial. Ni que hablar de temas como el poder constituyente o las famosas cuestiones políticas no justiciables (*political questions*).

Si cinco de nueve jueces toman una decisión, cualquiera que sea la decisión sobre estas cuestiones, podría ser objetable o dudosa. Más lo es desde el punto

de vista de Waldron (2018), quien considera que el control judicial de la constitucionalidad implica más bien "una dificultad contrademocrática, no de una dificultad contramayoritaria", porque el factor "que cambia es el universo de personas cuyos votos serán contados sobre la cuestión." Pág. 189. De manera que, el mayoritarismo sigue existiendo tanto en sede parlamentaria como judicial. Entonces, la justificación sobre que el poder judicial tenga la última palabra en la interpretación perdería sentido y justificación en ciertos aspectos, recayendo sobre los defensores del control judicial una carga argumentativa.

Otra percepción sobre el problema del control judicial pareciera tenerla Ferreres (2012). Para este autor, el control judicial es "una institución para limitar las decisiones tomadas por los órganos políticos que representan la voluntad popular mayoritaria." Pág. 42. Eso es, los jueces constitucionales limitan las decisiones tomadas por el parlamento que representa la "voluntad popular mayoritaria." Los jueces limitan la democracia que se representa en las mayorías parlamentarias elegidas mediante una votación universal, directa y secreta que toman decisiones. De manera que Ferreres acepta su rasgo contrademocrático, aunque se decida en sede judicial, ciertamente, también contado cabezas como en un parlamento.

Consideramos que la crítica de Waldron es muy importante, por cuanto los jueces constitucionales también toman decisiones con base en el mayoritarismo. Y no es una cuestión que pueda responderse desde la "obviedad." Si bien los Jueces no son elegidos democráticamente -y éste es el monstruo al que se enfrenta-, existen otros factores de legitimidad, como puede ser el compromiso que los jueces tengan con proteger la supremacía de la Constitución que, como señala Peña (2020) es "el texto fundamental del Estado, que rige su vida política y jurídica." Pág. 79. En un texto constitucional con enfoque de derechos humanos, con su pluralidad, ninguna minoría debería desprotegerse de forma que se elimine la expectativa de convertirse en un grupo importante para la toma de decisiones públicas.

5_. Decisiones Judiciales en el Derecho Constitucional Comparado.

En el derecho constitucional constitucionalismo comparado se han suscitado desacuerdos razonables sobre casos controvertidos, que escapan del

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

entendimiento normal y requieren de un conocimiento profundo sobre cuestiones jurídicas, como es el caso de los jueces constitucionales para su resolución. Sin embargo, tal resolución, por ser casos muy complejos, pueden implicar interpretaciones distintas e incluso contradictorias entre sí, por la libertad de pensamiento, expresión y creencias de un Juez en un ambiente democrático.

5.1_. Roe vs Wade.

El caso Roe vs Wade decidido el 22 de enero de 1973 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se trata de un supuesto que llama poderosamente la atención en la historia constitucional de los Estados Unidos. Es de vital importancia ya que su temática sobre el aborto marcó un antes y después en la historia del derecho al aborto en los Estados Unidos y en otros países de América Latina, en que poco a poco han dado un paso adelante en este sentido.

Una mujer soltera embarazada (Roe), interpuso una demanda colectiva en contra de la constitucionalidad de las leyes penales sobre aborto en el Estado de Texas, que prohibieron procurar o intentar un aborto, excepto por recomendación médica con el fin de salvar la vida de la madre, como regla común en la mayoría de los Estados.

La decisión de la Corte se basó en el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo, ampliando las causales del aborto en favor de la mujer, que estaría comprendido en la libertad de elección personal en asuntos familiares, derecho a la privacidad, protegida por la décima cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Se trata de una adaptación de la Constitución a tiempos cambiantes, como una especie de interpretación evolutiva de la norma fundamental, contrario a la tesis del originalismo.

Ante un caso como el del aborto, en que chocan casi bienes "absolutos" como vida contra libertad, es razonable que muchas personas estén en desacuerdo, sobre todo, por cuestiones tradicionales. De hecho, para Tribe (1990) "ningún derecho es más básico que la vida y nada es más devastador que vida sin libertad." Pág. 3. Disentir en casos como el aborto, es entendible y existen muchos fenómenos involucrados que agravan su complejidad, como es la religión.

En el caso en cuestión, el Juez Blackmun, fue el autor de la opinión mayoritaria de siete contra dos que dio cabida al aborto en los Estados Unidos, cuyos jueces disidentes fueron White y Rehnquist. Las opiniones disidentes, desde el punto de vista de la democracia crítica, deben ser cuanto menos respetadas. Inclusive, es nutritivo señalar lo que indica Rehnquist en el inicio de su voto disidente: "While the opinion thus commands my respect, I find myself nonetheless in fundamental disagreement with those parts of it that invalidate the Texas statute in question, and therefore dissent."

El Juez Rehnquist respeta la opinión mayoritaria, sin embargo, por sus creencias como individuo y en ejercicio de la libre expresión y pensamiento, disiente. Disentir en estos temas es importante para aquellas personas que no se sientan identificadas con la opinión mayoritaria en la Corte y ante la expectativa sobre un cambio en el futuro de la percepción del órgano judicial.

5.2_. Ley 1354 de 2009.

Según la Ley 1354 de 2009 en Colombia, sobre la cual se convoca un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional, se pretendía modificar el artículo 197 de la Constitución Política, quebrando el límite de la reelección presidencial establecido en la norma fundamental por el poder constituyente originario.

El presente caso que se decidió bajo Sentencia C-141/19 de 27 de agosto de 2009 por el Tribunal Constitucional de Colombia, es uno en el que se enfrenta el constitucionalismo contra la democracia. Por tanto, tiene un vasto terreno para la argumentación de cada una de las posturas, cualquiera que sea la elegida. La discusión en este tipo de temática tiene múltiples *rounds* para desenvolverse, pues trastoca el fondo más íntimo de las instituciones públicas y sus fines llamados a alcanzar.

El control judicial efectuado por el Tribunal Constitucional colombiano sobre la reforma constitucional tuvo como respuesta declarar "*inexequible*" o en otras palabras, no conforme con la Constitución Política la Ley 1354 de 2009 en su totalidad. En cuanto a la deliberación judicial, siete de los nueves magistrados votaron a favor. Dos disintieron totalmente por no estar de acuerdo en el fondo

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

con la decisión y de los siete que la aprobaron, tres aclararon su voto por discrepancias parciales. El fallo señala -entre muchas otras cosas- que:

> surge como conclusión inexorable (...) que la segunda reelección y el tercer periodo consiguiente implican un quebrantamiento de la Constitución y que esa rotura sustituye varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la Carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva.

La tesis se basó en límites al poder constituyente derivado, por consiguiente, se intentó preservar la creación del poder constituyente originario, mediante la tesis de reformas constitucionales inconstitucionales (*unconstitutional constitutional amendments*). En contraste, tomando una de las aclaraciones de voto, por ejemplo, el Juez Sierra discrepa en ese aspecto, señalando en su voto que la "existencia de límites o condicionamientos para modificar la Carta Política solo se refiere al procedimiento para la toma de decisiones, no sobre el contenido de las mismas."

Como consecuencia, ampliar el margen competencial del Tribunal, según el mismo voto, conlleva en primer lugar que "riñe con el tenor literal del artículo 241.3 de la Carta y permite un control material de las reformas constitucionales." En segundo lugar, implica "un cambio radical y profundo en el concepto de constitución material." Y finalmente "plantea una distinción artificial entre las distintas vías de reforma de la Constitución."

Otra interpretación es la que señala el magistrado Pinilla en su aclaración de voto, sobre la excesiva rigidez constitucional. En el voto de Pinilla, se indica que los textos rígidos "generan en el mediano y largo plazo la creciente insatisfacción de la comunidad política, que (...) termina percibiendo dicha dificultad como un deliberado intento de quienes en cada momento detentan el poder político, o el del control constitucional."

Ambos argumentos son respetables y señalan distintas interpretaciones que, pueden ser válidas en una deliberación judicial en la que se trastocan temas

como la democracia y sus límites, poco fáciles de teorizar y llegar a acuerdos que puedan satisfacer a la sociedad.

5.3_. Estatuto de Cataluña.

Un grupo considerable de diputados del Congreso español interpusieron un recurso de inconstitucionalidad en contra de preceptos de la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El Tribunal Constitucional de España decidió el caso en Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010.

En este caso, se trata el tema acerca de hasta dónde llega la autonomía de Cataluña con respecto a España como Nación y su Constitución. El Tribunal terminó declarando varios aspectos importantes que pueden ser interesantes para el debate constitucional, la cual se dictaminó mediante una mayoría de diez jueces contra dos. Un aspecto relevante sobre el fallo se refiere a que carece de "eficacia jurídica interpretativa las referencias del preámbulo del Estatuto de Cataluña a 'Cataluña como nación' y a 'la realidad nacional de Cataluña.'"

En contraste, es menester señalar el voto particular del Magistrado Conde Martin. Según Conde Martin, se debería apreciar lo siguiente:

> Si la fijación del sentido del precepto y el enjuiciamiento de su validez constitucional se han llevado a cabo directamente sin la utilización de la clave hermenéutica que puede suponer el preámbulo, carece ya de justificación lógica que una clave de interpretación, que en realidad no se ha utilizado, sea sometida a análisis o a decisión jurídica.

Es un desacuerdo interesante desde la hermenéutica constitucional. Otra discrepancia similar es la del voto particular del Magistrado Gay Montalvo, quien señala que:

> En mi opinión la Sentencia no podía más que concluir que el adjetivo 'nacional' aplicado a Cataluña no ha de entenderse como contrapuesto a la Nación española, de la misma forma que los conceptos de ciudadanía catalana y pueblo catalán no significan negación de la existencia de la ciudadanía española o pueblo

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

> español por cuanto se refieren a una expresión de estos últimos, en los que se integran.

Este es otro punto de vista sobre cómo el Tribunal pudo haber interpretado las palabras del preámbulo del Estatuto acerca de "nacional" con referencia a Cataluña. Sin embargo, para la percepción de la mayoría de los jueces, esa referencia se entiende como contrapuesto a Nación española, lo que equivaldría a contrario de la Constitución.

Adicionalmente, otro voto particular es el del Juez Rodríguez Arribas, quien señala sobre el valor de los preámbulos lo siguiente:

> Los preámbulos, aunque ciertamente no tengan fuerza jurídica normativa y sí solo interpretativa, tienen una importancia que no puede minimizarse, por cuanto reflejan los valores y principios que inspiran el texto legal y por eso discrepo del tratamiento que se ha hecho en la Sentencia de la mayoría.

Los preámbulos son relevantes, piénsese en el "*We the people*" de la Constitución de los Estados Unidos o en la reflexión de la Constitución de Sudáfrica, que se refiere a "reconocer las injusticias de nuestro pasado" y la "honra a quienes sufrieron por la justicia y la libertad en nuestra tierra." Los preámbulos demuestran reflexión histórica y tienen una función importante para entender el texto que preceden. Por consiguiente, son razonables las opiniones discrepantes sobre la opinión mayoritaria en la decisión.

5.4_. Vacancia del Presidente de la República por Incapacidad Moral.

El Tribunal Constitucional de Perú mediante Sentencia 778/2020 de 18 de noviembre, resuelve el caso sobre la vacancia del presidente de la República por incapacidad moral. Se trata un supuesto muy relevante que toca las fronteras de las "cuestiones políticas" no justiciables.

En efecto, para la mayoría de cuatro jueces sobre siete se declara improcedente la demanda. Otro grupo de jueces, en primer lugar, de dos, votaron por declararla fundada en parte e improcedente en un extremo. En segundo

lugar, un magistrado votó por declarar fundada la demanda de conflicto competencial.

Para la mayoría de los jueces, el factor decisivo de su decisión fue que "no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre la pretensión objeto del presente proceso, por cuanto a la fecha se ha producido la sustracción de la materia controvertida." Esto conforme al artículo 321 del Código Procesal Civil en aplicación supletoria del Código Procesal Constitucional desde la perspectiva del derecho procesal.

No obstante, es necesario reflejar lo que señalan las opiniones disidentes. Para empezar, es un hecho público y notorio que en los últimos años el Congreso de la República del Perú ha utilizado en múltiples oportunidades la alternativa de la incapacidad moral, para justificar el ejercicio de la vacancia presidencial. Esta situación, como es razonable, ha generado un entorno de ingobernabilidad y tensiones políticas entre los grupos de poder que componen la política peruana.

Para los Magistrados Ledesma Narváez y Ramos Núñez en su voto singular, la demanda no debió declararse improcedente por sustracción de materia, sino más bien debió ingresarse al fondo del asunto y declararla fundada, porque "está acreditado el uso indebido de la vacancia presidencial por parte del Poder Legislativo, así como la afectación de las competencias de la Presidencia de la República para dirigir la política general de gobierno."

En otras palabras, según el voto particular de la Magistrada Espinosa-Saldaña se argumenta lo siguiente:

> El Tribunal Constitucional no solo estaba habilitado, sino que su deber era, con base en una adecuada comprensión del rol que le toca cumplir a este órgano en el marco de los Estados Constitucionales, pronunciarse sobre el contenido y alcances de la pretensión planteada (lo que habitualmente se denomina fondo de la demanda), determinando en primer lugar el contenido que le corresponde a la causal de vacancia presidencial intitulada "*permanente incapacidad moral*," con el objeto de ayudar a pacificar y a racionalizar la cuestión sometida a litigio.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

En esta oportunidad, el disenso se inclina por una posición activista del Tribunal Constitucional para resolver un caso complejo en el Estado Constitucional, una labor de los jueces que busca superar su visión clásica en el organigrama estatal. Por el contrario, la posición mayoritaria de los jueces fue evitar inmiscuirse en lo relacionado a la vacancia presidencial por incapacidad moral.

6_. Disenso e Independencia Judicial: Sobre el Caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela.

Un entorno favorable para el disenso requiere como condición previa a la democracia constitucional con sus *checks and balances*, soberanía popular y los derechos fundamentales. Es difícil imaginar que en un ambiente no democrático esté permitido el disenso. Por el contrario, si no hay democracia el disenso estará prohibido y hasta castigado mediante sanciones jurídicas que evitarán cualquier forma de crítica y protesta que pueda cambiar el *statu quo* político y jurídico.

El poder judicial tiende a ser ocupado rápidamente por regímenes no democráticos, cuando se desequilibra gravemente el poder público, se violan derechos humanos y existen altos niveles de corrupción. En ese desequilibrio, la independencia judicial se afecta y desmantela ferozmente a través de tácticas como la intervención en la selección de los jueces, ingreso sin concurso público y justo, remuneración insuficiente y persecución o amenazas hacia aquellos jueces que fallan en contra del partido político de gobierno.

En Venezuela, este proceso ha ocurrido según la documentación y denuncias que se han efectuado ante la Comisión y Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, así también el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Misión Independiente de Determinación de los Hechos sobre Venezuela, correspondientes al Sistema Interamericano y Universal de Protección de los Derechos Humanos. Las consecuencias de la ausencia de independencia del poder judicial son severas y amplias, pero el punto que interesa aquí es que, el disenso es sumamente escaso en un órgano importante del ordenamiento jurídico, como lo es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Así, en sentencias que trastocan puntos claves de las instituciones que componen el Estado, cuando la falta de disenso se convierte en sistemática, son un indicador que refleja el estado de salud institucional del poder judicial. Véanse las siguientes sentencias de dicha Sala sobre asuntos trascendentales del ordenamiento jurídico venezolano, que han reconfigurado la forma en que se observan varios aspectos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante un control judicial abusivo (*abusive judicial review*).

6.1_. Estado de Emergencia Económica.

En el año 2016, mediante Sentencia N° 7 de 11 de febrero se desconoce el control político de la Asamblea Nacional sobre los Estados de Excepción. La sentencia indica lo siguiente:

> El control político de la Asamblea Nacional sobre los decretos que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos; y el Texto fundamental prevé de forma expresa que la Asamblea Nacional puede revocar la prórroga del decreto de estado de excepción, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron, actuación que pudiera ser objeto de control de la constitucionalidad por parte de esta Sala, sea, por ejemplo, como acción en ejecución directa e inmediata de la Constitución o como controversia constitucional entre poderes públicos.

Esta es una sentencia controvertida para el ordenamiento jurídico, por cuanto se trata de una de las competencias más importantes del Parlamento, como contrapeso de los actos extraordinarios del Ejecutivo Nacional. Por ser controvertida, las probabilidades de disenso aumentan y debería existir como se observa en los casos del constitucionalismo comparado antes expuesto. Sin embargo, ninguno de los siete jueces que componen la Sala Constitucional disintió en este fallo que tuvo serias consecuencias políticas y jurídicas ya que, entre otras, redujo la autoridad de la Asamblea Nacional sobre los Estados de Excepción por carecer de efectos jurídicos su control.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

6.2_. Competencias de la Asamblea Nacional.

En el año 2017, mediante Sentencias N° 155 y 156 de 28 y 29 de marzo respectivamente, se suscitaron casos con aun más relevancia que el anterior. La Sala Constitucional se atribuyó a sí misma competencias de la Asamblea Nacional. La Sentencia más grave fue la N° 156 que señala:

> Se advierte que mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho.

Esta es una línea muy polémica y proclive para generar bastante inestabilidad en las instituciones del Estado Constitucional. Querer atribuirse competencias de un poder, es obviamente, una situación considerablemente discutible desde una perspectiva democrática básica del poder. El actuar de los Jueces en este caso es una muestra clara de constitucionalismo judicial abusivo y de instrumentalización del poder judicial. La Sentencia N° 156 así como la N° 155 no tuvieron disenso por parte de los magistrados, igualmente, cabe mencionar que las posteriores "aclaratorias" de tales fallos, en Sentencias N° 157 y 158 tampoco hubo disenso por parte de los Jueces de la Sala Constitucional.

6.3_. Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

En el año 2017, mediante sentencia N° 378 de 31 de mayo se procedió a interpretar los artículos 347 y 348 de la Constitución de 1999, convalidando la convocatoria por el partido político oficialista en el poder a una Asamblea Nacional Constituyente, sin un referéndum de convocatoria. Dicha sentencia señala:

> En los términos antes expuestos, la Sala considera que no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX.

Uno de los temas más polémicos y que más dudas genera en el derecho constitucional y la teoría política, es el del poder constituyente. Peor se vuelve la situación cuando se trata de poder constituyente originario, en lugar de poder constituyente derivado por las magnitudes del cambio constitucional a efectuar. Este caso, en su contexto, representó un momento político muy importante para la historia reciente de Venezuela. Sin embargo, a pesar de ser un tema sumamente controvertido en el cual se interpretó uno de los artículos más delicados de la Constitución, no hubo discrepancias por parte de los Magistrados.

6.4_. Juramentación del Presidente de la República en el Tribunal Supremo de Justicia.

En el año 2019, mediante Sentencia N° 1 de 8 de enero la Sala Constitucional interpretando los artículos 237 y 347 establece que el Presidente de la República se debe juramentar ante el Tribunal Supremo de Justicia y no ante la Asamblea Nacional. La sentencia indica:

> En cuanto a la interpretación sobre ante cuál órgano del Poder Público debe juramentarse el ciudadano Nicolás Maduro Moros para el ejercicio del cargo de Presidente de la República para el cual fue electo en los comicios presidenciales el pasado 20 de Mayo de 2018, conforme a lo previsto en los artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ante la imposibilidad de ser juramentado ante el órgano legislativo nacional, por encontrarse dicho órgano en flagrante desacato, y por ser este un motivo por el cual el Presidente de la República no puede tomar posesión ante la Asamblea Nacional, lo hará ante el Tribunal Supremo de Justicia.

La presente sentencia se trata igualmente de un asunto controvertido, porque la juramentación del Presidente según señala la Constitución vigente debe ser ante el Parlamento. En el caso decidido no sería de la forma señalada en la Ley Fundamental, sino en otro órgano diferente, que es el Tribunal Supremo de Justicia. En este particular, ninguno de los magistrados disintió de la decisión como demostración de una conducta sistemática de la Sala Constitucional de ser un instrumento del partido oficialista.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Angello Javier Peña Barrios ● Pág.: 308 – 336

6.5_. Ausencia de Disenso en la Sala Constitucional: Un Problema Estructural.

En un estudio realizado por Cornielles (2020) se señala parte de los problemas que produce la ausencia de disenso en un órgano colegiado y poderoso como la Sala Constitucional. Uno de sus problemas es la perdida de legitimidad. En números, esta situación se puede reflejar desde los años 2016 hasta 2018, que a nuestro juicio fueron periodos de tiempo importantes en Venezuela que pusieron a prueba la legitimidad de las grandes instituciones que componen el diseño institucional venezolano.

Por ejemplo, en los años 2016, 2017 y 2018 se puede observar el déficit de disenso en la Sala Constitucional:

Déficit de disenso en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en los años 2016, 2017 y 2018

Año	Cantidad de sentencias	Cantidad de disenso en las sentencias
2016	1205	48 sentencias contaron con al menos 1 voto disidente y 13 sentencias contaron con 2 votos disidentes.
2017	1107	48 sentencias contaron con 1 voto disidente y sólo 2 sentencias contaron con 2 votos disidentes.
2018	933	21 sentencias contaron con 1 voto disidente y ninguna con 2 votos disidentes.

Elaboración propia con información de Cornielles (2020: 482).

Las cifras documentadas son indicadores de una situación grave en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se relaciona con la falta de independencia del poder judicial. Son cifras muy bajas de disenso que reflejan la intromisión de "manos sucias" en el actuar judicial, comprometiendo su entera independencia y la democracia constitucional.

Para que una democracia constitucional funcione no debe haber intromisión en el poder judicial, especialmente, en órganos como la Sala Constitucional que tienen la última palabra en lo concerniente a la interpretación de la Constitución. Tanto externa como interiormente los órganos judiciales

colegiados deben mantenerse libres de pensar y expresarse a través de sus decisiones, sólo sometidos a la Ley. Inclusive, si se toman decisiones que no gustan a las mayorías, la expectativa de poder disentir debe prevalecer porque interpretan (la Constitución) un factor importante para mantener la pluralidad en las sociedades.

Por el contrario, cuando hay intromisión y se socava la independencia judicial, fenómenos como la corrupción, predominio de los intereses gubernamentales y menoscabo de los derechos fundamentales por el mismo poder judicial, tienen mayor probabilidad para presentarse. Por ello, la independencia judicial es importante para proteger los derechos fundamentales, cobrando gran relevancia la afirmación de Ferrajoli (2013) "no hay garantía de los derechos sin jueces independientes." Pág. 213. En suma, independencia judicial es una condición propia de la democracia constitucional.

CONCLUSIONES

Disentir es indispensable en todo órgano colegiado del poder judicial, especialmente, en los tribunales constitucionales que en su mayor parte componen la estructura judicial de mayor jerarquía del diseño institucional de las democracias constitucionales de América Latina. Más justificada se convierte la necesidad de disentir con las sociedades heterogéneas que son el contenido del Estado y requieren respuestas abiertas, plurales y críticas en las que las minorías también puedan sentirse identificadas.

La objeción antidemocrática que se atribuye al poder judicial, por tener la última palabra en lo concerniente a la interpretación de la Constitución, se agrava considerablemente ante un Tribunal Constitucional, en el cual, no haya disenso sobre decisiones relevantes para la sociedad.

Disentir atenúa la crítica contrademocrática sobre el control judicial de la constitucionalidad, porque los tribunales colegiados deciden también bajo el criterio de la mayoría y, si en la mayoría de decisiones judiciales relevantes para la sociedad, los jueces deciden sin crítica y con conformidad, es decir, sin disentir y con unanimidad, entonces el control judicial se enfrenta a un problema acrítico interno que hace que sus decisiones sean bastante cuestionables y agrava las

críticas del control judicial. Se hace indispensable que la estructura del sistema de justicia cuente con un modelo de transparencia para hacer públicas las disidencias en los órganos colegiados de la judicatura.

Las decisiones judiciales son deben siempre unánimes, por el contrario, debe haber espacio para la crítica y respetar la opinión de los disidentes. Con razón que cuando un Juez disiente del criterio de la mayoría comienza su declaración con aseveraciones hacia el "respeto". Ese mismo respeto debe existir para el pensamiento de los jueces disidentes que, en esencia, es un ejercicio de constitucionalismo crítico saludable para la institucionalidad democrática.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bickel, A. (1986) "*The Least Dangerous Branch*." Yale University Press. Second edition, New Haven, Estados Unidos.

Bobbio, N. (1986) "*El Futuro de la Democracia*." Fondo de Cultura Económica. México.

Coloma, R. (2014) "Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»." *Polít. crim.* Vol. 9, Nº 18, pp. 400-427. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A4.pdf.

Cornielles, J. (2020) "Estadísticas no publicadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano: argumentos para discutir sobre la legitimidad de la Corte venezolana." *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Nº 16/2018.

Dahl, R. (1971) "*Polyarchy. Participation and Opposition*." Yale University Press. New Haven, U.S.A.

Falk, B. (2009) "Learning from History: Why We Need Dissent and Dissidents." *International Journal*, Vol. 64, No. 1, Electoral Politics and Policy: Annual John W. Holmes Issue on Canadian Foreign Policy, pp. 243-253. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/40204467?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents.

Ferrajoli, L. (1998) "*Más Allá de la Soberanía y Ciudadanía: un Constitucionalismo Global*." En: *ISONOMÍA*, N° 9.

Ferrajoli, L. (2007) "Sobre los Derechos Fundamentales," En: *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid, España.

Ferrajoli, L. (2013) "*Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia*." Editorial Trotta, Madrid.

Ferreres, V. (2012) "*Justicia Constitucional y Democracia*." Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda Edición. Madrid, España.

Garzón, E. (2000) El Consenso Democrático: Fundamento y Límites del Papel de las Minorías. En, "Constitucionalismo y Diversidad Cultural." *ISONOMÍA*, N° 12.

Habermas, J. (1999) "*La Inclusión del Otro*." Editorial Paidós. Madrid, España.

Kymlicka, W. (1996) "*Ciudadanía multicultural. Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*." Editorial Paidós. Madrid, España.

Langa, P. (2007) "The Fifth Bram Fischer Memorial Lecture the Emperor's New Clothes: Bram Fischer and the Need for Dissent." *South African Journal on Human Rights*, 23:2, 362-372, DOI: https://doi.org/10.1080/19962126.2007.11864927.

Morlino, L. (2005) "*Calidad Democrática. Notas para su Discusión*." En: *MetaPolítica*, N° 39.

Peña Barrios, A, J. (2020) "*Consideraciones Sobre la Justicia Constitucional*." Andara Editor. Mérida, Venezuela.

Peña Barrios, A, J. (2021) "Constitucionalismo global y derechos humanos." *Anuario de Derechos Humanos*, 17(2), 427–447. DOI: https://doi.org/10.5354/0718-2279.2021.63596.

Peña B., A, J. (2020) "La Supremacía Constitucional en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela." Estado de Derecho: Rechtsstaat, N° 1, 74-96.

Pérez, J. (2003) "*Curso de Derecho Constitucional*." Editorial Marcial Pons. Novena Edición. Madrid, España.

Radbruch, G. (1962) "*Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*." Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Real Academia Española (2001) "*Diccionario Esencial*." Editorial Espasa, Madrid.

Sartori, G. (2000) "*La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros*." Editor digital Titivillus.

Sunstein, C. (2001) "*Designing Democracy. What Constitutions Do*." Oxford University Press, Estados Unidos.

Sunstein, C. (2002) "*Conformity and dissent*." Chicago University Press & Legal Theory Working Paper No. 34.

Sunstein, C. (2020) "*La conformidad. El poder de las influencias sociales sobre nuestras decisiones*." Traducción de Laura Lecuona. Instituto Nacional Electoral, México.

Tribe, L. (1990) "*The Clash of Absolutes*." W. W. Norton & Company, Estados Unidos.

Verdugo, S. (2011) "Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático." *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 - N° 2, pp. 217-272. DOI: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200009.

Waldron, J. (2018) "*Contra el Gobierno de los Jueces*." Siglo Veintiuno Editores. Argentina.

Zagrebelsky, G. (1996) "*La Crucifixión y la Democracia*." Editorial Ariel, España.

Zagrebelsky, G. (2011) "*Derecho dúctil*". Editorial Trotta, novena edición, España.

Tribunal Constitucional de España. Estatuto de Cataluña. Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010.

Tribunal Constitucional de Perú. Vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral. Sentencia 778/2020 de 18 de noviembre de 2020.

Corte Constitucional de Colombia. Ley 1354 de 2009. Sentencia C-141/19 de 27 de agosto de 2009.

Corte Suprema de los Estados Unidos. Roe vs Wade. 410 U.S. 113. 22 de enero de 1973.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 7 de 11 de febrero de 2016.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 378 de 31 de mayo de 2017.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1 de 8 de enero de 2019.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes… ● Pág.: 337 – 356

EXTENSIÓN A LOS PRIVILEGIOS Y PRERROGATIVAS PROCESALES DE LA REPÚBLICA A OTROS ENTES: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ N° 0735 DEL 25 DE OCTUBRE DE 2017 (CASO BANAVIH VS. MERCANTIL BANCO UNIVERSAL)

EXTENTION OF PROCESS'S PRIVILEGE AND PRERROGATIVES OF THE REPUBLIC TO ANOTHER PUBLIC ORGANIZATIONS: CERTAINLY THE CONSTITUTIONAL COURT DECISION OF THE SUPREM COURT OF VENEZUELA WITH SENTENCE N° 0735, OCTOBER, 25, (2017) (CASE BANAVIH VS. MERCANTIL, C.A. BANCO UNIVERSAL

Iván D. Paredes Calderón[1]
https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.01

Fecha de Recepción: 11 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 28 de febrero de 2022

RESUMEN

A través de la presente contribución se hace un estudio breve del criterio actual sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC-TSJ) en su Sentencia N° 735 Fecha del 25 de Octubre de 2017 (Caso BANAVIH vs Mercantil C.A. Banco Universal), referente a la extensión de los privilegios y prerrogativas procesales acordados en la Ley a favor de la República, hacia otros entes.

Palabras Clave: Prerrogativas, Proceso, Igualdad.

ABSTRACT

Through this contribution, a brief study has been made of the current criteria upheld by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice in its judgment No. 0735 of October 25, 2017 (Case of BANAVIH vs. Mercantil, C.A. Universal Bank), regarding the extension of the procedural privileges and prerogatives agreed in the Law in favor of the Republic, to other entities.

Key Word: Prerrogatives, Process, Equality.

[1] Abogado (UCV). En Ejercicio. Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Cursante de la Especialización en Derecho Procesal (UCV). Profesor de Pre y Post-Grado en Derecho Administrativo (UCV). Miembro del Comité de Jurisprudencia y Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Funcionarial (CIDEP-FUNEDA).

INTRODUCCIÓN

A través del presente estudio se efectuará un breve análisis del criterio contenido en la Sentencia N° 0735 del 25 de Octubre de 2017 (Caso Banavih vs. Mercantil, C.A. Banco Universal), mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia efectuó la extensión de los privilegios y prerrogativas procesales acordados por la Ley a la República, en favor de otros entes, tanto territoriales como descentralizados funcionalmente.

Es el caso que, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, y con la creación del Tribunal Supremo de Justicia, así como de su Sala Constitucional, han sido numerosos los criterios vinculantes fijados por dicho órgano jurisdiccional a través del cual se han modificado textos positivos vigentes[2], siendo entonces que el campo de los privilegios y prerrogativas procesales establecidos por Ley en favor de la República no han sido la excepción.

De esta manera se podrá evidenciar como la Sala Constitucional, a través de sus sentencias vinculantes, ha maximizado la aplicación de los privilegios y prerrogativas procesales a otros entes, generando de esa manera profundas consecuencias en el marco del proceso, que sin duda alguna minimizan la posición del particular frente al gigante que es la Administración Pública.

1_. Sobre los Privilegios y Prerrogativas Procesales.

En lo que se refiere a los privilegios y prerrogativas procesales, Reverón Boulton (2013) ha indicado que los mismos "(…) *se fundamentan en la protección patrimonial de los intereses de la República en un juicio, de manera que éstos no se vean afectados por la posible impericia o negligencia de los abogados que representan a la República y por ello es que se rompe con el principio de igualdad procesal.*"[3]

---

[2] Sobre este punto mucho se ha escrito en doctrina. Sin embargo, el maestro Allan R. Brewer-Carías ya ha denunciado los notorios excesos en los que ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo. Cfr. Allan R. (2007) *"CRÓNICA SOBRE LA 'IN' JUSTICIA CONSTITUCIONAL: La Sala Constitucional y el Autoritarismo en Venezuela."* Colección Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela N° 2. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas- D.F., Venezuela.

[3] **Reveron, C.** (2013) Prerrogativas Procesales de PDVSA. En "*Revista de Derecho Público N°133*." Enero-Marzo. Pág. 214.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes… ● Pág.: 337 – 356

Así debe señalarse que los privilegios y prerrogativas procesales acordados por Ley a la República se encuentran actualmente contenidos en el Decreto N° 2173 Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2016,[4] concretamente de los artículos 77 y siguientes de dicho instrumento, en los cuales se han consagrado los típicos privilegios y prerrogativas procesales relativos a la prohibición de aplicación de la confesión ficta (Artículo 80), en materia de notificaciones y citaciones (Artículo 78, 93 y 94), consulta obligatoria de sentencias (Artículo 84), prohibición de condenatoria en costas procesales a la República (Artículo 88), procedimiento especial para la ejecución de sentencias definitivamente firmes (Artículo 100), inaplicación de medidas preventivas o ejecutivas a los bienes de la República (Artículo 87) y el caso del procedimiento administrativo previo y obligatorio previo a la interposición de demandas de contenido patrimonial (Artículo 68), que si bien este último no se da propiamente dentro del proceso, sí tiene posterior incidencia procesal, por cuanto el artículo 74 del Decreto expresamente señala que *"(…) Los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intenten contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo (…)."*

De igual modo, debe señalarse que en el ordenamiento jurídico venezolano, existen otros instrumentos legales que han extendido expresamente estos privilegios y prerrogativas procesales en favor de otros entes, tal y como es el caso de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 2009,[5] que en su artículo 36 dispone que "Los Estados tendrán, los mismos privilegios y prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República."

Asimismo, en el caso de los institutos autónomos, se tiene que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública del 2014[6], dispuso en su artículo 100 que los mismos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios.

---

[4] **Gaceta Oficial N° 6.220 Extraordinario** de Fecha 15 de Marzo de 2016 (Reimpresión).
[5] **Gaceta Oficial N° 39.140** de Fecha 17 de Marzo de 2009.
[6] **Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario** de Fecha 17 de Noviembre de 2014.

En el caso de los municipios, como entes descentralizados territorialmente, la situación es disímil, ya que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010,[7] tiene un sistema propio de privilegios y prerrogativas procesales a favor del municipio, en el marco de su actuación procesal en juicio, que naturalmente tiene sus diferencias respecto de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR) de 2016.

Por otra parte, es importante señalar que la Sala Constitucional del TSJ en Sentencias **N° 2.254** de Fecha 13 de Noviembre de 2001 y **N° 1.582** del 21 de Octubre de 2008, ha señalado que los privilegios y prerrogativas procesales son de interpretación restrictiva, así como también, estableció la inviabilidad para el legislador de concebirlas mediante fórmulas genéricas e imprecisas.

2_. El Caso de la Sentencia Bajo Análisis.

La Sentencia dictada por la Sala Constitucional del TSJ en N° 0735 que se analizará en seguida, constituye el último eslabón (por el momento) de una larga cadena jurisprudencial que no ha sido estable, en cuanto a su criterio, por cuanto la Sala Constitucional ha cambiado tenazmente su parecer respecto de la extensión de los privilegios y prerrogativas, aunque en algunos casos (pocos)[8] como se ha dicho precedentemente, ha indicado que no pueden ser extendidos.

Sin embargo, la tendencia que ha prevalecido ha sido la de ir expandiendo con sus interpretaciones la aplicación de los privilegios y prerrogativas procesales establecidos en Ley para la República, en favor de otros entes (a veces de forma muy conveniente), siempre alegando los intereses que ese ente tutela, tal y como fue el caso de Petróleos de Venezuela, S.A. (P.D.V.S.A), empresa estatal, que fue beneficiaria de la extensión de tales ventajas procesales a través de la Sentencia dictada por la Sala Constitucional en el Expediente N° 06-1855,

[7] **Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario** de Fecha 28 de Diciembre de 2010.

[8] Véase a modo de ejemplo el caso de la Sentencia de Fecha 14 de Diciembre de 2006, dictada en el Expediente N° AA50-T-2006-0428 (Caso Compañía Anónima de Electricidad del Centro, C.A.) con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán y la Sentencia N° 1582 de Fecha 21 de Octubre de 2008 dictada en el expediente N° 00-1535 (Caso Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional) con Ponencia de la referida Magistrada.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes… ● Pág.: 337 – 356

de Fecha 26 de Febrero de 2007 y la Sentencia de Fecha 27 de Noviembre de 2014, dictada en el Expediente N° 14-0935.

Asimismo, se tiene el caso de la Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares (C.A.V.I.M) que fue beneficiaria de la extensión de los privilegios y prerrogativas procesales en su favor gracias a la Sentencia dictada por dicha Sala en Fecha 19 de Marzo de 2012 (Expediente N° 11-1057).

En ese sentido, se tiene que la decisión N° 0735 del 25 de Octubre de 2017 (Caso Banavih vs. Mercantil, C.A. Banco Universal), dictada en el expediente Nro. 09-1174, con Ponencia del Magistrado Juan José Mendoza Jóver surge con motivo del ejercicio del recurso de apelación interpuesto por la representación del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 06 de Febrero de 2009, que declaró procedente la acción de amparo constitucional interpuesta por la representación judicial de Mercantil, C.A. Banco Universal, en contra del BANAVIH, a través del cual se denunció la presunta violación del derecho a la defensa en un procedimiento de fiscalización, por cuanto el BANAVIH se había abstenido de aplicar el procedimiento administrativo previsto en el Código Orgánico Tributario, siendo que en su lugar se aplicó el procedimiento general previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, luego de la resolución plena del fondo del asunto debatido, y sin que ninguna de las partes del proceso formulara algún alegato sobre ello, la Sala Constitucional cambió de tema, y de forma sorpresiva decidió pronunciarse sobre la extensión de los privilegios y prerrogativas procesales de la República a otros entes, de la siguiente forma:

> Por otra parte, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estima conveniente reiterar los criterios jurisprudenciales establecidos en Sentencias N° 1.681/2014 y 1.506/2015, ambas dictadas por esta Sala, en lo relativo a las prerrogativas y privilegios procesales de la República extensibles a las empresas del Estado.
>
> En este sentido la decisión 1.506 del 26 de noviembre de 2015, estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

(…omissis…)

Ahora bien, resulta un hecho de carácter público, notorio y comunicacional que actualmente el Estado venezolano posee participación en un sinfín de empresas, tanto en carácter mayoritario como minoritario, es por ello que, conforme a la potestad conferida a esta Sala Constitucional en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establece con carácter vinculante que las prerrogativas y privilegios procesales en los procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estadal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales. Y así se establece.

No obstante lo anterior, es deber de esta Sala señalar que en sentencia 0135/2016, se estableció lo siguiente:

'Visto el criterio antes referido y, determinado como ha sido que, aun siendo la sociedad de comercio Bolivariana de Aeropuertos, S.A. (BAER), como una empresa del Estado, la misma no goza de los privilegios y prerrogativas que la Ley ha acordado a favor de la República, en virtud de no existir previsión legal expresa al respecto (vid. Sentencia Nro. 2.291 de fecha 14 de diciembre de 2006, caso: Compañía Anónima Electricidad del Centro, C.A. (ELECENTRO), ratificada posteriormente, entre otras, en la decisión Nro. 1.506 del 9 de noviembre de 2009, caso: Marina Erlinda Crespo Ferrer), resulta forzoso concluir contrariamente al pronunciamiento objeto de revisión, que el privilegio procesal no se constituye en una inmunidad que alcance a la empresa demandada; en consecuencia, es claro que no le era aplicable la consulta, obligatoria.'

Se observa de lo anterior, que la Sala retomó un criterio antiguo aplicable únicamente al caso en cuestión, sin embargo, resulta meritorio recalcar y aclarar que el criterio vigente es el establecido en los fallos nros. 1.681/2014 y

> 1.506/2015 dictados por esta Sala, así como el criterio vinculante que se establece en la presente decisión.
>
> Por último, visto el carácter vinculante de la presente decisión, es por lo que se ordena la publicación del presente fallo en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Judicial y página web del Tribunal Supremo de Justicia, con el siguiente intitulado: 'Sentencia de la Sala Constitucional que establece que las empresas que posean participación del Estado así como los municipios y estados, como entidades político territoriales locales, se les concederán los privilegios y prerrogativas procesales.'" Así se decide." (Negrillas propias).

Se ve entonces, que la Sala incorporó al final de la decisión un pronunciamiento que, si bien al principio mencionó, se limitaría al caso de la extensión de los privilegios y prerrogativas procesales de la República a las empresas del Estado, finalmente, se transformó en la extensión por vía pretoriana de los mismos a las empresas *"(…) donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estadal y nacional, posea participación,"* es decir, ni siquiera se limitó a empresas en las que el Estado venezolano tenga participación decisiva, sino al parecer basta cualquier participación del Estado venezolano en la composición accionaria de la empresa (en cualquier nivel, sea municipal, estadal o nacional), para que le sean extensibles a ella los privilegios y prerrogativas de la República.

Pero peor aún, al final de la decisión, la Sala Constitucional sentó un criterio grave al indicar que "*dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales. Y así se establece."* Sobre esto último, hemos de indicar primeramente que la extensión efectuada en favor de los Estados es innecesaria, por cuanto tal y como hemos mencionado, ya el artículo 36 de la vigente Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 2009, contemplaba expresamente dicha extensión. Sin embargo, la extensión efectuada en favor de los municipios viene a incidir en el esquema de prerrogativas y privilegios procesales que ya el legislador en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM) les había conferido en un instrumento de rango de Ley, es decir, nuevamente la Sala Constitucional ha actuado nuevamente como legislador positivo.

Así, se tiene entonces que a través de la sentencia que se analiza, la Sala Constitucional trató de poner fin a la discusión existente en el nivel jurisprudencial respecto de la extensión de los privilegios y prerrogativas procesales de la República, para así consolidar entonces el criterio comentado con su aplicabilidad obligatoria respecto de los demás jueces de la República (al otorgarle el carácter de vinculante).

De esta manera, se puede observar que la Sala Constitucional ha excedido notoriamente el marco de sus competencias, por cuanto a través de su sentencia vinculante ha modificado el esquema establecido por el legislador de privilegios y prerrogativas procesales en favor de la República, haciéndolos ahora extensibles sin respaldo de texto legal alguno, a cualquier empresa en la que el Estado venezolano tenga cualquier participación, así como también, a los municipios como entes político-territoriales.

En este orden de ideas, y a modo ejemplificativo, puede imaginarse cómo sería ahora el esquema del proceso administrativo en el cual el particular acude a solicitar justicia frente a una contraparte (República, Estados e Institutos Autónomos, y en cierta medida los municipios) que estaba dotada de un marco de privilegios y prerrogativas en el marco legal (que ya de por sí le daban una posición sumamente ventajosa frente a ese particular, y que se considera, que estos suponen una notoria desigualdad procesal), pero ahora, han sido maximizados según el criterio que se viene exponiendo, siendo que el particular sigue estando en su misma posición inicial, frente a tal enorme maquinaria de la Administración Pública (que posee como es de imaginarse mayores recursos de diversa índole).

A mayor abundamiento, se ha de señalar que respecto del particular caso de las prerrogativas procesales de los que goza la Administración, se ha pronunciado la doctrina nacional, siendo que por ejemplo el profesor Alberto Blanco-Uribe,[9] al estudiar el caso de la aplicación de las mismas al ámbito del Contencioso Tributario ha indicado que:

[9] **Blanco-Uribe, A.** (2012) "*Privilegios y Prerrogativas Procesales del Estado en la Justicia Contencioso Tributaria.*" Colección Estado de Derecho, Tomo IV-Justicia Tributaria. Academia de Ciencias Políticas (ACIENPOL) – Acceso a la Justicia – Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) – Universidad Metropolitana (UNIMET). Caracas. Págs. 10-11.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes… ● Pág.: 337 – 356

> El Constituyente venezolano estableció, en consecuencia, una serie de principios fundamentales, enmarcados dentro del espíritu libertario propio del indefectible respeto de los derechos humanos, que coloca a las partes contendientes dentro de un proceso judicial en un plano de rigurosa igualdad, en donde ellas puedan legítimamente aspirar a la obtención de una expedita y efectiva justicia, es decir, que durante el proceso y al pronto final del mismo, se les dé a cada una de ellas lo que corresponda, sin más ni menos. Vale decir, que realmente se haga justicia sin que ninguna de las partes, por intermedio de argucias ilegítimas contrarias al respecto de los derechos humanos, resulte de cualquier forma favorecida en detrimento de la otra, sin ser ello lo que en justicia corresponda.
>
> Esta es la razón por la cual no existe dentro de la Constitución de la República norma alguna que prevea la posibilidad de concebir e implementar válidamente, en nuestro Estado Democrático de Derecho y de Justicia, semejantes privilegios y prerrogativas procesales del ente público, como las que son objeto de comentarios en esta ponencia.

De esta manera, se ve entonces, que si bien el citado autor elaboró su trabajo bajo la perspectiva de la justicia contencioso-tributaria (que consideró contencioso administrativo especial), estas reflexiones las derivó luego de un análisis de las prerrogativas procesales frente a los derechos humanos y principios recogidos en la Constitución de 1999, por lo que siendo ello así, se consideran válidos esos argumentos también, para el contencioso administrativo.

Por su parte, si bien se considera entonces, que las prerrogativas procesales no tienen fundamento constitucional, peor aún entonces es la situación con la sentencia que se analiza, ya que la Sala además de admitir la aplicabilidad y validez de las prerrogativa procesales en el ordenamiento jurídico, las extendió, actuando de esa forma como legislador positivo invadiendo incluso la esfera de competencias del legislador.

En este sentido, respecto de la competencia de un juez y/o magistrado para ejercer su función respectiva, se debe recordar, que ello va ligado íntimamente

con la esfera de poderes y atribuciones que objetivamente le ha asignado la Ley[10] al órgano jurisdiccional de que se trate, por lo que siendo ello así, necesariamente la Ley opera como un límite para el ejercicio de esa función. De igual forma, se debe recordar que desde un enfoque jurídico, la competencia entendida como una institución más que un principio o concepto,[11] nace de la necesidad de que cada órgano que ejerce el Poder Público actúe para la realización de lo que le es propio por su naturaleza y por su esencia, siendo entonces que una actividad que se aparte de tales elementos, acabaría por afectar profundamente la naturaleza misma del órgano.

De esta manera, y teniendo en consideración el basamento doctrinario anterior, se ha de recordar enérgicamente las competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que han sido establecidas en el artículo 336 de la Constitución de 1999, y que son las siguientes:

> Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:
>
> 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
>
> 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
>
> 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.
>
> 4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

---

[10] **Rengel-Romberg, A.** (2013) "*Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo I: Teoría General del Proceso.*" Ediciones Paredes. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 265.

[11] **Araujo-Juárez, J.** (2011) "*Derecho Administrativo General-Administración Pública.*" Ediciones Paredes. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 40.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes… ● Pág.: 337 – 356

> 5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.
>
> 6. Revisar, en todo caso, aún de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.
>
> 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
>
> 8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.
>
> 9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.
>
> 10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.
>
> 11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

No obstante lo anterior, es importante resaltar que el elenco competencial anteriormente citado, fue exponencialmente ampliado, por aplicación precisamente del numeral 11 (referente a que por vía de Ley podrán establecerse demás funciones que a bien tenga a pensar el legislador), lo cual lleva a la revisión del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,[12] que como texto especial, estableció como funciones específicas de la Sala, lo siguiente:

> Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

[12] **Gaceta Oficial N° 39.522** de fecha 01 de Octubre de 2010.

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República.

2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colidan con ella.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con la Constitución de la República, de los tratados internacionales que sean suscritos por la República, antes de su ratificación.

6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción que sean dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estadal o Nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento con la Constitución de la República, o las haya dictado en forma incompleta, así como las omisiones de cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, y establecer el plazo y, si fuera necesario, los lineamientos o las medidas para su corrección.

8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes… ● Pág.: 337 – 356

Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales.

11. Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales.

12. Revisar las sentencias definitivamente firmes en las que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas, que sean dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

13. Resolver los conflictos de cualquier naturaleza que puedan suscitarse entre las Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia o entre los funcionarios o funcionarias del propio Tribunal, con motivo de sus funciones.

14. Determinar, antes de su promulgación, la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes que sean sancionadas por la Asamblea Nacional, o de los decretos con Rango, Valor y Fuerza de ley que sean dictados por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.

15. Conocer la solicitud que formule el Presidente o Presidenta de la República, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma, acerca de la inconstitucionalidad de una ley que sea sancionada por la Asamblea Nacional o de algunos de sus artículos, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución de la República.

16. Avocar las causas en las que se presuma violación al orden público constitucional, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme.

17. Conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional.

> 18. Conocer en única instancia las demandas de amparo constitucional que sean interpuestas contra los altos funcionarios públicos o altas funcionarias públicas nacionales de rango constitucional.
>
> 19. Conocer las apelaciones contra las sentencias que recaigan en los procesos de amparo constitucional autónomo que sean dictadas por los juzgados superiores de la República, salvo contra las de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo.
>
> 20. Conocer las demandas de amparo constitucional autónomo contra las decisiones que dicten, en última instancia, los juzgados superiores de la República, salvo de las que se incoen contra las de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo.
>
> 21. Conocer las demandas y las pretensiones de amparo para la protección de intereses difusos o colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional, salvo lo que disponen leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, correspondan al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral.
>
> 22. Conocer de las demandas de amparo contra los actos, actuaciones y omisiones del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Electoral Nacional, de la Comisión de Registro Civil y Electoral, de la Comisión de Participación Política y Financiamiento, así como los demás órganos subalternos y subordinados del Poder Electoral.
>
> 23. Las demás que establezcan la Constitución de la República y las leyes.

De esta forma, se tiene entonces que si bien del repertorio competencial contenido tanto en la Constitución de 1999, como en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, se establece su competencia para el conocimiento de las apelaciones ejercidas en los procesos de amparo constitucional que hayan sido conocidos por los jueces superiores (punto que no es controvertido), según lo dispuesto en el numeral 19, el problema radica particularmente en las

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes… ● Pág.: 337 – 356

implicaciones materiales del ejercicio de esa competencia, es decir, hasta qué punto el ejercicio de esa competencia puede llegar.

Naturalmente, la respuesta a la interrogante formulada en el párrafo anterior parte de la aplicación del mismo principio de la competencia, el cual debe ser aplicado de forma restrictiva, esto es, que los órganos del Poder Público deben ejercer su competencia en la forma establecida estrictamente en la Ley, esto es, aplicación del principio de vinculación positiva, que hace referencia a que sólo puede hacerse aquello que la Ley expresamente habilita, por lo que siendo ello así, de ninguna manera la Sala en el marco del ejercicio de la revisión puede establecer criterios que materialmente modifiquen la Ley, invadiendo las competencias del órgano legislativo.

De igual manera, y por vía de consecuencia de esta última idea, el ejercicio de la competencia del órgano jurisdiccional no puede invadir las competencias de los demás órganos que ejercen el Poder Público, lo cual sin duda alguna, es un elemento clave a los fines de definir los límites al ejercicio de su propia competencia, análisis este que al parecer omitió la Sala.

Lo anterior, nos lleva a desarrollar otro punto adicional, pero igualmente vinculado a la violación del ejercicio estricto de la competencia por el órgano jurisdiccional, y es que se debe recordar que el caso bajo análisis surge con motivo de la revisión de una apelación ejercida en el marco de una acción de amparo, lo cual, hace igualmente aplicable el contenido de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988,[13] instrumento normativo este que dispone en su artículo 21, lo siguiente "En la acción de amparo los Jueces deberán mantener la absoluta igualdad entre las partes y cuando el agraviante sea una autoridad pública quedarán excluidos del procedimiento los privilegios procesales."

De esta manera, se tiene entonces que por mandato legal en la tramitación de las acciones de amparo se encuentra excluida del procedimiento la aplicación de los privilegios y prerrogativas procesales. Sin embargo, en este caso la Sala Constitucional justamente en el marco de una acción de amparo, no sólo los declaró aplicables al caso, sino que también los extendió a todos los demás casos en la forma en que ha venido siendo analizado, lo cual constituye una violación

[13] **Gaceta Oficial N° 34.060** de fecha 27 de Septiembre de 1988.

directa de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como también del principio de asignación de la competencia.

En este sentido, es importante resaltar que el proceder analizado de la Sala Constitucional del TSJ además trastoca otro principio de notoria importancia para nuestro Estado Social de Derecho y de Justicia, y que lo constituye el principio de separación de funciones entre las ramas del Poder Público, que si bien en su enunciación original concibe la distinción orgánica entre cada uno de los órganos que ejercen las ramas del Poder Público, y exige autonomía en sus funciones, ello no excluye el control y la colaboración que pueda darse entre ellos.[14]

Sin embargo, en el caso que se analiza, se observa que la Sala no se encuentra realizando una labor de control y mucho menos de colaboración respecto del órgano legislativo, sino que en su lugar ha invadido sus competencias al modificar instrumentos legales con la fijación de su criterio vinculante, lo cual como se ha aludido no es nada nuevo, sino que ya hay suficientes antecedentes del caso.

En razón de todo lo anterior, y retomando la idea de la competencia en su concepción jurídica, se ha de indicar que la función de la Sala Constitucional se ha desnaturalizado, por el ejercicio desmedido de su función, al punto de llegar a afectar gravemente los procesos jurisdiccionales en los cuales los órganos y entes de la Administración Pública son parte, en razón de la violación del principio de igualdad, competencia y separación de funciones, que son nada más y nada menos, principios, valores superiores del ordenamiento jurídico, que constituyen límites a las funciones del juez constitucional.[15]

De esta manera, resulta al menos contradictoria esta situación en una Sala Constitucional que se ha declarado públicamente como "(…) *la máxima intérprete,*

---

[14] Véase: *"Crisis del Principio de la Separación de Poderes en Venezuela"* del profesor Rafael Badell Madrid, a través del siguiente enlace Web: https://www.badellgrau.com/?pag=37&ct=1092. Revisado en fecha 14/12/2020 siendo las 10:14 p.m.

[15] Sobre este particular, véase: BADELL MADRID, RAFAEL. *Poderes del Juez Constitucional.* Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Nº 154 – ENERO-DICIEMBRE 2015. Disponible a través del siguiente enlace web: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2016/BolACPS_2016_155_321-390.pdf.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes… ● Pág.: 337 – 356

garante y guardián de la Carta Magna;"[16] siendo entonces que como garante, ha violado justamente valores y principios contenidos en el instrumento cuya guarda se atribuye, no sólo en el caso que se analiza, sino también en muchos otros cuyo análisis excede el objeto central de la presente contribución.

CONCLUSIONES

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no se ha detenido en su faceta de legislador positivo, siendo que en el presente estudio se ha analizado como en este caso la víctima ha sido el proceso judicial, ya que sin duda alguna el balance existente en el marco de los procesos en los que sean parte los entes beneficiarios de la extensión de las prerrogativas procesales frente a los particulares, lejos de intentar normalizarse, ha terminado de quebrarse.

De esta manera, ha quedado evidenciado como la Sala Constitucional ha justamente violado la norma fundamental de la cual se ha atribuido a través de diversos medios el carácter de máximo guardián, ello a través de la infracción de principios tales como el de la competencia, igualdad y separación de funciones.

En ese sentido, urge un viraje, un cambio de dirección en la actividad de dicha Sala, que tienda primeramente al respeto y apego del ejercicio de su propia competencia a los extremos que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia le establecen, así como también, al respeto de los derechos de los particulares en el marco del proceso y, más aún, a los principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999

---

[16] Véase el Tweet publicado en la cuenta @TSJ_Venezuela el 09 de enero de 2017, siendo las 10:33 a.m, consultado a través del siguiente enlace: https://twitter.com/TSJ_Venezuela/status/818465619305709569.
Consultado en fecha 24/01/2021, siendo las 12:03 p.m. También reflejada esta idea, en un vídeo del canal de Youtube "*TSJ VENEZUELA*" y al que se puede acceder a través del siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?v=xEN6H0eXuvs&feature=emb_log; en cuya leyenda se indica expresamente, respecto de la Sala Constitucional, lo siguiente: *"Ejerce la tutela constitucional en su más alta instancia, es la máxima intérprete, garante y guardián de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, asegurando su integridad, supremacía y efectividad".* Consultado en fecha 24/01/2021, siendo las 01: 15 p.m. Igualmente, respecto de la idea de máximo guardián de la Constitución, de la jurisdicción constitucional, véase: VEGA GARCÍA, PEDRO DE. "*Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*". Revista de Estudios Políticos. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Nro. 7, Madrid. Págs. 108–111.

para el Estado Social de Derecho y de Justicia, que posee dentro de sus pilares fundamentales el principio de igualdad.

Sin duda alguna, puede ser que aún falte tiempo para dicho cambio, y que lamentablemente aún falten otros casos en los cuales incurra nuevamente en exceso en el ejercicio de sus competencias, no obstante, queden estas líneas como constancia del camino recorrido y aquel que aún queda por recorrer.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araujo-Juárez, J. (2011) "*Derecho Administrativo General-Administración Pública.*" Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.

Badell Madrid, R. (2015) "*Poderes del Juez Constitucional.*" Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Nº 154. Enero-Diciembre 2015. Disponible a través del siguiente enlace web: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2016/BolACPS_2016_155_321-390.pdf.

Badell Madrid, R. *(2020) "Crisis del Principio de la Separación de Poderes en Venezuela"* a través del siguiente enlace Web: https://www.badellgrau.com/?pag=37&ct=1092. Revisado en fecha 14/12/2020 siendo las 10:14 p.m.

Blanco-Uribe Quintero, A. (2012) "*Privilegios y Prerrogativas Procesales del Estado en la Justicia Contencioso Tributaria,*" En Colección Estado de Derecho Tomo IV-Justicia Tributaria. Academia de Ciencias Políticas (ACIENPOL) – Acceso a la Justicia – Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) – Universidad Metropolitana (UNIMET).

Brewer-Carías, Allan R. (2007) *"Crónica Sobre la 'IN' Justicia Constitucional: La Sala Constitucional y el Autoritarismo en Venezuela."* Colección Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela (UCV) N° 2. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

De Vega García, P. (1979) Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución En "*Revista de Estudios Políticos*." Universidad Nacional de Educación a Distancia. N° 7. Madrid. Págs. 108–111.

Rengel-Romberg, A. (2013) "*Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo I: Teoría General del Proceso.*" Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. Pág. 265.

Reveron Boulton, C. (2013) "*Prerrogativas Procesales de PDVSA*," Revista de Derecho Público N° 133. Enero-Marzo. Pág 214.

Gaceta Oficial N.° 6.220 Extraordinario, del 15 de Marzo de 2016 (Reimpresión). Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Gaceta Oficial N° 39.522 del 01 de Octubre de 2010. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Gaceta Oficial N° 34.060 Extraordinaria del 27 de Septiembre de 1988. Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Gaceta Oficial N° 39.140 del 17 de Marzo de 2009. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público.

Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17 de Noviembre de 2014. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de Diciembre de 2010. Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Sentencia N° 735 de Fecha del 25 de Octubre de 2017 (Caso BANAVIH vs Mercantil C.A. Banco Universal).

Sentencia en el Expediente N° AA50-T-2006-0428 de Fecha 14 de Diciembre de 2006 dictada en el (Caso Compañía Anónima de Electricidad del Centro C.A.) con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

Sentencia N° 1582 de Fecha 21 de Octubre de 2008 dictada en el Expediente N° 00-1535 (Caso Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional) con Ponencia de la referida Magistrada.

Sentencia dictada en el Expediente N° 06-1855 por Sala Constitucional TSJ de Fecha 26 de Febrero de 2007.

Sentencia dictada en el Expediente N° 14-0935 de Fecha 27 de Noviembre de 2014 por la Sala Constitucional del TSJ.

Sentencia dictada en Expediente N° 11-1057 en Fecha 19 de Marzo de 2012 por la Sala Constitucional del TSJ.

Youtube "*TSJ VENEZUELA*" y al que se puede acceder a través del siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?v=xEN6H0eXuvs&feature=emb_log Consultado en fecha 24/01/2021, Siendo las 01: 15 p.m.

Tweet publicado en la cuenta @TSJ_Venezuela el 09 de Enero de 2017, siendo las 10:33 a.m, consultado a través del siguiente enlace: https://twitter.com/TSJ_Venezuela/status/818465619305709569.Consultado en fecha 24/01/2021, siendo las 12:03 p.m.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
De los Sujetos Actuantes en el Contencioso Administrativo. Especial Referencia… ● Pág.: 357 – 397

DE LOS SUJETOS ACTUANTES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

FROM THE ACTING PARTS IN THE ADMINISTRATIVE JUSTICE: SPECIAL REFERENCE TO THE VENEZUELAN ORGANIC LAW OF ADMINISTRATIVE JUSTICE

José Gregorio Silva Bocaney[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.02

Fecha de Recepción: 20 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 28 de abril de 2022

RESUMEN

La actuación de sujetos en el proceso civil y en el contencioso administrativo, difieren, no desde su concepción dogmática, sino en el tratamiento legislativo y sus orígenes, así como la concepción de partes, sus limitaciones, facultades y efectos procesales, difieren uno del otro. En razón de ellos, no se puede pretender aplicar directamente la doctrina procesal en el contencioso administrativo, sin atender sus particularidades.

Palabras Clave: Capacidad, Legitimación, Partes, Terceros, Proceso.

ABSTRACT

The actions of subjects in the civil process and in the administrative litigation differ, not from their dogmatic conception, but in the legislative treatment and their origins, as well as the conception of parties, their limitations, powers and procedural effects, differ from each other. Due to them, we cannot pretend to apply the procedural doctrine directly in the administrative litigation, without addressing their particularities.

Key Word: Capacity. Legitimation, Process's Parts, Tiers, Process

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero agradecer a los organizadores, y en especial, al Prof. Jean Denis Rosales G., por la invitación a participar en el presente homenaje al profesor Abdón Egberto Sánchez Noguera.

---

[1] Abogado Egresado de la Universidad Santa María (USM) Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Doctorando en Ciencias *Mención Derecho* (UCV). Profesor Asociado de Derecho Contencioso-Administrativo (UCV) Profesor de Post-Grado en Derecho Administrativo (UCV). Miembro de los Comité Académicos de los Post-Grados en Derecho Administrativo y Derecho Procesal (UCV). Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (AVDD). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Miembro Honorario del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO). Ex Director de la Revista de Derecho Funcionarial.

En el presente trabajo se pretende determinar las diferencias entre la legitimación propia del proceso civil ordinario contrastándolo con el contencioso administrativo, así como una grave distorsión incorporada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Debe aclararse que el contencioso administrativo en Venezuela, no se limita a los procedimientos y supuestos contenidos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que tampoco el tema de los sujetos actuantes; en especial, cuando se toma en consideración que los actos dictados en materia de función pública en algunas oportunidades, afectan positiva o negativamente a terceros, aun cuando no se trate de relaciones triangulares, así como los dictados en materia de pro-competencia, inquilinato, laboral y otros de naturaleza triangular, por su propia condición de arbitra o triangular (que dirime conflictos entre particulares), cuando beneficia a un sujeto perjudica a otro. Sin embargo, para no hacerlo más extenso, se limitará a las nociones básicas, y a lo regulado en cuanto al contencioso general de manera particular.

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha indicado acerca de la aplicación de principios procesales al contencioso administrativo, y si bien es cierto, existen instituciones y principios que al parecer son comunes, no puede olvidarse que el contencioso administrativo nace y se desarrolla de manera indisoluble con el Derecho administrativo, del cual forma parte. Sus orígenes, desarrollo y principios, son propios, y las similitudes o aparentes similitudes, han de trabajarse desde el punto de vista de esos mismos principios propios del Derecho administrativo, para determinar así, si ha de aplicarse un principio general procesal; de ser aplicable, determinar entonces en qué forma ha de aplicarse; concluir que no puede ser aplicado; o, verificar si existe un principio diferente y propio del contencioso, que tiene aplicación excluyente de cualquier otro.

Cuando se refiere a los sujetos actuantes en el contencioso administrativo, no se encuentra ninguna de esas grandes diferencias que pueden encontrarse en otras instituciones. Por lo que su sustrato es, principalmente procesal, pero

cuando se aplica a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual carece de una adecuada técnica legislativa, puede llevar a erradas interpretaciones.

Es por ello, que en el presente papel de trabajo, se aborda, tomando en consideración lo que otros autores ya han hecho, por lo que se tratará de aproximarse desde un punto de vista distinto.

1_. De Los Sujetos Actuantes en el Contencioso-Administrativo.

Conforme las normas procesales, en un proceso pueden actuar las partes, y otros sujetos que podrán intervenir, bien en ejercicio de derechos propios, o sosteniendo derechos e intereses ajenos. Sin embargo, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, incorpora de manera singular a sujetos determinados, los cuales intervienen –de manera aparente- por mandato constitucional.

De allí, que deba aclararse su participación, para determinar si tienen especiales derechos o actuaciones propias que impongan al Juez la carga de tomar en consideraciones sus afirmaciones, como parte la *Litis* trabada. O cumplen otra función en el proceso.

1.1_. Capacidad y Legitimación.

El primer punto que hay que tomar en consideración es el de la capacidad procesal, entendida como la aptitud de un sujeto para actuar en juicio. De conformidad con el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, son capaces de obrar en juicio, las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, los cuales podrán gestionarlos por sí mismas o por medio de apoderados. De no poder disponer de sus derechos, deberán ser representadas o asistidas en juicio (artículo 137), mientras que las personas jurídicas estarán en juicio a través de sus representantes (138), según las normas que le rijan; y las entidades sin personalidad jurídica, a través de las personas que actúan por ellas (139).

De tal forma que la capacidad es la situación abstracta que se materializa, cuando acude o es llamado a juicio, pero una vez en juicio son partes. Tal como lo señala el Profesor Henríquez La Roche,[2] una vez en juicio forman parte de la relación procesal, bien en su condición de protagonista o antagonista del litigio, en su condición de parte. Señala el citado autor que:

> La doctrina distingue los conceptos de parte formal, parte sustancial y sujeto de la acción, aun cuando normalmente coinciden en el mismo sujeto los tres conceptos; pero eventualmente pueden pertenecer a personas diferentes. Parte formal es la que ha propuesto o contra quien se ha propuesto la demanda; el titular y el sujeto pasivo de la pretensión contenida en la demanda, son las partes formales, llamadas así porque son las que integran la relación jurídica formal, es decir, el proceso, continente de la causa, de la Litis, llamada a su vez ´relación jurídica sustancial.´ Parte sustancial es el sujeto en causa, es decir, la persona que integra esa relación jurídica sustancial postulada y debatida en juicio; vgr., el comprador y vendedor si se trata de compra-venta, los cónyuges si se trata de un juicio de divorcio, el Fisco y el contribuyente en una relación creditoria fiscal, etc. Sujeto de la acción (o propiamente de la pretensión), es aquel a quien la ley le concede, o contra quien le concede, entendiendo por conceder la atendibilidad o admisibilidad de la pretensión. Normalmente, la ley confiere su ejercicio al titular del derecho subjetivo, y lo concede contra el titular de la obligación o deber jurídico; pero ocasionalmente no es así…Los sujetos de derecho, por el solo hecho de ser personas naturales o entes morales (personas por ficción legal: cfr. la enumeración del artículo 19 CC), tienen la capacidad de goce (la etimología de la palabra ´capacidad´ viene de la palabra caput, cabeza, entendimiento) que consiste en la posibilidad de ser titulares de derechos subjetivos y de obligaciones de carácter privado y deberes frente a la autoridad pública. La capacidad de ejercicio es, por el contrario, la potencia de toda persona para ejercer y actuar, por sí mismo, sus derechos subjetivos y poder comprometer sus bienes y aun su persona (matrimonio).

[2] **Ricardo H. La Roche** (1995) *"Código de Procedimiento Civil: Tomo I."* Altolitho, Caracas D.F., Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
De los Sujetos Actuantes en el Contencioso Administrativo. Especial Referencia… ● Pág.: 357 – 397

Por su parte, el maestro Guasp,[3] señala al respecto que[4] *"El proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones. Mientras que la satisfacción caracteriza funcionalmente al órgano jurisdiccional, la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos distintos de tal órgano jurisdiccional; esto es, a las partes,"* agregando que quien no es parte procesal, es sencillamente un tercero, indicando posteriormente que:

> Tercero procesal es el sujeto que no goza o no padece la condición de parte, cualquiera que sea su relación con las partes verdaderas, relación que puede variar desde una absoluta extraneidad al proceso hasta una plena participación en sus resultados, como ocurre, v. g., con el sucesor o participe solidario. Pero intermedio entre parte y tercero puede considerarse, no obstante, al mero interesado, el cual, aunque no sea titular activo o pasivo de la pretensión, es afectado por las vicisitudes procesales, y ello le justifica, en cierto modo, para intervenir cerca del órgano jurisdiccional, haciendo simples peticiones u oponiéndose a ellas.

Señala el indicado autor, que el concepto de parte es unívoco, pero sus manifestaciones pueden dar lugar a distintos tipos de partes; sin embargo, recalca que es un error la distinción entre partes materiales y formales, siendo partes según su composición, atendiendo a si son de un sujeto único o varios sujetos entre partes simples y partes múltiples; según su repercusión, entre partes directas e indirectas, dependiendo de si su actividad se agota en su propia esfera o trasciende a su esfera jurídica y, en tercer lugar –la que posteriormente he de echar mano-, atendiendo a su situación, en *"partes principales y partes accesorias; las primeras, no subordinadas a ninguna otra; las segundas, por el contrario, ligadas a la actuación de una parte principal"*.

---

[3] **Guasp, J.** (1963) "*Derecho Procesal Civil*." Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España. Págs. 177 y ss.

[4] En el presente caso, voy a abusar de las citas del precitado catedrático, pues va a resultar vital para determinar la posición procesal de algunos intervinientes en el contencioso-administrativo.

Sin embargo, debe distinguirse de la noción abstracta de capacidad procesal y la legitimación para la causa específica. En la primera se atribuye a la persona u otras entidades, por el hecho de representar sus derechos, y en tal sentido, poder acudir a un proceso judicial; y otra, singularizada a un proceso determinado, que tal como lo indica Guasp:[5]

> Tal condición, que afecta al proceso, no en su dimensión común, sino en lo que tiene de individual y determinado, es la que recibe el nombre de legitimación en causa o legitimación procesal. Legitimación procesal es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso… La legitimación, por lo tanto, no es un tipo de capacidad, sino un requisito de índole más particular y limitada, aunque su falta, igual que la capacidad, provoque o deba provocar un mismo resultado, a saber, la repulsa, sin entrar en el fondo, de la pretensión que se formula por o frente a quien no está legitimado.

Así, la persona que tiene el libre ejercicio de sus derechos, tiene la capacidad de actuar en algún eventual juicio que se presente, bien como actor o demandado; pero cuando tienen una especial relación con el objeto del litigio, se encuentra legitimada a la causa, actuando así, como parte en juicio.

Puede entonces las partes ser singular o plural, tanto actuando como parte actora como parte demandada en lo que se conoce como Litis consorcio.

Esta noción de partes, capacidad y legitimación, se ha de transpolar al contencioso administrativo, en cuyo caso, se deben hacer algunas consideraciones propias, para lo cual se revisará el régimen anterior a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el que rige a partir de la publicación de ésta.

---

[5] **Guasp, J.** (1963) "*Derecho Procesal Civil*." Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España. op. Cit. Pág. 193 y ss.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
De los Sujetos Actuantes en el Contencioso Administrativo. Especial Referencia… ● Pág.: 357 – 397

1.2_. De la Legitimación y las Pretensiones en el Contencioso-Administrativo. Conforme a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fue tratado en su oportunidad, por diferentes autores[6] por lo que se va a referir brevemente a la legitimación conforme las normas que regulaba la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual, como su nombre lo indica y ley especial de que se trataba, debió centrar su contenido en lo que concierne a tan Alto Tribunal, en cuanto a su organización, competencias y procedimientos.

Sin embargo, la Ley de 1976 reguló también y de manera transitoria – que perduró por casi 40 años- lo concerniente al contencioso administrativo general, por lo que las competencias, procedimientos y organización no se limitaba a la Corte Suprema, sino que en dichas disposiciones transitorias, la LOCSJ creó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, asignándole competencias expresas y determinando el número, requisitos y duración de sus Magistrados[7] y se le asignaba competencias propias del contencioso a los tribunales superiores que tenían competencia en lo civil, para conocer de competencias propias del

[6]Allan R. Brewer-Carías, Enrique Irribaren Monteverde, Eloy Lares Martínez, José Araujo Juárez, Gustavo Linares Benzo, Miguel Ángel Torrealba, entre otros respetables autores, enfocándolo desde el punto de vista académico.

[7] Cabe destacar que desde sus inicios, la escogencia fue rigurosa, siendo que en sus designados se encontraban entre lo más granado y reconocido de la actividad académica del Derecho administrativo, personas a carta cabal, que además amaban el Derecho, lo que evitaba manifestaciones caprichosas que manipularan criterios a interés de un grupo o interés, mucho menos por caprichos políticos. El Derecho no se consideraba ni se trataba como algo meramente instrumental y sus sentencias no se limitaban a resolver la situación jurídica planteada, sino que venían acompañadas de una alta carga de posiciones academicistas que llegaban a sentar un criterio, que servía de base y estudio en las respectivas Cátedras de Derecho Administrativo no sólo en las universidades venezolanas, sino fronteras allende.
En esa época, en no pocas oportunidades, algún amigo extranjero, o venezolano que se encontrara en el extranjero me pedía el favor de ubicar alguna sentencia, lo cual implicaba acudir hasta la Corte, bien en su sede en la Avenida Urdaneta o en el Rosal, luego de su mudanza, solicitar el expediente, mandar a fotocopiar la sentencia, y remitirla vía Ipostel (correo nacional) hasta su destino, al que llegaba varios meses después. Pero en verdad, se sentía orgullo al realizar dicha labor, pues se sabía la calidad del "producto que se exportaba."

contencioso,[8] abarcando los diferentes tribunales que componían al contencioso administrativo general de la época, asignándole competencia de acuerdo a los diferentes criterios atributivos; sin embargo, en cuanto a procedimientos propios del contencioso, se limitó al de nulidad de actos en sus artículos 112 y siguientes (nulidad de actos de efectos generales) y 121 y siguientes (nulidad de actos particulares).

En este sentido, la legitimación para pretender la nulidad de un acto de efectos generales no oponía ningún tipo de problema, toda vez que se está en presencia de lo que se denominó acción popular, toda vez que de conformidad con el propio texto legal (artículo 112 LOCSJ):

> Toda persona, natural o jurídica, plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos e intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales, emanado de algunos de los cuerpos deliberantes nacionales, estadales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las disposiciones transitorias de esta ley.

La salvedad a que refiere la ley, es la asignación de competencias, pues si se trataba de actos de efectos generales emanados de autoridades estadales o municipales (salvo las que revistieren rango de ley), correspondía su conocimiento a los juzgados superiores contencioso administrativos regionales, y si se trataba de actos de otras autoridades, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Cuando se trata de actos de efectos particulares, la ley consideraba legitimado activo a quienes tuvieren un interés legítimo, personal y directo, exigido de manera acumulativa, lo cual fue desarrollado por la doctrina y la

[8] En la práctica, no se le asignó competencias a todos los superiores civiles, sino que se regionalizó el contencioso administrativo, y en tal sentido, dichos tribunales, de acuerdo a la competencia, pasaron a ser superiores civil (que muchas veces acumulaba otras competencias, tales como mercantil, tránsito, trabajo, menores, laboral y hasta penal, creando verdaderos tribunales promiscuos) y contencioso administrativos.

jurisprudencia de manera uniforme, como las personas afectadas favorable o desfavorablemente por el acto, indicando Araujo Juárez[9] sobre dicho interés:

> El interés debe ser personal, lo cual significa que se excluye el interés general o impersonal que todo ciudadano tiene en que la Administración obre correctamente y en los límites de la legalidad. El interés precisa ser personal, es decir, individualizado respecto a un determinado sujeto o grupo de sujetos…
>
> Por otra parte, el interés debe ser legítimo, es decir, debe ser el resultado de una situación jurídica definida en la cual el interesado y la administración se hallan en igualdad de condiciones legales…En consecuencia, el interés debe ser directo, en el sentido que el agravio o lesión que debe sufrir el administrado debe ser consecuencia inmediata del acto de que se trate, lo cual significa que debe ser actual y no eventual… aunque se admite la suficiencia de un ´peligro potencial´ o un daño ´futuramente previsible.´

Igualmente se consideró legitimado activo que estuviere involucrado bajo un interés subjetivo y personal, surgido de una relación previa con la Administración o de normas que regulan su actividad, aun cuando el acto, no estuviere destinado o dirigido a esa persona. Ejemplo de ello, lo tiene en las relaciones propias de un concurso,[10] donde uno de los concursantes que no obtuvo la adjudicación de que se trate, tiene interés en solicitar la nulidad del acto; o, el caso de un denunciante frente al acto que resuelve el procedimiento a favor del denunciado.

Ahora bien, como se indicara anteriormente, el único procedimiento propio del contencioso expresamente regulado en la L.O.C.S.J. era el de nulidad (de actos generales o de efectos particulares), por lo que se llegó a considerar como un juicio objetivo al acto, aun cuando pudiera darse el caso que el juez, en la sentencia, condenara a la Administración (recurso de plena jurisdicción), o la

---

[9] **Araujo, J.** (1996) "*Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo.*" Editorial Vadell Hermanos. Valencia, Carabobo, Venezuela. Págs. 439-440.

[10] Concurso para la provisión de un cargo, para la obtención de un contrato de obra o una concesión, como ejemplos de lo indicado.

potestad poco usada –inusual- que le otorgaba la parte final del artículo 206 de la Constitución de 1961,[11] de restablecer la situación jurídica infringida lesionada por la actividad de la Administración.

Sin embargo, la misma ley atribuía otras competencias que eran propias del contencioso administrativo –sin regular procedimientos-, en la cual podría o no estar involucrado un acto administrativo, pero la pretensión no era necesariamente o exclusivamente su nulidad, como es la de conocer de los conflictos intersubjetivos entre entes públicos de carácter territorial; abstención; juicios de expropiación; el contencioso contractual;[12] y las demandas contra los entes públicos territoriales.[13]

En estos casos, el criterio atributivo de competencias en las demandas de contenido patrimonial, era el de la cuantía; abstención, conflictos intersubjetivos y nulidad se basaba en un criterio orgánico; y el resto en un criterio material.

Por su parte, en cuanto a la legitimación, a diferencia de la exigida en la nulidad, no establecía ningún requisito ni condiciones, pues se entendía cuál era el sujeto pasivo de la relación judicial (siempre recaería en el ente territorial en

---

[11] Recogido en idénticos términos en la Constitución de 1999.

[12] Para conocer de las cuestiones **de cualquier naturaleza** que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos.

[13] Cuando se "trataba" de demandas contra el ente territorial, la competencia, e incluso el procedimiento a seguir podía cambiar dependiendo del sujeto pasivo. Si la demanda era contra la República, Instituto Autónomo o empresa en la cual el **Estado** tuviera participación decisiva, la competencia se distribuía de acuerdo a la cuantía entre la Sala Político Administrativa, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo o el superior contencioso regional (artículos 42, 185 y 182 respectivamente, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Si la demanda es ejercida contra los estados o municipios, en primera instancia conocería el tribunal ordinario por el procedimiento respectivo (artículo 183), mientras que la apelación sería conocida por el tribunal superior contencioso administrativo regional (artículo 182.3).
Siempre que la República, los estados o los municipios, y con mayor razón, sus entes descentralizados ejercieran una demanda contra los particulares, el conocimiento estaba atribuidos a los tribunales ordinarios, por el procedimiento ordinario (artículo 183.2), lo cual garantizaba:

- El debido proceso, pues el procedimiento a aplicar era el que correspondía al particular, en el entendido que si la demanda se ejercía contra un sujeto calificado como comerciante por el Código de Comercio, regía el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio. Si se trataba de un sujeto ordinario regía el Código de Procedimiento Civil. Es importante, pues estas normas, determinan, por ejemplo la competencia territorial, en el domicilio del demandado.
- Del mismo modo, garantizaba que el particular sería juzgado por su juez natural.

las demandas, o la administración autora del acto o el órgano que estando obligado a realizar la actuación legal, se abstuvo de ello y provocó la abstención). En cuanto al sujeto o legitimado activo, igualmente dependería de la pretensión, que a rasgos generales se distribuiría de la siguiente manera:

- En las demandas de contenido patrimonial. Si se trataba de responsabilidad contractual; el particular contratante con la administración. Si correspondía la demanda a un supuesto de responsabilidad extracontractual, el particular que sufría el daño, lesión o disminución en su patrimonio.
- Si de abstención o carencia se trataba, el legitimado activo era el particular que tenía derecho legal a que se le emitiera el acto o a quien correspondía beneficiarse por la actuación material de la Administración ante una obligación contenida en la ley.
- Si se trataba de un conflicto intersubjetivo, el órgano o ente de la Administración Pública que se veía afectado en sus competencias por la actuación de otro órgano u ente.
- En los juicios de expropiación, el sujeto expropiado o aquél que alegaba el derecho de propiedad sobre la cosa expropiada.
- En el contencioso contractual, correspondería en primer lugar al co-contratante con la Administración, aunque podría pensarse en el caso que la interpretación del contrato pudiera ser solicitada por la Administración; sin embargo, la noción de cláusulas exorbitantes le dan la facultad de interpretarlo, resolverlo, rescindirlo o pronunciarse sobre su caducidad, aun cuando en mi entender, en un contrato específico podría imponerse que la interpretación escapara a la esfera de las partes contratantes, por lo que eventualmente estuviere la Administración legitimada para solicitarlo judicial o extrajudicialmente, según fuere el caso.

A su vez, la propia ley del Máximo Tribunal, así como el entramado normativo, regulaban la intervención de otros sujetos, tales como:

a) Del Ministerio Público. Conforme a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la participación del Ministerio Público en los procesos judiciales de nulidad contra actos administrativos de efectos generales y particulares, podía ser como parte actora (artículo 116 y 121 L.O.C.S.J. y 16.10 de la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público), o como garante de buena fe (artículos 116 y 125), ejercida en su competencia de "Intervenir en defensa de la constitucionalidad y legalidad en los casos de nulidad de actos públicos, que sean interpuestos por ante los diferentes órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 16.11 L.O.M.P.).

De conformidad con lo previsto en el artículo 129 del Código de Procedimiento Civil, el Ministerio Público interviene en el proceso civil, como parte de buena fe, en resguardo de las disposiciones de orden público o de las buenas costumbres, a lo que debe agregarse lo indicado por el profesor Henríquez La Roche:[14]

En cuanto a su actuación judicial, el Ministerio Público ejerce una Magistratura requirente: su posición en el proceso es intermedia entre la del juez y la de las partes privadas. Actúa como una parte, puesto que demanda un pronunciamiento judicial, pero como no lo hace –salvo contadas excepciones (ver art. 60 in fine Ley de Tránsito terrestre).- en favor de un sujeto de derecho, sino en beneficio de un interés superior al de las partes, es decir, en interés imparcial de la justicia (cfr. Calamandrei, Piero: Instituciones…I, 123, p. 437), su cargo constituye una magistratura, entendida ésta en el sentido de que vigila por la integridad y la aplicación de la ley…

De acuerdo al artículo 133 del Código de Procedimiento Civil, el Ministerio Público, cuando interviene en una causa que el mismo hubiere podido promover (es decir, cuando no es actor, pero hubiere podido ser actor en el proceso, tal como sucede en los juicios de nulidad), "**tiene iguales poderes y facultades que las partes interesadas y los ejercita en las formas y términos que la ley establece para éstas últimas;"** es decir, podrá promover pruebas y hacerlas

[14] **Ricardo H. La Roche** (1995) "*Código de Procedimiento Civil: Tomo I.*" Altolitho, Caracas D.F., Venezuela .op. cit. pág. 377

evacuar, apelar, presentar informes, oponer excepciones, solicitar ampliaciones o aclaratorias de la sentencia, etc.

De tal forma que el representante del Ministerio Público actúa como parte, y como parte de buena fe.

b) Intervención de terceros. Conforme al artículo 125 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a juicio del tribunal que admite la demanda, se podía disponer *"…que se emplace a los interesados mediante un cartel que será publicado en uno de los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Caracas, para que concurran a darse por citados dentro de las diez audiencias siguientes a la fecha de publicación de aquél…"*, entendiendo conforme al artículo 126 que los que acudieren podían serlo en calidad de coadyuvantes u opositores. Pese a lo indicado en el articulado, se entendió que no se trataría de una citación, pues tal condición implicaría la condición de acudir obligatoriamente al juicio, so pena de alguna carga, sanción o consecuencia jurídica gravosa, razón por la cual se entendió que se trataba más bien de una notificación.

Por otra parte, la intervención de estos terceros no se limitaba a su comparecencia en el plazo de 10 días, sino que se entendía habilitado para actuar en el proceso en general.

Pese a ello, existían sujetos que si bien es cierto no ejercieron de manera activa la solicitud de nulidad, se encuentran acogidos positiva o negativamente bajo el mismo acto. Ejemplos de estos se tiene en los actos triangulares y los actos plurales, en cuyo caso la jurisprudencia determinó que en tales casos no se está en presencia de un tercero, o por lo menos un coadyuvante, sino que se trata de una verdadera parte. La sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caso Tarjetas Banvenez, realizó una magistral distinción de terceros, entre coadyuvantes, que tienen un interés que no es propio y por ende, carece de un seguimiento de pretensión propia, de los terceros intervinientes, que lejos de pretender coadyuvar alguna de las partes, sigue un interés propio que lo asemeja a una verdadera parte. De allí, la diferencia entre ambos es enorme, pues el coadyuvante sigue la suerte de la parte a quien coadyuva, sin que pueda formular alegatos en sentido contrario, mientras el interviniente, no sigue el derrotero de

ninguna de las partes, sino que como parte que se considera, tiene la potestad de formular sus alegatos propios y tiene el pleno ejercicio de todas sus defensas y recursos.

1.3_. Conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia 2004.

La transición que se mantuvo por 40 años, cesó definitivamente con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,[15] aun cuando vivió un período aún más oscuro con la entrada en vigencia de la nefasta Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.[16]

Solo por recordar, dicha ley fue dictada *fast track*, a través de los más bajos atajos, ante un eventual cambio en la Asamblea Nacional, agrupando en un mismo artículo el equivalente de más de 20 artículos de la derogada Ley, con el único propósito de recortar la discusión de la ley artículo por artículo, aprovechando la apabullante mayoría que tenía el partido de gobierno en dicho cuerpo legislativo, con el principal propósito de modificar el número de magistrados.[17]

---

[15] **Gaceta Oficial N° 39.447** del 16 de Junio de 2010, reimp vez, el publicado 6 días después difiere de los dos anteriores, además que la reimpresión lo fue por orden exclusiva del secretario de la Asamblea Nacional, sin que conste que la orden hubiere emanado de la Asamblea Nacional o de sus Comisiones

[16] **Gaceta Oficial Nº 37.942** del 20 de Mayo de 2004. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

[17] El Profesor **Carrillo, C.L.** (2005) "*Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*." FUNEDA, Caracas D.F., Venezuela, en su presentación de dicho libro, destaca la ausencia de técnica legislativa y pone en evidencia algunos de los errores de fondo y de forma en que incurre el texto, y entre otros aspectos señala:

> *"… todos fuimos sorprendidos por no decir avasallados, no solo por la manera poco afortunada como fue gestada la Ley, sino en mayor medida por el inédito producto material que se publicó en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.946 de fecha 20 de mayo de 2004, texto que para tribulación de todos los venezolanos hace gala de una verdadera ausencia de técnica legislativa y se presenta como un ejemplo de lo que no debería ser un cuerpo normativo.*
> *Curiosamente ese ejercicio normativo fundó en un solo cuerpo legal, casi ilegible por su complejidad, a ciento noventa cinco (195) artículos que existían en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en veintitrés (23) preceptos actuales…, lo cual, de por sí, vislumbra la inexacta y desproporcionada extensión de los noveles artículos, y revela el indebido y desordenado aglutinamiento de materia y elementos… El principal problema que consigue el ciudadano común y el operador jurídico al efectuar una inmersión en la ley, es justamente encontrarse con una serie de artículos extensísimos que no están titularizados, y lo que es peor, en muchas ocasiones prevén situaciones y materias totalmente diversas y disímiles, incompatibles y finalmente contradictorias…"*

Pero si es suficientemente grave lo anteriormente expuesto, en el apuro por aprobar la ley, se omitió cualquier mención a lo que regulaba las disposiciones transitorias de la LOCSJ, por lo que el sustrato legal **necesario** para asignar competencias y determinar procedimientos desapareció tanto para las cortes contencioso administrativo como para los tribunales superiores regionales. Es imposible pretender fundar la competencia para conocer de asuntos jurisdiccionales por instrumentos distintos a la ley.

De allí, quedando desprovisto de manera absoluta todos los procedimientos, competencias y demás elementos contenidos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, solo quedaba la competencia y/o procedimientos asignados en leyes especiales, como la Ley del Estatuto de la Función Pública, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Procompetencia, inquilinato, entre otros, pero lo referido al contencioso general, solo quedó regulado en la competencia atribuida al TSJ.

Dentro de ese caos, producido por el afán de abarcar y complacer órdenes de la AN en ese momento, y visto que los superiores contencioso administrativos paralizaron el conocimiento de las causas que no referían a procedimientos especiales regulados en otras leyes, la Sala Política Administrativa del TSJ, en dos sentencias de ponencia conjunta[18] (figura no prevista en la ley y contrario a la asignación de competencias, funcionamiento y atribuciones que la misma ley impone[19] al Alto Tribunal), distribuyó las competencias en los diferentes tribunales que conocen de la materia contencioso administrativa, en una muestra más de lo afirmado en la nota anterior, independientemente que el principio exige que las competencias sea de rango y contenido legal, e imponía una situación de difícil resolución a los integrantes del **sistema** judicial, que se debatía entre acoger a lo que indicaba la sentencia, o explicar a los justiciables que por ser ilegal el criterio sostenido, no podría ejercerse acción alguna.

Así, en razón del contenido de las sentencias comentadas, los tribunales tramitaban las acciones que se presentaban que no atendían a criterios de

[18] Casos Tecno Servicios Yes Card (Sentencia del 24 de Noviembre de 2004, Expediente 2004-1736) y Marlon Rodríguez (Sentencia N° 1.900 del 27 de Octubre de 2004).

[19] Una muestra más de lo sostenido por el Profesor **Delgado, F.** (2017) "*Chavismo y Derecho*." Editorial Galipán, Caracas D.F., Venezuela), en cuanto a que para el chavismo, el derecho y la ley, son solo instrumentos de sus fines, pero desplazables, si el fin lo exige.

competencia especial contenido en otras leyes, y de esa manera accidentada, ilegal, informal si se quiere,[20] se solventó la situación "*mientras se dictara la ley*."

En estas dos sentencias se "*reguló transitoriamente*" las competencias de las cortes de lo contencioso administrativo y los juzgados superiores con competencia contencioso administrativa, mientras se dictaba la ley que en definitiva, regulara la materia.

Dado el régimen transitorio que no derivó de ninguna norma legal atributiva de competencias ni la posibilidad de regular procedimiento alguno, no se hará mención en este trabajo, salvo indicar que lo expuesto en la sentencia, fue absolutamente recogido por una ley que terminó de fraguarse en la misma Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, siendo el órgano legislativo, sólo un instrumento de lo acordado por los "excelsos"[21] magistrados.

1.4_. Conforme a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa frente al enunciado Constitucional del artículo 259.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el año 2010, definitivamente se acaba con la transitoriedad que por más de 40 años se mantuvo, y en especial, con la ausencia de ley que indebidamente cubrió la sentencia de la SPA, aun cuando el producto final, no esté libre –todo lo contrario- de errores tanto de sintaxis y de orden gramatical, como jurídicos, perdiendo la oportunidad de dictar una norma de calidad (tiempo suficiente tuvieron, así como excelentes proyectos obviados), que en todo caso, la poca claridad y prudencia de las sentencias que debieron interpretarla, así como las contradicciones e intereses en lo que he denominado "*caprichos judiciales,*" que en nuestro país desplazó a la "jurisprudencia,"[22] no

[20] Volvemos a traer a colación lo dicho por el Profesor Francisco Delgado.

[21] La nota no tiene ninguna otra intención que aclarar que se trata de un sarcasmo, a los solos fines de evitar
malos entendidos.

[22] Que no basta un cúmulo de sentencias para sentar jurisprudencia, pues ésta, debería ser, el producto prudente del conocimiento plasmado en la obra del jurisdicente. No se trata de un juego de palabras, pues la jurisprudencia debe ser el producto del estudio y saber jurídico que marcan el derrotero de los procesos y la guía que habrían de seguir los tribunales de menor instancia, por lo que no basta que un criterio sea reiterado mil veces por el máximo decisor, si esta decisión carece de principios; atenta contra éstos; atenta contra la lógica y logicidad o sencillamente, repite

ayudan en absoluto a la Ley, aunado que se trata de un instrumento cuya exposición de motivos se sustenta en un proyecto no aprobado, carece de exposición de motivos propios y no hay acceso al diario de debates.[23]

En este contexto, se revisará la legitimación en base a la Constitución de 1999, que no hace más que repetir la de 1961 en cuanto a lo contencioso administrativo se refiere, para posteriormente centrarnos en lo que dice la LOJCA.

En este sentido, el artículo 206 de la Constitución de 1961, se repite en idénticos términos en la Constitución de 1999, salvo en el cambio de denominación de CSJ por TSJ, y el agregado por la reclamación por servicios públicos, quedando redactado, en definitiva, de la siguiente manera:

> *Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa."*

Si se desmiembra el citado artículo, no solo se determina competencias de los tribunales encargados de conocer,[24] parte del abanico de acciones y la legitimación que de dicho postulado se desprende, de la siguiente manera:

---

un criterio sin poder escalar en su origen, como sucede con muchas sentencias que sencillamente, abusando del argumento de autoridad, pretenden imponer un criterio y que llegando a la sentencia matriz, nunca tuvo explicación o que la explicación quedó en la mente del redactor y nunca vio la luz.

[23] Lo que es común en este obscuro período, pues muchas leyes no son producto del debate parlamentario, sino de decretos leyes, o sencillamente, el proyecto llega impuesto para ser aprobado más no discutido, por lo que el espíritu del legislador sólo puede ser conocido por medios esotéricos.

[24] El artículo en mención menciona organización, competencias, motivos y pretensiones del contencioso-administrativo.

Los órganos jurisdiccionales son competentes para:

1.- anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder;

2.- condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración;

3.- conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos;

4.- disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Se revisará someramente cada supuesto para sustraer, sin mayor trabajo, el sujeto activo en cada caso:

1.- Con respecto a la anulación, está clara la pretensión y en consecuencia, el sujeto activo, pues resulta el afectado del acto, o el interesado en anular el acto.

2.- En cuanto al pago de sumas de dinero y reparación de daños, por tratarse de demandas de contenido patrimonial, y por ende, el carácter subjetivo, se determina el sujeto activo y pasivo. Como sujeto activo, quien pretenda el resarcimiento, y como sujeto pasivo, tal como lo indica la redacción del artículo, la solicitud surge en razón de los perjuicios *"**originados en** responsabilidad de la Administración,"* siendo obvio el sujeto pasivo.

3.- En lo que respecta a los reclamos por la prestación de servicios públicos, aun cuando sin la existencia de la mención expresa, por tratarse de actividad administrativa y el régimen público de los servicios, tenía cabida cualquier reclamación en el contencioso, que luego de su constitucionalización fue objeto de interesantes ponencias.[25] Siendo los servicios públicos competencia exclusiva del Estado, bien por prestación directa o a través de los particulares en función de agente prestador, resultaba obvio –como lo demuestran las ponencias del año 2002-la

[25] Entre otros, podemos citar las ponencias de los profesores Jesús González Pérez e Hildegard Rondón de Sansó, publicadas en el libro correspondiente a las VI Jornadas Internacionales de Derecho administrativo, Allan R. Brewer-Carías, (2002) "*El Nuevo Servicio Público, Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*," FUNEDA, Caracas D.F., Venezuela.

posibilidad de ejercer acciones para su reclamo. De allí, que el gran aporte y cambio en la redacción constitucional del artículo 206 de 1961 y artículo 259 de 1999, no significó ningún cambio en sí mismo y muchos menos sustancial. En definitiva, el sujeto activo es quien reclama por la prestación del servicio[26] –independientemente de la razón del reclamo- y el sujeto pasivo el prestador del servicio, bien fuera el órgano o ente del Estado, o el particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

4.- En todo caso, aun cuando la redacción del artículo 206 Constitucional lo fue a mero título enunciativo, su parte final, igualmente considerada en el 259, recoge todo lo que implica el contencioso el contencioso administrativo, *"disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa"*. Si el artículo 259 se limitara a esta mención, sería igualmente eficaz; sin embargo, ha sido una constante difícil de entender por los operadores y aplicadores de justicia, que dicha disposición se convierte en una orden de hacer, muy lejana a la intención de complacer a la Administración, o el temor a contrariarla. En todo caso, determina que el sujeto a quien le debe ser resuelta la situación jurídica, es a quien la actividad de la administración se la lesionó, determinando quien es el sujeto pasivo.

De tal forma que, el contencioso administrativo no es el fuero de la Administración, sino el competente para conocer de los actos, en sentido positivo o negativo dictados o dejados de dictar en ejercicio de la actividad administrativa, cualquier actuación de la Administración o de quien ejerza actividad administrativa, incluso conocer de las actuaciones de un particular cuando de alguna forma ejerza actividad administrativa o actúe como agente prestador de servicio público, conocer de las demandas que se ejerzan por los daños responsabilidad de la Administración; es decir, el sujeto pasivo, sujeto del control o sujeto controlado, en definitiva, el demandado, conforme al texto constitucional sólo puede ser –siempre, en todo caso- el órgano o ente de la Administración o quien actúe en su nombre, lo que excluye a los meros particulares, aunque en el

[26]En estos casos, el afectado puede ser una persona, grupo de personas, incluso colectivos, quienes estarían legitimados activamente para el reclamo por la prestación de servicios públicos.

contencioso puede ser distinto el sujeto sometido al control y el llamado a actuar en juicio.

Como sujeto activo, quien resulte afectado por esas actuaciones, que incluso, pudiera ser otro órgano o ente de la administración, pues en definitiva, lo que define, dibuja e identifica al contencioso, es el sujeto pasivo.

Señalado lo anterior, debemos revisar el tratamiento que le ha dado la LOJCA al tema de los sujetos actuantes en el proceso. En este sentido, el artículo 7 de la citada Ley, señala como sujetos al control:

> 1.- Los órganos que componen la administración Pública;
>
> 2.- Los órganos que ejercen el Poder Público, en sus diferentes manifestaciones, en cualquier ámbito territorial o institucional;
>
> 3.- Los institutos autónomos, corporaciones, fundaciones, sociedades, empresas, asociaciones y otras formas orgánicas o asociativas de derecho público o privado, donde el Estado tenga participación decisiva;
>
> 4.- Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa;
>
> 5.- Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional; y
>
> 6.- Cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa.

De forma tal, que cualquier órgano de la Administración está sometido *per se* al control del contencioso, independientemente que su actuación sea en ejercicio de la función administrativa, normativa o jurisdiccional (criterio orgánico), salvo que se trate de actos dictados en ejecución directa de la Constitución, que si bien, sujeto a control judicial, corresponde al ámbito constitucional, lo cual se encuentra contenido en el numeral 1.

Cuando la Ley en el artículo 7.2, refiere a cualquier –otro distinto a un órgano de la Administración- órgano que ejerza el Poder Público, se entiende que su actividad sea en ejercicio de la función administrativa (criterio material), estará

igualmente el órgano y/o el acto que produzca, sometido al control judicial del contencioso.

En cuanto al punto 3, cualquier ente del Estado (nacional, estadal o municipal), sea de derecho público o de derecho privado, se encuentra, conforme los términos de la Ley, sometido al control judicial del contencioso administrativo, debe entenderse desde una doble vertiente.

En este sentido, existe una importante diferencia entre lo contenido en la derogada LOCSJ de lo previsto en la LOTSJ y la LOJCA, toda vez que conforme al régimen derogado, correspondía al contencioso las demandas de contenido patrimonial que se ejercieran contra la república o sus institutos autónomos, mientras correspondía a los tribunales ordinarios las demandas de contenido patrimonial ejercida contra los estados o municipios, pero en segunda instancia a los superiores contenciosos administrativos; es decir, se trataba de un juicio o proceso contencioso administrativo que en primera instancia lo conocía un tribunal ordinario,[27] pero la alzada era conocido por un tribunal de la materia.

Por su parte, tratándose de una persona jurídica de derecho privado, cuando se trataba de demandas contra las fundaciones, asociaciones civiles, compañías o sociedades anónimas, aun cuando el Estado –en cualquiera de sus manifestaciones- tenga participación decisiva.

Tal posición era cónsona, pues por tratarse de una persona jurídica de derecho privado (independientemente de quien sea accionista), implica que fue creada para que actuara y se comportara como un particular más. Sin embargo, en una serie de criterios propios de la barbarie jurídica, les fue asignado privilegios –que por demás son de carácter restrictivo- como si de la República se tratase.

Ahora bien, si se trata de la nulidad de un acto dictado por estas personas jurídicas públicas de derecho privado, en ejercicio de la función administrativa, corresponde al contencioso, no por la titularidad de las acciones, sino por tratarse de un acto de autoridad o en todo caso, por el ejercicio de funciones administrativas, pues por tratarse de una persona jurídica de derecho privado

[27] Al respecto véase el trabajo de **Silva, J.G.** (2005) "*De Las Demandas Contra los Estados y Municipios y La Casación. Análisis Jurisprudencial*." Publicado en el Libro Homenaje al Dr. Tomás Polanco Alcántara. Estudios del Instituto de Derecho Público U.C.V. FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela.

carece de la noción de poder y potestades propios de los entes y órganos del Poder Público.

En todo caso, los institutos autónomos sí están sometidos al régimen del contencioso administrativo, sin necesidad de ningún malabarismo legal o jurisprudencial, para atribuir la competencia a los tribunales de la jurisdicción, para responder en las demandas que se ejerzan contra ellos independientemente de la pretensión.

Con respecto al punto 4, referido al control sobre *"Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos,"* cabe destacar que por tratarse de particulares, asociaciones de hecho particulares o personas jurídicas privadas, las mismas, como cualquier otro particular, tiene su régimen y fuero judicial propio, dependiendo de la actividad que ejerza (comercial, civil, etc.), por lo que está sometido al juez natural, a los cual se hará posterior referencia.

Sin embargo, como cualquier particular, **cuando actúan en función administrativa** –supuesto exigido por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 7, al que se hace referencia-, se encuentra, en razón de esta especial circunstancia, sometido al control contencioso administrativo, tal como lo prevé el numeral 6 del artículo 7, *"Cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa."* Quiere esto decir que la mención efectuada en el punto 4 del artículo 7, no sólo resulta impertinente, sino absolutamente irrelevante, más allá del afán de darle preponderancia a los consejos comunales y otras formas llamadas de *"manifestación popular."*

En lo referente al punto 5, de "Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional," debe destacarse en primer lugar, la noción de servicios públicos, para lo cual se basará en lo señalado por el Profesor Brewer,[28] indicando:

[28] **Brewer-Carías, A. R.** (2012) "*A Manera de Prólogo*" En "*Los Servicios Públicos Domiciliarios*" Colección del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO). Edición conjunta de la Editorial Jurídica Venezolana. CERECO y FUNEDA, Caracas D.F., Venezuela Pág. 19.

> La noción de servicio público en el derecho administrativo está referido a las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares se encuentran limitados en cuanto a poder desarrollarlas libremente, sea porque el Estado en algunos casos se las ha reservado, o sea porque el Estado las regula y ordena.

De tal forma, que la única forma en que se preste un servicio público (que haya cumplido los requisitos a tales fines; es decir, una actividad reservada por la Constitución o la ley, y que se den los requisitos de titularidad o elemento subjetivo, elementos formales y elementos materiales)[29] es, porque el Estado la preste directamente, o a través de un ente público o privado creado a tal fin o a quien se le atribuyo la competencia de su prestación; la preste un particular a través de una concesión, ambos anteriores en los casos en que sea absolutamente reservada la actividad al Estado, o que quede sustraída a la libre disposición de los particulares, aun cuando de acuerdo a la *publicatio*, cuando sea mínima, deba el particular solicitar una autorización o habilitación, que en definitiva, implica un control o sujeción al Estado.

Así, ante la declaratoria de servicio público, su control no se limita a la sujeción a la Administración (no resulta el único sujeto sometido a control), sino que en virtud de sus características de universalidad, permanencia, obligatoriedad, no suspensión del servicio, no prestación, prestación inadecuada, deficiente, etc., podrá el interesado o afectado demandar al prestador y/o al Ente Público obligado, para forzar el eficiente servicio, incluso por los daños causados.[30]

---

[29] **Silva, J.G.** (2005) "*De los Servicios Públicos. De las demandas que Interpongan los Usuarios por su Prestación y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,*" publicado en la obra colectiva "*Los Servicios Públicos Domiciliarios.*" Óp. Cit. Pág. 335.

[30] La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que en la demanda por prestación de servicios públicos en razón de la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos no podrá solicitarse peticiones de contenido patrimonial, y en caso de acumularse pretensión de indemnización a la eficiente prestación de los servicios, "… no impedirá que el tribunal de curso **exclusivamente**a las acciones" propias de la demanda por servicios público. Sin embargo, en razón del mandato constitucional del 259, no es óbice a que el afectado pueda solicitar la indemnización del daño causado por otra vía judicial.

En cuanto al punto 6 del artículo 7 de la LOJCA, referido al control de "*cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa,*" debe referirse a la tesis sostenida en Venezuela primeramente y de forma tímida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 2 de Febrero de 1978, caso Arturo Luis Torres Rivero vs. Colegio de Abogados del Distrito Federal, y más abiertamente y tal como se entiende hoy día en las Sentencias del 13 de Febrero y 18 de Febrero de 1986 (Casos Federación Venezolana de Tiro y SACVEN), tomando en consideración lo indicado por la jurisprudencia francesa (arrêt Monpeurt 1942),[31] que conforme a la sentencia de la Corte Primera, se sustenta en que se admite que *"… personas jurídicas de Derecho Privado, que a su vez carecen de un origen de conducción pública, pueden efectivamente dictar actos administrativos; sustentados para tal afirmación en la tesis ya del fin de la sociedad; o en el criterio más difundido y aceptado de la existencia de prerrogativas."*

Para entender cómo una persona jurídica de derecho privado o un particular, pueda dictar actos basado en prerrogativas, que se asimilan a actos administrativos, ha de mediar una habilitación legal y el ejercicio de ciertas competencias por mandato de ley. Así, la noción de actos de autoridad rompe el esquema de la potestad y el ejercicio del poder acreditado sólo a órganos y entes del Poder Público, sólo en aquellos casos en que se trate de entes y órganos regidos por el derecho público en cualquiera de sus manifestaciones, con la fuerza obligante de sus decisiones sobre los particulares, frente a la idea que un particular pueda ejercer alguna autoridad con semejantes atributos y consecuencias.

Es importante aclarar que por principios de organización administrativa, cuando se pretende que un ente descentralizado a ser creado tenga esa fuerza capaz de obligar y someter a un particular (potestades), se hace a través de institutos autónomos, ya que por tratarse de persona jurídica de derecho público, se le pueden atribuir prerrogativas y potestades, mientras que si se busca crear un ente, capaz de relacionarse con otras figuras de derecho privado en

[31]Al respecto, el excelente trabajo de Rosibel Grisanti "Los *Actos Administrativos Emanados de Particulares o Actos de Autoridad*", revisado en http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/Publicaciones/Boletin%20Derecho%20Administrativo/007%20-%20Actos%20de%20autoridad...%20Grisanti%20BEDA%20ESPECIAL.pdf , trata el tema profundamente.

condiciones de **igualdad** (por lo que por definición, ha de carecer de potestades, privilegios y prerrogativas), [32] creará las condiciones de confianza en la relación.

Sin embargo, ante la existencia de una especial relación entre el particular y el Estado, o del particular y la Administración, puede el particular dictar actos que amplíen o restrinjan la esfera de otros particulares, con la fuerza y ejecución de un acto administrativo, dictados en "ejercicio de la *potestad* de tomar decisiones unilaterales que pueden ser impuestas a terceros y que presentan carácter obligatorio.[33] Sin embargo, esta posibilidad no deviene de la relación en sí misma.

Por ejemplo, por mandato de ley, puede que un particular ejerza poderes y potestades que en principio, son propios y exclusivos del Poder Público, y en tal razón, expedir ciertos documentos de habilitación que en principio, son reservados al Poder Público, como expedición de títulos universitarios por universidades privadas, autorización para el ejercicio de la profesión (colegiación profesional), sancionatorios (sanción a un profesional por el colegio respectivo; a un profesor de una universidad privada; a un alumno de cualquier nivel de educación; a un particular por botar basura en sitio no permitido; la sanción a un deportista por parte del consejo de honor, etc.).

Hay que aclarar que esa facultad, que coloca a ese particular en situación de poder frente a otro particular, no deviene en sí misma de la relación entre el particular que ejerce el poder y en consecuencia, autor del acto que se asemeja a un acto administrativo y el Estado; es decir, no deviene de la existencia de la habilitación para regir el centro educativo, o del contrato de concesión en sí mismo, sino que aparte de que debe mediar esa relación, es LA LEY la que determina la existencia y contenido del acto y determina los supuestos de procedencia, de forma tal que el ejercicio de dicha "*potestad*" sólo puede ejercerse

[32] Posteriormente, en decisiones de naturaleza barbáricas, se les atribuye esos privilegios, prerrogativas o potestades, por lo que la persona jurídica con la cual otros particulares pactaron y se relacionaron –nacional o internacionalmente-, entendiendo que se trataba de un igual (dejando a salvo la materia de contrataciones públicas), se convirtió en un ente –sobrevenida y artificiosamente- dotado de superpoderes rompiendo esa noción de igualdad.
[33] Rosibel Grisanti. "*Los Actos Administrativos*…"

en los estrictos términos y cumpliendo los requisitos y formalidades que exige la ley en tales casos.[34]

En todo caso, siendo que estos actos son dictados en ejercicio de potestades públicas atribuidas a particulares por mandato de ley, se asemejan o equiparan a actos administrativos, y ante su impugnación, el conocimiento está atribuido a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

Conforme lo indicado anteriormente, en cuanto lo que define que se trate de competencias propias del contencioso es el sujeto pasivo sujeto a control, se ve que el artículo 7 de la LOJCA resulta conteste al texto constitucional y lo que universalmente ha sido aceptado por la doctrina.

El artículo 8 de la misma Ley, refiriéndose a la universalidad del control contencioso administrativo,[35] señala que será objeto de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, … "*la actividad administrativa desplegada por los entes u órganos enumerados en el artículos anteriores, lo cual incluye actos de efectos generales o particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo,*[36] *prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general cualquier situación que pueda afectar los derechos e intereses públicos o privados.*"

De forma tal que el artículo 7 refiere a los sujetos sometidos al control – Administración Pública en cualquiera de sus actuaciones; sujetos que dicten actos

---

[34] Pese a lo expuesto, no dejan de existir aberraciones, como el observado en el contrato de concesión del servicio de aseo urbano de un municipio capitalino, en el cual, mediante el contrato, se le faculta al concesionario a fijar las tarifas correspondientes al servicio, lo cual es una competencia atribuida de manera exclusiva y excluyente por ley, al Concejo Municipal. En el caso específico, ante las críticas a tal concepción, y a los solos fines de guardar las apariencias, el Concejo Municipal se limita a aprobar las tarifas que fijó unilateralmente el concesionario, omitiendo otros pasos necesarios como es el análisis de costos, impacto en los presupuestos, etc.

[35] Universalidad que durante décadas se ha pregonado; mas sin embargo, siempre se ha elaborado un catálogo de materias y conductas excluidas, lo cual siempre atentó contra la última parte del artículo 206 de la Constitución de 1961, recogido en idénticos términos en la Constitución de 1999.

[36] Tratar al silencio administrativo, si del negativo se trata, como materia objeto de control, constituye un error, pues lo que será sometido a control no es el silencio en sí mismo, pues en todo caso, si se trata de una omisión de grado constitutiva, estaríamos en presencia de una omisión o abstención. El silencio administrativo negativo sólo opera, ante el ejercicio de un recurso en sede administrativa, al cual no se le ha dado respuesta, como garantía a que el interesado no se tenga que quedar con las manos atadas, en espera de que la Administración cumpla su obligación. Si se trata del silencio positivo, el único supuesto que en lo particular conozco, se refiere al permiso de ocupación del territorio previsto en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, como consulta a cambio de uso de la tierra, que genera un acto que amplía la esfera de los derechos del interesado.

que se asemejen a actos administrativos; prestadores de servicios públicos; sujetos que actúen en actividad administrativa y los Entes del Estado en demandas de contenido patrimonial.

Por su parte, el artículo 8 refiere al objeto de control, resumiéndolo en la actividad administrativa, prestación de servicios públicos, conductas omisivas y cualquier situación que pueda afectar los derechos e intereses; sin embargo, pareciera que deja por fuera los supuestos que pudieran generar demandas de contenido patrimonial, los cuales, si se trata de responsabilidad contractual o cualquier supuesto en los que medie contratación (cumplimiento, resolución, rescisión, caducidad o interpretación) encuadra en los supuestos de conductas bilaterales, mientras que si se trata de responsabilidad extracontractual, encuadra en el supuesto del comodín, de cualquier situación que pueda afectar los derechos e intereses.

De tal forma, que ambos artículos son contestes en respetar el contencioso como órgano de control contra ciertas actuaciones del Estado y en algunos casos, de sujetos particulares que actúen en su nombre, lo cual empieza a definir al legitimado pasivo,[37] y que tal como lo indica el profesor argentino Altamira Gigena:[38]

> La legitimación pasiva la tendrá, en primer lugar, la Administración que dictó el acto que se cuestiona; en segundo lugar quienes sean titulares de un derecho derivado del acto objeto de la acción de lesividad; y en tercer lugar, aquellas personas que se puedan ver afectadas por la anulación de la actuación administrativa cuestionada en ese proceso judicial. Pues estas tienen un interés directo en que se mantenga el acto administrativo impugnado y por lo tanto, tratarán de defenderlo y demostrar que el mismo se ajusta a derecho.

[37] En el contencioso administrativo, es necesario distinguir al sujeto controlado, o sujeto cuya actividad se controla, del legitimado pasivo de la relación procesal.
Altamira, J. I. (1998) "La Legitimación en el Proceso Contencioso-Administrativo, publicado en la obra colectiva en homenaje al **Profesor Miguel S. Marienhoff** "*Derecho Administrativo.*" Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. Pág. 1209.

Pese a ello, cuando la LOJCA distribuye la competencia de los órganos de la jurisdicción para conocer de las diferentes demandas que puede interponerse ante ella, incluye en las demandas de contenido patrimonial, *"las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa, o cualquier otra forma de asociación, en la cual la república, los estados, los municipios o cualquiera de los entes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía… cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad."*

Al incorporar las demandas de los órganos o entes del Estado contra los particulares, está indicando que éstos (particulares) son igualmente sujetos controlados, por lo que el contencioso deja de ser competente para controlar las actuaciones y conductas del Estado, y especialmente de la Administración, y eventualmente, del particular cuando ejerce función administrativa –por lo que siempre busca controlar la actuación del Estado-, para convertirse en el fuero atrayente de los juicios donde el estado tenga alguna participación; cuando participe en el proceso, independientemente de su posición procesal.

En estos –aberrantes- casos de las demandas de entes públicos contra los particulares, la competencia, conforme a la LOJCA, lo define principalmente la cuantía, siendo la de mayor cuantía la Sala Político Administrativa (ubicada en Caracas), las de cuantía media los tribunales Nacionales (Caracas, Lara y Maturín, según la región) y las de menor cuantía, los tribunales estadales (ubicados en cada estado, menos en Miranda y La Guaira), lo que obliga a desplazarse al demandado de acuerdo a éste criterio, independientemente de donde se encuentre residenciado.

Tan aberrante posición lesiona la garantía del juez natural, en tanto y en cuanto, conforme al proceso ordinario, define la competencia del tribunal otros elementos, encontrando en primer lugar el domicilio del demandado cuando se refiere a derechos personales, o derechos reales sobre bienes muebles (artículo 40 C.P.C.), donde se haya contraído o deba ejecutarse la obligación, o donde se encuentre la cosa objeto del litigio (artículo 41); y en los casos de demandas relativas a derechos reales sobre inmuebles, el demandante podrá elegir entre el domicilio donde esté ubicado el inmueble, el domicilio del demandado o donde se haya celebrado el contrato (artículo 42).

Cuando se trate de demandas relacionadas con una sucesión, el artículo 43 determina la competencia territorial y los artículos 44 y 45 determinan la competencia para conocer de demandas entre socios y de rendición de cuentas, dejando a salvo, de conformidad con el artículo 47, la competencia especial convenida entre las partes.

Todo este entramado de asignación de competencias, se pierde cuando se trata de una demanda de contenido patrimonial ejercida por el Estado contra un particular. En estos casos, la LOJCA fue mediadamente prudente al señalar de manera expresa que la misma no operará cuando la Ley asigne competencia especial; sin embargo, se ve que la gran cantidad de demandas de esta naturaleza, son ejercidas contra compañías o sociedades anónimas en materia contractual, o en materia de ejecución de fianzas o garantías.

En este sentido el Código de Comercio, define a las empresas como sujetos de comercio (comerciantes), a las empresas de seguros como comerciantes, y al contrato de fianza o de seguros, como materia propia regulada por el Código de Comercio, y en esos casos, el procedimiento y los tribunales llamadas a conocer, serían los de competencia mercantil –civiles y mercantiles-. En estos casos, aun cuando la ley establece competencia especial, la jurisprudencia ha indicado indebidamente, que corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que desdice de la propia limitación que impone la ley.

Por otra parte, cuando se trata de demandas ordinarias, aparte que el juez natural es el juez del territorio llamado por la ley a conocer, depende en primer lugar de la materia que se trate, pero en materia civil de la cuantía, siendo que generalmente los justiciables tienen derecho al control de casación, el cual se pierde en el contencioso. Igualmente tiene derecho a la garantía constitucional de la doble instancia, la cual, si se trata de una demanda del contencioso administrativo ejercida en primera instancia (mayor a 70.001 unidades tributarias) por ante la Sala Político Administrativa, conocerá la acción en primera y única instancia, perdiendo así la doble instancia y el eventual control casacional.

Adicionalmente se tiene que en la especial materia de fianzas, la acción la conocerá un juez que por definición, carece de adecuado conocimiento de la materia mercantil.

De forma tal que no se trata sólo de un error, ni un simple elemento de determinación de competencias, sino que tal aberración, aparecida primeramente en las sentencias de la Sala Política bajo la incertidumbre causada con la derogatoria de la LOCSJ, fue expresa –e indebidamente- recogida en la Ley, convirtiendo al particular en sujeto sometido al control contencioso –aun cuando no aparece en el catálogo previsto en el artículo 8 de la LOJCA-, a costa de principios constitucionales del juez natural[39] y en general, del debido proceso. Ergo, tal aberración no sólo se debe a un desliz del legislador, sino se corresponde a una demostración grave de ignorancia supina; desconoce la noción, alcance y propósito del contencioso administrativo, y se instituye en inconstitucional.

2_. Del Legitimado Pasivo.

Ahora bien, en algunos casos corresponde a situaciones distintas el sujeto sometido a control y su relación con el objeto de control para definir o determinar al legitimado pasivo de la relación procesal, así como la actuación de otros sujetos; y para eso, se soportará en lo que establece cada procedimiento.

A.- En las Demandas de Contenido Patrimonial.

Cuando de las demandas de contenido patrimonial se refiere, el artículo 36 establece que el procedimiento regula la tramitación de las demandas *"…en las que sean partes los sujetos enunciados en el artículo 7…"* al cual anteriormente se hizo referencia.

El artículo siguiente se refiere a la audiencia preliminar sobre la cual se referirá de seguidas, pero no indica nada en cuanto a la citación se refiere, lo cual podría dar un indicio del sujeto pasivo que actuará como legitimado, por lo que se tiene que acudir a las disposiciones comunes a todos los procedimientos (artículos del 27 al 55), el cual dedica a los artículos 37 y 38 a las citaciones.

[39] Un nuevo elemento que confirma lo expresado por el profesor Francisco delgado, donde el derecho es meramente un instrumento, por demás deleznable.

Sin embargo, tampoco aclara la citación, pues se limita a indicar que la citación personal se practicará conforme al Código de Procedimiento Civil, salvo la que se refiere a la citación del Procurador General de la República, que se debe practicar conforme a la ley que regula a la Procuraduría General (hay que agregar que el mismo tratamiento debe darse a la citación del procurador general del estado, por remisión de la Ley Orgánica de Delimitación Descentralización y Transferencia de Competencia).

En definitiva, la lectura literal del texto de la Ley, no determina cual es el legitimado pasivo; es decir, el sujeto de derecho que ha de enfrentar el proceso como demandado.

Por tratarse el resultado de una decisión de condena, quien sea llamado a juicio como demandado, ha de ser un ente (de tratarse del Poder Público); en el entendido que disponga de personalidad jurídica y por ende, capaz de comprometerse y disponer de patrimonio. Así, del catálogo de sujetos sometidos al control, quedan excluidos los órganos referidos en los numerales 1 y 2 del artículo 7, por carecer los órganos de personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que quedan los entes territoriales (República, estados o municipios), sus entes descentralizados, los entes prestadores de servicios públicos y demás sujetos (personas naturales o jurídicas) que ejerzan actividad administrativa.

Así, por el daño que pudiera causar un órgano, ha de demandarse al ente correspondiente, quien en definitiva, responderá como sujeto o legitimado pasivo, por lo que las partes principales, serán el afectado o demandante y el representante legal y/o judicial –según sea el caso- del ente (Procurador, en el caso de la República o los estados, Síndico Procurador Municipal en el caso de los municipios y el presidente o representante legal en los entes descentralizados, sin perjuicio que por cuestión de privilegios, deba ser notificado el Procurador General de la República o el del estado correspondiente, así como el representante judicial de los otros sujetos cuando se trate de personas jurídicas).

Por su parte, el artículo 58 establece que a criterio del juez, podrá de oficio o a petición de parte:

> …convocar para su participación en la audiencia preliminar a las personas, entes consejos comunales, colectivos o cualquier otra

> manifestación popular de planificación, control y ejecución de políticas y servicios públicos, cuyo ámbito de actuación se encuentre vinculado con el objeto de la controversia, para que opinen sobre el asunto debatido. De ser procedente su participación, se les notificará, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de esta Ley, fijándose la audiencia cuando conste en autos la notificación respectiva.

Haciendo nuevamente gala de contradicciones y situaciones contrarias a la lógica y al derecho, nuevamente es necesario realizar un trabajo de interpretación, para tratar de dilucidar lo que se trata.

En primer lugar, se trata de una norma facultativa (podrá), por lo que mal podría entenderse que se trate de una verdadera parte en el proceso, pues de ser así, debió redactarse de forma imperativa (deberá). Esa participación no es necesariamente para su defensa, sino para que formulen su opinión en la oportunidad de la audiencia preliminar; y por supuesto, debe entenderse que esa opinión no es vinculante, pues sustituiría al juez en sus funciones, por lo que entiende que en el mejor de los casos se trata de un tercero, en todo caso coadyuvante, o un sujeto que agota su participación en el juicio manifestando su opinión, pero no actúa como parte.

Pero llama la atención que la audiencia preliminar tiene una función principalmente depuradora del proceso, suerte de abreviación de las cuestiones previas del proceso ordinario, indicando *"que el demandado deberá expresar con claridad si contraviene los hechos alegados por la contraparte, al fin de que el juez o jueza pueda precisar con precisión los controvertidos."* Cabe destacar que para ese momento aun la demandada no ha dado contestación a la demanda; ergo, no se ha trabado la Litis.[40]

En este enredo surge la participación de estos invitados a opinar. Se entiende entonces, que más que una orden coactiva para formular defensas (so pena de cargas o sanciones) propia de las citaciones a las partes, se trata de una participación del contenido y una invitación a opinar, si así lo considera pertinente. Y de esta manera lo entendió el mismo artículo, al indicar que de ser

[40] Sobre el particular, pudimos referirnos en trabajo reciente próximo a publicarse en la RVLJ, en homenaje al Profesor **Caballero, J.** "*La Trabazón de la Litis en el Contencioso Administrativo*."

procedente se les notificará; sin embargo, que dicha participación se regirá por ***"…lo dispuesto en el artículo 37 de esta Ley."***

Es el caso que el artículo 37 de la Ley, regula lo correspondiente a las **"citaciones."** Así, no puede entenderse que se trata de una citación, pues dicha institución está concebida para llamar coactivamente al demandado, con las cargas asociadas a su falta de comparecencia, en el ordenamiento civil ordinario, sino que se trata de una **notificación** que debe realizarse con las formalidades de una citación, sin que por ello pierda su esencia de notificación, ni pueda entenderse como citación; es decir, solo refiere la forma de su práctica sin mayores consecuencias ni efectos.

Ello no es óbice, a que si una persona que no ha sido llamada a juicio, o que invitada a participar conforme la norma para que emita su opinión, considera que tiene derechos o intereses propios a discutir en la demanda, participe, no en los términos de invitado, sino de tercero interviniente, con todos los derechos de parte en el proceso. Como ejemplos se tiene una demanda de reivindicación, en la que una persona distinta al demandante aduzca disponer efectivamente del derecho de propiedad, o ante la reclamación del pago de unas bienhechurías, manifieste ser el propietario o quien debe ser el beneficiario del pago.[41]

B) En el Juicio Breve.

El juicio breve está referido a tres supuestos distintos, que bajo un mismo procedimiento, acoge distintas pretensiones del demandante; y supuestos disímiles, por lo que es necesario tratarlo de conformidad a cada tipo de sujetos de acuerdo a los supuestos que contiene la norma, poniendo sobre el tapete, que en todo los relacionado con el juicio breve, está excluida cualquier reclamación patrimonial o indemnizatoria de conformidad con el artículo 65 de la LOJCA.

[41]Estos ejemplos nos podrían presentar frente a una situación interesante, de si el tercero en su condición de interviniente actuaría como si fuera demandante y en consecuencia, beneficiario de la demanda sin haber tenido la iniciativa procesal, o si tal situación llevaría a la declaratoria sin lugar de la demanda debiendo el interesado, ejercer una nueva acción. Esto cobraría particular interés, si se considera necesario agotar el antejuicio administrativo en las demandas contra la República o alguno de los estados, y que éste tercero no lo haya agotado.

1.- Reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos: Acogiéndonos a lo previsto en el artículo 9 de la LOJCA, son competentes los órganos de la jurisdicción, para conocer de *"Los reclamos por la prestación de los servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los prestadores del servicio"*. Si se centra en esta frase, la acción ha de ejercerse contra quien lesiona la situación jurídica, indicando ahí que es el prestador del servicio; sin embargo, el contencioso de los servicios públicos se torna mucho más compleja[42], siendo que al respecto, el profesor González Pérez[43] simplifica los escenarios que pudieren presentarse en relación con el 259 Constitucional en:

> A. "Relativos al nacimiento del servicio público, bien porque no se establezcan servicios obligatorios, o porque se establezca uno que no debe existir, o porque se establezca inadecuadamente.
>
> a.- Que no se establezca un servicio obligatorio. Ausencia del servicio por:
>
> i. La absoluta inercia o desinterés en implementar el servicio, aún ante la existencia de ley formal que lo crea.
>
> ii. Creado el servicio, la falta de instrumentos normativos para su efectivo funcionamiento.
>
> iii.- La falta de asignación de recursos económicos para la instalación del servicio.

---

[42] En la obra **Silva, J. G.** (2012) "*Los Servicios Públicos Domiciliarios*" En Colección del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO). Edición conjunta de la Editorial Jurídica Venezolana, CERECO y FUNEDA, Caracas D.F., Venezuela. Yo tuve la oportunidad de presentar un trabajo titulado "De los Servicios Públicos. De las Demandas que Interpongan los Usuarios por su Prestación y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa," en el cual se desarrolló el tema desde varias aristas.

[43] **González, J.** (2002) Contencioso-Administrativo de los Servicios Públicos, En "*VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. El Nuevo Servicio Público, Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General (Electricidad, Gas, Telecomunicaciones y Radiodifusión)*." FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela.

b.- Que se establezca inadecuadamente.

c.- Que se establezca uno que no deba existir.

B. Relativos al funcionamiento del servicio. Durante la vida del servicio, las reacciones procesales frente al no funcionamiento o su funcionamiento anormal, pueden producirse en dos sentidos:

Uno, encaminado a su efectiva y normal prestación.

Otro, encaminado a exigir las responsabilidades derivadas de su defectuoso funcionamiento.

C. Relativos a la extinción del servicio. Los contenciosos podrán versar sobre la procedencia o improcedencia de su extinción."

Así, la acción podrá ejercerse y en consecuencia, dibujará el legitimado pasivo:

- Contra el prestador del servicio, que puede coincidir en el órgano o ente de la Administración que tiene atribuido el servicio, cuando lo presta directamente.
- El instituto autónomo, cuando se le trasfirió la competencia de prestación.
- La empresa del Estado, cuando media contrato a tal fin.
- El particular, cuando media concesión para la prestación.

Sin embargo, debe destacarse que aun cuando medie alguna forma de contratación para que un órgano, ente o particular los preste, distinto a quien la Constitución o las leyes le atribuyen competencia, el destinatario u obligado legal de la competencia, puede ser igualmente llamado a juicio como sujeto pasivo; en especial, por la existencia de cláusulas exorbitantes que en definitiva, le permiten al concesionario una serie de conductas, toda vez que el otorgarlo a un prestador distinto, no lo exime de su obligación.

2.- En cuanto a la vía de hecho, se trata, en resumen, de ejecución de actos materiales por parte de la Administración, sin la existencia de un acto administrativo que las soporte.

De allí, que el llamado a responder por la vía de hecho, es el funcionario que ejecute la vía de hecho, independientemente de que la competencia estuviere atribuida a otro órgano o ente, pues el juicio se trata precisamente verificar la existencia de la vía de hecho y restablecer la situación jurídica infringida.

En estos casos, ha sido común, que ante la existencia de un acto administrativo debidamente notificado al destinatario, éste, por ignorancia o arrogancia, en vez de solicitar la nulidad del acto administrativo, pretenda actuar contra los actos materiales, imputando vía de hecho al funcionario que ejecuta la orden.[44]

En casos como el planteado, corre el riesgo el actor, que al momento de la decisión, haya operado los lapsos de caducidad para ejercer la nulidad del acto, impidiendo así ejercer la defensa.

3.- Con referencia a la Abstención, técnica y universalmente se entiende por tal, cuando la Administración ignora la obligación de actuar expresamente de una manera determinada previamente en la ley (obligación específica); sin embargo, la jurisprudencia patria la ha igualado a cualquier omisión, que puede arropar la falta de respuesta oportuna de conformidad con el artículo 51 Constitucional.[45] En estos casos, el sujeto pasivo ha de ser el funcionario o titular del órgano o ente que llamado a responder o actuar, omite su obligación.

Cabe desatacar que en todos los supuestos del procedimiento breve, se "**citará**" al demandado, quien deberá presentar un informe (no hay contestación de demanda), y de no presentarlo, se podrá imponer al responsable una multa, y si se trata de un particular, se tendrá por confeso,[46] salvo que se trate de la Administración Pública.

---

[44] Por ejemplo, el director de personal, que ante un acto de remoción o destitución, notificado al destinatario, le impida el acceso a su sitio de trabajo.

[45] Que a su vez, hay que diferenciar del silencio administrativo negativo recogido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que opera por la omisión de respuesta ante el ejercicio de un recurso en sede administrativa.

[46] Cabe destacar que se trata del único supuesto de confesión; sin embargo las conductas sujetas a control, imponen en muchos casos una citación que no se entiende a la realizada administración (ni siquiera aduciendo la teoría del órgano), sino por la actuación estrictamente personal.

C) En los Procedimientos Comunes a las Demandas de Nulidad, Interpretación y Controversias Administrativas.

La ley establece tres supuestos que se regirán bajo el mismo procedimiento, correspondientes a:

1. Nulidad de actos de efectos particulares y generales.
2. Interpretación de leyes.
3. Controversias administrativas.

No corresponde en el presente trabajo, pronunciarnos sobre el carácter objetivo o subjetivo[47] del llamado anteriormente "recurso de nulidad" ahora "demanda de nulidad," (¿?)[48] sobre el cual, la doctrina venezolana se ha pronunciado anteriormente[49] y hoy **parece** un punto superado.

En el trabajo de Henrique Irribaren, el mismo indica que la legitimación pasiva o la defensa de los actos administrativos de efectos particulares es la más difícil de asir. *"Sostener que el recurso contencioso administrativo es un ´juicio al acto´ y, por tanto, ´objetivo´, de modo que la Administración Pública carece de la condición de ´parte´ demandada es pretender un retroceso de nuestro sistema administrativo a los tiempos napoleónicos…"*

A su vez, señala el citado autor, el reconocimiento por parte de la jurisprudencia la intervención de terceros, señalando en conclusión, que la legitimación pasiva en los "recursos" intentados contra los actos administrativos, incluye a la Procuraduría General de la República, a la Administración autora del

[47] Dicha discusión sería objeto de un trabajo aparte, lo cual, la extensión del presente lo impide.
[48] Si bien es cierto, de forma aparente la LOJCA se ufana de llevar las acciones a la noción de demandas, refiere en su contenido a los recursos de nulidad y el tratamiento que se le sigue dando en razón de los privilegios, el carácter pretoriano del juez; la noción de notificación y otros principios que rigen al procedimiento en específico, nos indica que no es precisamente subjetivo.
[49] Sólo como ejemplo podemos citar los trabajos de Gustavo Linares B. y Henrique Irribaren M. (2012) En "*XVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo Venezolano. Tomo I.*" Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, Lara, Venezuela.

acto y a los terceros que para la época, tuvieran el mismo interés que el exigido para impugnar el acto.

Sin entrar a discutir a profundidad aquello que se encuentra –insisto, de manera aparente- superado, se debe revisar en la ley que regula el contencioso administrativo, el tratamiento que le da a las *partes*, para su participación, y sus consecuencias.

Señala el artículo 78 de la L.O.J.C.A., que admitida la demanda, se ordenará la "***notificación de las siguientes personas y entes.***" El hecho de mencionar la palabra notificación, implica que para el legislador, la intervención de dichos sujetos no es necesariamente relevante; en el proceso, no existe un acto de contestación que *trabe la Litis*; la falta de comparecencia del notificado, no tiene consecuencia jurídica alguna, al igual que su ausencia en otras fases del proceso.

Al contrario, la única consecuencia está prevista, si el demandante no acude a la audiencia de juicio, que acarrea el desistimiento. Y por último, independientemente de lo expresado por *"las partes,"* el Juez no se atiene al principio dispositivo, sino que rige el principio inquisitivo, ratificado por la existencia de vicios de nulidad absoluta que afectan al acto impugnado, que pueden ser reconocidos de oficio por el juez; incluso, la continuación del juicio pese al desistimiento o convenimiento cuando se considere afectado el orden público[50] y la dificultad de aplicar los medios de autocomposición procesal.

La única consecuencia es que de no enviar el expediente administrativo[51] en el plazo exigido en la ley, **podría** acarrear la imposición de una multa (artículo 79 de la LOJCA).

Señala en cuanto a la notificación, de manera expresa:

---

[50]Propio de todos los procesos, pero magnificado en el contencioso administrativo.

[51]Todo acto administrativo, sea de efectos particulares como generales, ha de cumplir un procedimiento para su formación que ha de estar recogido en un expediente administrativo, razón por la cual, la exigencia del envío del expediente corresponde a la nulidad, independiente de los efectos del acto. Cuando se trata de controversias administrativas, por lo general, se trata de asunción de competencias que no le son propias, lo cual, por lo general se hace a través de actos administrativos, por lo que se mantiene la exigencia del expediente y su envío al tribunal. Para la interpretación de leyes –o más propiamente de "normas", su elaboración también amerita un expediente que recoja varios elementos, en especial, los motivos de la ley, iniciativa legislativa, sus discusiones, exposición de motivos, etc., que han de estar recogidos y documentado e igualmente sometido a ser enviado el tribunal competente.

- En los casos de "recursos de nulidad,[52]" al representante del órgano que haya dictado el acto.
- En los casos del "recurso de interpretación," al órgano del cual emanó el instrumento legislativo.
- En los casos de controversias administrativas, al órgano o ente contra quien se proponga la demanda.
- En todo caso al "Procurador General de la República," o más técnicamente al Procurador General de la República, del estado o al síndico procurador municipal según sea el caso, como representante del ente al cual está adscrito el órgano del cual emanó el acto o la norma; y al Fiscal General de la República, como parte de buena fe y garante de la legalidad.
- A cualquier otra persona, órgano o ente que deba ser llamado a la causa por exigencia legal o a criterio del tribunal.[53] Estos llamados son invitados a actuar más como intervinientes que como meros coadyuvantes.
- Por su parte, el artículo 80 refiere a un cartel de emplazamiento para notificar a cualquier otra persona, órgano, ente etc., que pudiera tener interés en el proceso instaurado. Al igual que lo indicado anteriormente, su participación, en principio, se tiene como coadyuvante, pero al caso concreto hay que revisar su interés en el proceso, y determinar, de ser el caso, su condición de tercero interviniente.

CONCLUSIONES

En razón de lo extenso del trabajo las conclusiones han de ser sucintas, siendo que puede concluirse que la intervención de los sujetos en el contencioso

[52]Si bien la ley pregona como un gran avance, la superación del recurso por el de las demandas, en el caso del artículo 78, refiere a recursos, tanto de nulidad como de interpretación. Si bien puede tratarse de un gazapo, no cabe duda que el tratamiento que le da la ley, se asemeja más al de los recursos, que a las demandas, visto el alcance de la intervención de la parte, especialmente la de la pretendida "demandada" o sujeto pasivo.

[53] En los casos de actos triangulares, a la otra(s) parte(s) distinta(s) a la actora; en los actos de efectos generales que correspondan a afectaciones colectivas, a los representantes de esos colectivos (gremios, por ejemplo); cuando se verifique que existen otras personas que eventualmente pudieren tener derechos subjetivos involucrados con el acto impugnado, entre otros.

administrativo general, si bien tiene muchos de contacto comunes con el proceso civil ordinario, sus instituciones se aplican en el proceso administrativo; y, la doctrina del segundo permite adentrarse y explicarlos en el primero, no debe obviarse que debe atenderse a sus particularidades y entender que algunas de éstas intervenciones o cualidad con que actúa, no se comportan de la misma manera en ambos procesos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Altamira, J.I. (1998) "La Legitimación en el Proceso Contencioso-Administrativo, En Obra Colectiva en "*Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff Derecho Administrativo*." Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

Araujo, J. (1996) "*Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*." Editorial Vadell Hermanos. Valencia, Carabobo, Venezuela.

Brewer-Carías, A. R. (2012) A Manera de Prólogo En la Obra Colectiva "*Los Servicios Públicos Domiciliarios*." Colección del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO). Edición conjunta de la Editorial Jurídica Venezolana, CERECO y FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela.

Carrillo, C. L. (2005) "*Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*." FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela.

Delgado, F. (2017) "*Chavismo y Derecho*." Editorial Galipán. Caracas D.F., Venezuela.

González, J. (2002) Contencioso-Administrativo de los Servicios Públicos, En "*VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo El Nuevo Servicio Público: Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General en Honor a Allan Randolph Brewer-Carías*." FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 201-230.

Grisanti, R. (2019) "los Actos Administrativos Emanados de Particulares o Actos de Autoridad," revisado en http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/Publicaciones/Boletin%20Derecho%20Administrativo/007%20%20Actos%20de%20autoridad...%20Grisanti%20BEDA%20ESPECIAL.pdf

Guasp, J. (1963) "*Derecho Procesal Civil*." Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España.

La Roche, R. H. (1995) "*Código de Procedimiento Civil, Tomo I.*" Altolitho, Caracas D.F., Venezuela.

Rondón de Sansó, H. (2005) El Contencioso de los Servicios Públicos, En VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo El Nuevo Servicio Público: Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General en Honor a Allan Randolph Brewer-Carías. FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 231-253.

Silva, J. G. (2005) De Las Demandas Contra los Estados y Municipios y La Casación. Análisis Jurisprudencial. En "*Libro Homenaje al Dr. Tomás Polanco Alcántara.*" Estudios del Instituto de Derecho Público. U.C.V. FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela.

Silva, J.G. (2008) De los Servicios Públicos. De las Demandas que Interpongan los Usuarios por su Prestación y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en "*Los Servicios Públicos Domiciliarios.*" FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela.

Silva, J. G. (2021) La Trabazón de la *Litis* en el Contencioso-Administrativo, en la "*Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N°* en Homenaje a Jesús Caballero Ortiz." Caracas D.F., Venezuela.

Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de Junio de 2010. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

Gaceta Oficial N° 39.447 del 16 de Junio de 2010. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de Mayo de 2004. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 0023 del 24 de Noviembre de 2004. Expediente 2004-1736. Caso Tecno Servicios Yes Card.

Sentencia N° 1.900 del 27 de Octubre de 2004. Caso Marlon Rodríguez.

Sentencia del 02 de Febrero de 1978. CPCA. Caso Arturo Luis Torres Rivero vs. Colegio de Abogados del Distrito Federal.

Sentencia del 13 de Febrero Casos Federación Venezolana de Tiro.

Sentencia del 18 de Febrero de 1986. SACVEN.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Sobre el Proceso Tributario Venezolano: Reflexiones y Propuestas ● Pág.: 398 – 460

SOBRE EL PROCESO TRIBUTARIO VENEZOLANO: *REFLEXIONES Y PROPUESTAS*[f]

ON THE VENEZUELAN TAX PROCESS: REFLECTIONS AND PROPOSITIONS

Serviliano Abache Carvajal[§]
https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.03
Fecha de Recepción: 15 de enero de 2022 **Fecha de Aprobación:** 30 de abril de 2022

RESUMEN

En este trabajo se revisita el proceso tributario venezolano, a partir de su naturaleza (objetiva o subjetiva), con la finalidad de evidenciar la necesidad de un cambio de paradigma. Igualmente, se repasan los poderes del juez, la inexigibilidad del acto administrativo durante la sustanciación del proceso y la actividad probatoria en el juicio tributario, con especial atención en la carga probatoria.

Palabras Clave: Proceso Tributario, Pretensión Procesal, Inexigibilidad del Acto Administrativo, Actividad Probatoria, Carga Probatoria, Expediente Administrativo.

ABSTRACT

In this paper the Venezuelan tax process is revisited, from its legal nature (the objective and subjective scopes), in order to justify a change of paradigm. Also, the legal powers of the judge, the unenforceability of the administrative act during an ongoing judicial process and the evidentiary activity in the tax process are reviewed, with special attention in the burden of proof.

Key Word: Tax Process, Claim, Unenforceability of the Administrative Act, Evidentiary Act, Burden of Proof, Administrative File.

INTRODUCCIÓN

Las controversias que se suscitan entre los contribuyentes y el Estado, o entre terceros y el Estado, como consecuencia de la aplicación de las normas tributarias, se resuelven haciendo uso del procedimiento contencioso tributario. El Código Orgánico Tributario venezolano (2020), al referirse a la jurisdicción

[f] Para el Homenaje al Profesor Abdón E. Sánchez Noguera, quien enfocó su investigación en el Derecho Procesal.

[§] Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Tributario mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Máster en Argumentación Jurídica mención *Sobresaliente*, Universidad de Alicante, España. Experto en Fiscalidad Internacional, Universidad de Santiago de Compostela, España. Doctorando en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Directivo, Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Representante Titular por Venezuela al Directorio, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Serviliano Abache Carvajal ● Pág.: 398 – 460

contencioso tributaria, señala en su artículo 286 que ésta consiste en la potestad de conocer y resolver las polémicas que se causen entre las Administraciones Tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros, por actos que determinen obligaciones tributarias, o, creen responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de Leyes, Reglamentos o Resoluciones de carácter tributario.

Nuestro Código Tributario, en su Título VI, Capítulo I, Sección I "De los Procedimientos Judiciales", trata esta cuestión en 4 Títulos. El primero, reservado al procedimiento del Recurso Contencioso de Nulidad. El segundo al procedimiento del Amparo Tributario. El Tercero acerca de la Transacción Judicial. Y el Cuarto acerca del Arbitraje Tributario. No se utiliza la expresión "*procedimiento contencioso tributario*", sino "*De los Procedimientos Judiciales*".

Desde el punto de vista doctrinario, se ha discutido mucho respecto de las características que debe tener dicho procedimiento y de la naturaleza de los órganos encargados de resolver las controversias. Igualmente, tales aspectos han sido materia de amplios debates.

En las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebrados en 1957 en la ciudad de Montevideo, respecto del "*proceso administrativo*" se emitió resolución en favor de la creación de tribunales en lo contencioso administrativo, que estuvieran organizados en forma independiente del Poder Ejecutivo y que pudieran anular o reformar los actos administrativos tributarios definitivos o ejecutorios de la Administración Tributaria, dictados con violación de una regla de derecho, o, con desviación del poder, con facultades para condenar la reparación del daño causado. Se recomendó el ejercicio de la acción por cualquier persona titular de un interés personal, directo y actual, afectado por el acto administrativo.

Se estableció que la Administración Pública debía resolver los recursos administrativos dentro de plazos breves y perentorios y se recomendó que el silencio administrativo debiera entenderse como desestimación del recurso. En las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, realizadas en 1958 en la ciudad de México, al tratar específicamente el tema del proceso contencioso tributario, se concluyó que la Administración debía tener la oportunidad de revisar (rever) sus resoluciones mediante un recurso previo a la

fase contenciosa. Pero al mismo tiempo, se expresó que los tribunales de lo contencioso tributario debían gozar de independencia con respecto al Poder Ejecutivo y de no estar ubicados dentro del Poder Judicial, esa independencia debía ser la misma que se asegura a los órganos de este poder. Se consideró de necesidad que el procedimiento fuera sencillo y rápido y que asegurara que las causas fueran resueltas dentro de los plazos fijados por la ley, que primara el respeto al principio de igualdad de las partes y que los tribunales estuvieran investidos de los poderes necesarios para establecer la verdad de los hechos y aplicar el derecho, independientemente de lo alegado y probado por las partes.

En las Séptimas Jornadas Luso-Hispanoamericanas de Estudios Tributarios celebradas en el año 1976 en la ciudad de Pamplona, se recomienda que los órganos jurisdiccionales competentes para decidir los conflictos tributarios, deban funcionar dentro del Poder Judicial, y, en todo caso, fuera del ámbito del Poder Ejecutivo. Agrega la resolución adoptada en dichas Jornadas, que en los países en que existan órganos jurisdiccionales dentro del Poder Ejecutivo, su estructura y funcionamiento deben ser organizados sobre la base de su independencia respecto de la Administración activa, de forma que contra sus fallos pueda recurrirse, sin restricciones, al Poder Judicial.

Para los efectos del presente trabajo, adquiere importancia singular que las Jornadas de Pamplona recomiendan, de un lado, la igualdad de garantías de alegación y prueba para ambas partes y, de otro lado, el derecho del interesado a interponer recursos o decidir acciones sin estar condicionado al pago previo de la obligación impugnada ni a ningún otro requisito que no tenga relación directa con el objeto del recurso o acción que se deduce.

Valdez Costa al efectuar un enfoque del panorama general de la legislación latinoamericana, se refería a Venezuela, clasificándolo en un primer grupo, en razón de las características y ubicación de los órganos especializados para la solución de las controversias tributarias.

Señala que este primer grupo "*está constituido por aquellos países que cuentan con tribunales fiscales administrativos, a los cuales, las normas que los crean, atribuyen carácter jurisdiccional y consecuentemente les reconocen un grado de independencia variable respecto de la Administración activa*". Por esa razón, los Tribunales Contencioso-Tributario deben andar como un auténtico Tribunal, autónomo,

independiente e imparcial, como un órgano del poder público diferente orgánica, en funcionalmente en cuanto a intereses se refiere al Poder Ejecutivo. No tiene sentido, que los Tribunales Contencioso-Tributarios operen como autómatas capaces de ratificar mecánicamente las decisiones de la Administración Tributaria. Estos tienen una función de revisión plena. ¡Y a esa función deben adecuarse!

DESARROLLO

1_. Una aproximación al Proceso Tributario Venezolano. Su Carácter Objetivo o Subjetivo.

El proceso tributario suele ser explicado por la dogmática desde tres concepciones. En primer lugar, a partir de los actos administrativos impugnables a través del recurso contencioso tributario (artículo 272 del Código Orgánico Tributario de 2020[1]: «Los actos de la Administración Tributaria de efectos

[1] Publicada su reciente «reforma» en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.507 Extraordinario del29 de Enero de 2020, la cual fue dictada por la denominada «Asamblea Nacional Constituyente», que por razón de la inexistencia jurídica de las pretendidas «tipologías normativas» que emana («leyes constitucionales», «decretos constituyentes», etc.) y dada su patente inconstitucionalidad por violación del principio de reserva legal tributaria (véase: **FRAGA, L.** (2020) «Algunos Comentarios Sobre la Reforma del Código Orgánico Tributario de 2020», disponible en: http://fragapittaluga.com.ve/fraga/index.php/component/k2/item/9-algunos-comentarios-sobre-la-reforma-del-codigo-organico-tributario-de-2020), la misma adolece de la más severa e insalvable *invalidez*, en tanto no fue: (i) dictada por el órgano competente, (ii) siguiendo el procedimiento establecido, (iii) respetando las normas de rango superior. Debe siempre tenerse presente que la materia tributaria es de estricta reserva legal (*ley formal*: producto del parlamento), por lo que su pretendida regulación por parte de otro «poder» —como ocurrió con esta «reforma»—, atenta directamente contra la libertad individual y, en consecuencia, contra la Constitución misma. En efecto, *la autoimposición es libertad*, por lo que la «no-autoimposición» es una manifestación despótica, abusiva y, en fin, autoritaria del poder, mediante la cual se subvierte la libertad individual y se pulveriza la propiedad privada. Sobre el principio de reserva legal tributaria, véase: **FRAGA, L.** (2012) "*Principios Constitucionales de la Tributación*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos Nº 95. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 41-68.y **FRAGA, L.** (2019) El Principio de la Legalidad Tributaria, En "*Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* Nº 17-19 (Homenaje a Pedro Nikken)." Universidad Monte Ávila. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 277-326. Disponible en: http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2021/01/Redav-17-19.pdf. Nuestras consideraciones sobre este estándar de la tributación pueden consultarse en: **Abache Carvajal, S.** (2013) «Liberalismo y Tributación. Especial Atención al Principio de Reserva Legal de los Tributos», *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* Nº 69. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. Pág. 27-51; y su caracterización más reciente como *derecho subjetivo*, en: **Abache Carvajal, S.** (2019) «El Derecho a

particulares, que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados […]»). En segundo lugar, desde la visión del proceso contencioso tributario como uno de naturaleza objetiva, en el cual se revisa la legalidad del acto administrativo impugnado. Y, finalmente, en tercer lugar, teniendo en cuenta que el proceso tributario es de naturaleza inquisitiva, por lo que el juez tributario tiene amplios poderes de investigación y decisión.[2]

En lo que a la segunda concepción se refiere, mucho se ha escrito —y se sigue escribiendo— en doctrina, sobre el carácter *objetivo* o *subjetivo* del proceso administrativo, en lo general,[3] y del proceso tributario —que es especie de aquél—, en lo particular. Básicamente, la discusión se circunscribe a sostener: (i) si el proceso tributario sigue siendo visto como un *juicio al acto administrativo impugnado*; o (ii) si dicho proceso es concebido —en la actualidad— como un *juicio entre partes*.

Sobre la noción *objetiva*, MEJÍA BETANCOURT indica que «En la medida que la decisión ejecutoria administrativa constituye un elemento de la legalidad, entonces un recurso objetivo se abre contra el acto dicen los franceses, es decir, es posible intentar un recurso contencioso contra el acto dictado. Este recurso es objetivo pues se cuestiona su legalidad. Tradicionalmente la doctrina francesa dice que es un proceso hecho al acto no a su autor. Una acción contra el autor del

---

la Legalidad Tributaria del Contribuyente: Una Cuestión de Libertad y Propiedad Privada», En "ESPINOSA BERECOCHEA, Carlos (Coord.), *Derechos de los Contribuyentes*." Academia Mexicana de Derecho Fiscal. Ciudad de México. Pág. 31-70. Sobre ésta y tantas otras consideraciones que demuestran la abierta inconstitucionalidad de la «Asamblea Nacional Constituyente» y de sus «actos», véase: **BREWER-CARÍAS, A. R., y GARCÍA SOTO, C.** (Comps.) (2017) "*Estudios Sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional Convocatoria en 2017*." Editorial Jurídica Venezolana - Editorial Temis. Caracas D.F., Venezuela.

[2] *Cf.* **Mejía Betancourt, J.** (2016) La Carga de la Prueba en el Contencioso Tributario, En "LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura y ABACHE CARVAJAL, Serviliano (Coords.), *El Mito de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo y la Tutela Judicial en el Contencioso Tributario. Una Discusión Sobre la Obra de Serviliano Abache Carvajal, intitulada La Atipicidad de la «Presunción» de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario, galardonada con el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2012-2013*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 113. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 333.

[3] Para un estudio acabado sobre el carácter objetivo o subjetivo del contencioso administrativo venezolano, véase: **Torrealba Sánchez, M.A.** (2006) "*Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*." Editorial Texto. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 96-115.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Serviliano Abache Carvajal ● Pág.: 398 – 460

acto completa el primer recurso, pero ya no se trataría de un recurso de anulación sino de un recurso en reparación de una falta cometida o de un riesgo asumido»[4].

Por su parte, la noción *subjetiva* ha sido explicada, entre otros, por MOLES CAUBET, para quien la misma consiste en una:

> Función justicial que tiene los siguientes cometidos: declarar derechos; mantener la integridad de los derechos atribuidos y restablecerlos cuando fueren perturbados, resarciendo subsidiariamente los daños y perjuicios producidos, como también, resarcir los demás daños y perjuicios de cualquier otra manera irrogados.[5]

Aunque hace algún tiempo FRAGA PITTALUGA llegó a considerar zanjado el tema y cerrada la discusión, entendiendo para aquel momento que:

> Hoy en día se acepta sin ambages que el proceso contencioso tributario, como cualquier proceso judicial, es un conflicto intersubjetivo de intereses en el cual cada parte debe probar lo que alega,[6] sin embargo en la actualidad la doctrina sigue estando dividida en cuanto al carácter objetivo o subjetivo del proceso tributario.

Al respecto, MEJÍA BETANCOURT afirma que:

---

[4] **Mejía Betancourt, J.A.** «*La Carga…*» *cit.*, Págs. 352-353.

[5] **Moles, A.** (1981) El Sistema Contencioso Administrativo Venezolano en el Derecho Comparado, En *Contencioso administrativo en Venezuela*." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 15. Esta posición sobre el carácter subjetivo del proceso administrativo también ha sido respaldada, desde hace algún tiempo, por **LINARES BENZO**, quien recordando el nacimiento del *Conseil d´État* —como órgano integrante de la estructura administrativa— comenta la evolución que tuvo lugar desde la noción de «justicia retenida» inicial a la de «*justicia delegada*» actual. *Cf.* **LINARES, G.** (1994) El Carácter Subjetivo del Procedimiento Contencioso-Administrativo, En "*Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham*." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 390.

[6] **FRAGA PITTALUGA, L.** (2004) Consideraciones Generales Sobre la Prueba en el Proceso Contencioso Tributario, En "*Contencioso Tributario Hoy. Jornadas Internacionales*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 110.

> El acto administrativo de naturaleza tributaria que determina un tributo o que impone sanciones es una decisión ejecutoria en los términos explicados. Lo que permite entender que el contencioso tributario es objetivo, que el juez asume un papel de control de la actividad administrativa y que las partes están en una situación muy desigual, dado que la Administración Tributaria tiene precisamente la competencia de dictar esas decisiones ejecutorias tributarias.[7]

Mientras que para BLANCO-URIBE el proceso tributario tiene carácter subjetivo, quien a tenor literal explica que «El artículo 259 del Texto Fundamental acuerda los poderes del Juez con competencia en lo contencioso administrativo (que abarca lo tributario) para la restitución de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad o inacción de la Administración Pública, de modo que el Recurso Contencioso Tributario, si bien gira en torno a un juicio sobre la conformidad a derecho o no de un acto administrativo, es también un fuero apto para lograr la reparación y/o restitución de las esferas subjetivas afectadas, por ejemplo mediando la condena a la indemnización de daños y perjuicios.[8]

Por su parte, la regulación normativa del proceso en el Código Orgánico Tributario, por un lado, y la actitud cómodamente pasiva de la Administración,

---

[7] **MEJÍA BETANCOURT, J.A.** «*La Carga…*» *cit.*, Pág. 354.

[8] **BLANCO-URIBE QUINTERO, A.** (2013) El Recurso Contencioso Tributario, En "*SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira, y FERMÍN, Juan Carlos (Coords.) Manual Venezolano de Derecho Tributario T. I. Asociación Venezolana de Derecho Tributario.*" Caracas D.F., Venezuela. Pág. 669. En esta misma línea de pensamiento, **FRAGA PITTALUGA** plantea una serie de interrogantes dirigidos a sostener el carácter *subjetivo* del proceso tributario, en los siguientes términos: «Lo cierto es que el carácter subjetivo del proceso contencioso tributario es indiscutible; de lo contrario ¿Cómo podría explicarse que la Administración puede resultar condenada en costas, cuando esta es una sanción procesal que sólo puede ser aplicada a una verdadera parte? ¿Cuál sería el fundamento para explicar que en ocasiones —numerosas por cierto— sea dicha Administración Tributaria quien tenga la carga de probar sus afirmaciones de hecho, cuando tales imperativos sólo pueden recaer sobre quien es parte, propiamente dicha o como tercero? ¿Con qué argumento podríamos justificar que de acuerdo con las disposiciones expresas del Código Orgánico Tributario, el proceso pueda terminar mediante transacción, cuando tal pacto sólo puede tener su origen en las *recíprocas* concesiones que se hacen las partes; o que pueda pactarse un compromiso arbitral, cuando tal compromiso sólo puede ser alcanzado entre las partes que aspiran resolver su conflicto intersubjetivo de intereses mediante un medio alternativo? La única respuesta posible a estas interrogantes es que el proceso contencioso tributario, es un proceso subjetivo». **FRAGA, L.**, «Consideraciones…» *cit.*, Pág. 113.

por el otro, tampoco ayuda a concebirlo fácilmente como un juicio entre partes, si se tiene en cuenta que no existe *fase de contestación* del recurso, lo que genera, entre otras cosas, que la Administración Tributaria aparezca —cuando lo hace y en el mejor de los casos— en la *etapa probatoria* —las menos de las veces—, o al final del juicio para los *informes* —las más de las veces—. Empero, y allende la precaria regulación positiva y actitud más que pasiva de la Administración Tributaria, resulta innegable que contribuyentes y responsables disponen, por vía constitucional y legal, de las mismas pretensiones que cualquier administrado puede hacer valer en el contencioso administrativo, a saber: *mero declarativas, constitutivas, condenatorias y ejecutivas*.[9]

La verdad es que, como considera HERNÁNDEZ,[10] hasta cierto punto resulta inútil la dicotómica discusión sobre el carácter objetivo o subjetivo del proceso administrativo —y, por vía de consecuencia, del tributario— en tanto en cuanto se mantenga el paradigma revisor del contencioso administrativo, esto es, se siga limitando el proceso contencioso administrativo al recurso de nulidad del acto administrativo, como ocurre en la actualidad con el recurso contencioso tributario. En efecto, tal contraposición (objetivo o subjetivo) es cuestionable, pues el sistema contencioso administrativo participa de ambos caracteres —por lo que, en todo caso, podría considerarse *mixto*—, siendo lo verdaderamente relevante la concepción del sistema a partir de la noción de *pretensión procesal administrativa*.[11]

---

[9] Sobre las pretensiones procesales administrativas, véase: **UROSA, D.** (2010) Las Pretensiones Contencioso-Administrativas, En "*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas D.F., Venezuela. Por su parte, el mismo tema desde una óptica tributaria, puede consultarse en: **TOBÍA, R.** (2010) «Las Pretensiones Procesales en el Recurso Contencioso Tributario y el Procedimiento Administrativo Previo», En "*Revista de Derecho Tributario* N° 127." Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

[10] *Cf.* **HERNÁNDEZ, J.I.** (2011), «El Cambio de Paradigma: Las Pretensiones Procesales Administrativas», en BREWER-CARÍAS, Allan R., y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (Dirs.) *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 122.

[11] *Cf. Ibíd*., Pág. 125.

2_. Hacia un Cambio de Paradigma del Contencioso-Tributario Enfocado en la Pretensión Procesal.

Desde hace aproximadamente una década, o un poco más, un sector de la dogmática se ha preocupado en analizar lo que podría considerarse una «construcción de un nuevo modelo del contencioso administrativo» o «un cambio de paradigma del sistema». Se refiere, puntualmente, a las investigaciones que ha realizado HERNÁNDEZ[12] en Venezuela.

Al respecto, explica HERNÁNDEZ, con ocasión a la sentencia dictada el 1° de febrero de 2006 en el caso *Bogsivica*, que la misma supuso la sustitución del *sistema tasado de recursos* y de *objeto de impugnación*, por un *sistema abierto de pretensiones procesales administrativas*, de acuerdo con el cual la justicia administrativa debe conocer de cualquier pretensión basada en Derecho administrativo o en relaciones jurídico-administrativas.[13]

Debe tenerse presente, como lo recuerda HERNÁNDEZ, que el sistema contencioso administrativo venezolano tradicionalmente se ha basado en el paradigma del *sistema cerrado o tasado de recursos*, según el cual cabe aplicar un «determinado recurso» a un «determinado objeto de impugnación», a fin de obtener una «determinada sentencia», por lo que cualquier y toda falta de adecuación entre el recurso empleado y el objeto perseguido, supondría la inadmisibilidad del mismo.[14]

Tal sistema cerrado o tasado de recursos se erige, entonces, como una cuestionable limitación a la *constitucionalización misma del contencioso administrativo* y, con ello, una desatención del *derecho constitucional a la tutela judicial efectiva*. En efecto, de conformidad con los artículos 259 y 26 de la Constitución venezolana:[15]

---

[12] Al respecto, véase: **HERNÁNDEZ, J.I.**, «El Cambio…» *cit*., y **HERNÁNDEZ, J.I.** (2006) «¿Hacia la Construcción de un Nuevo Modelo del Contencioso Administrativo? La Sentencia de la Sala Constitucional de 1 de Febrero de 2006 Caso: Bogsivica», *En "Revista de Derecho Público* N° 105." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 122. Sobre este tema, también véase: **UROSA, D.** (2004) «La Pretensión Procesal Administrativa», En "*El Contencioso Administrativo Hoy*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas D.F., Venezuela.

[13] *Cf.* **HERNÁNDEZ, J.I.** «¿Hacia…» *cit*., Pág. 232.

[14] *Cf.* **HERNÁNDEZ, J.I.** «El Cambio…» *cit*., Págs. 112 y 123.

[15] Publicada inicialmente en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36.860, 30 de Diciembre de 1999 y reimpresa posteriormente con algunas correcciones en Gaceta Oficial de la

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Serviliano Abache Carvajal ● Pág.: 398 – 460

> Artículo 259 de la Constitución: «La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicio originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa».

Y, por supuesto el artículo 26 de la Constitución:

> Artículo 26 de la Constitución: «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».

Al respecto, y como enseña BREWER-CARÍAS, el artículo 259 de la *norma normarum* representa la *constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa*, a partir de la ratificación de varios principios, entre ellos, la universalidad del control de constitucionalidad y legalidad, e igualmente otorga amplísimos poderes de tutela al juez contencioso administrativo, quien no sólo tiene competencia para anular actos administrativos contrarios a Derecho, sino también tiene competencia para condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, a la reparación de daños y perjuicios derivados de su responsabilidad, a conocer reclamos ocasionados por la prestación de servicios públicos y a

---

República de Venezuela Nº 5.453 Extraordinario del 24 de Marzo de 2000. Su primera Enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.908 Extraordinario del 19 de Febrero de 2009.

disponer lo necesario para lograr el restablecimiento de las situaciones jurídico-subjetivas lesionadas o infringidas.[16]

En cuanto al *derecho constitucional a la tutela judicial efectiva*, explica HERNÁNDEZ-MENDIBLE que el artículo 26 de la Constitución le reconoce a las personas: (i) el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales, por lo que ninguna norma puede prohibir o impedir tal derecho —como, en nuestra opinión, un sistema tasado de recursos podría hacerlo, en caso de que el administrado se equivocase en el recurso a presentar[17]—, (ii) el derecho de formular alegatos, (iii) el derecho de presentar pruebas, (iv) el derecho de solicitar medidas cautelares, (v) el derecho a una sentencia fundada en Derecho, y (vi) el derecho a la ejecución del fallo.[18]

Es por lo anterior, que HERNÁNDEZ se refiere —con razón— a un necesario cambio de paradigma en el sistema contencioso administrativo —y, así, en el

---

[16] *Cf.* **BREWER-CARÍAS, A R.** (2011) «Sobre la Justicia Constitucional y la Justicia Contencioso-Administrativo. A 35 Años del Inicio de la Configuración de los Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso Administrativos (1976-2011)», en BREWER-CARÍAS, Allan R., y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (Dirs.) (2011) *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 47-49. Sobre este tema y del mismo autor, véase: **BREWER-CARÍAS, A. R**. (2010) «Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa». *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Textos Legislativos N° 47. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 54-60.

[17] En los mismos términos, **HERNÁNDEZ**: «De allí el uso común del lenguaje recursivo y de impugnación, en el cual los recursos tendrán siempre por objeto la impugnación del acto administrativo y, en casos tasados, la impugnación de otras manifestaciones, como la abstención o carencia. La excepción a este sistema tasado y revisor de medios han sido las demandas contra los entes públicos. Pero lo cierto es que el sistema contencioso administrativo se ha basado en recursos que tiene un específico objeto de impugnación (actos administrativos y abstención o carencia); demandas contra entes públicos y el recurso de interpretación. De allí los problemas del ciudadano que se enfrenta a una manifestación atípica —la vía de hecho— o a una manifestación mixta de la Administración, como lo son los llamados actos separables, es decir, actos administrativos unilaterales dictados en el marco de contratos administrativos. El riesgo es que si el ciudadano yerra en la selección del recurso, podrá enfrentarse a la sanción de inadmisibilidad, como suele suceder, por ejemplo, con la interposición del recurso de nulidad directamente contra el silencio administrativo de primer grado. Si no hay "acto que recurrir," el recurso deviene en inadmisible». HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «El cambio… » *cit*. Pág. 123.

[18] *Cf.* **HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R.** (2011) «Los Derechos Constitucionales Procesales», en BREWER-CARÍAS, Allan R., y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (Dirs.) En "*El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 95-101.

tributario—, pues en puridad conceptual no deberían haber «recursos», así como «medios de impugnación», ni el «objeto del recurso» debería ser la Administración o el acto administrativo, sino que, desde el Derecho procesal, el sistema contencioso administrativo tiene realmente por objeto las *pretensiones procesales*, que se presentarán sobre cualquier manifestación de actividad o inactividad de la Administración Pública[19] y que deben ser el «eje vertebrador» sobre el cual se erija el sistema.[20]

3_. Los Poderes del Juez Tributario.

El apartado anterior tiene especial vinculación con el tema de los poderes del juez tributario. En efecto, si de conformidad con el comentado artículo 259 de la Constitución venezolana, que en los términos expuestos representa la *constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa*, el juez contencioso administrativo —y, como especie de éste, el juez contencioso tributario—, además de tener competencia para anular actos administrativos contrarios a Derecho, puede condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, a la reparación de daños y perjuicios derivados de su responsabilidad, a conocer reclamos por la prestación de servicios públicos y a restablecer las situaciones jurídico-subjetivas lesionadas; entonces, lo que debería revisarse es el problema del sistema cerrado o tasado de recursos, esto es, la equívoca concepción de los «diferentes procedimientos contencioso administrativos para tramitar diferentes pretensiones».[21]

Tal problema no hace más que ratificar la evidente necesidad de superar el paradigma del *sistema cerrado de recursos* por un *sistema abierto de pretensiones*, de lo contrario, ¿cuál sería el sentido de regular *vía constitucional* los amplios poderes comentados del juez contencioso administrativo, para luego limitarlos *vía legislativa* a los distintos cauces procedimentales existentes?

---

[19] *Cf.* **HERNÁNDEZ, J.I.** «El Cambio… » *cit*. Pág. 124.
[20] *Cf.* **TORREALBA, M.A.** (2009) «El Acto Administrativo Como Objeto de la Pretensión Procesal Administrativa y su Tratamiento Jurisprudencial A Partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia», En "*El Contencioso Administrativo a Partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 121 y ss.
[21] **MEJÍA, J.A.** «La Carga…» *cit*., Pág. 361.

Precisamente en este sentido se ha pronunciado MEJÍA BETANCOURT, en los términos siguientes: «De tal manera, que ha resultado difícil comprender, en derecho venezolano, el porqué de la existencia de diferentes procedimientos contencioso administrativos si al final los jueces contencioso administrativos disponen, en todos los casos, de amplios poderes de decisión».[22]

No obstante lo anterior, y por razón de la necesidad precisada sobre el cambio de paradigma a un *sistema abierto de pretensiones* que, entre otras cosas, desaparecería por completo este tipo de inconvenientes, lo cierto es que, como también lo explica MEJÍA BETANCOURT en términos que se suscribe enteramente, «La circunstancia de existir diferentes procedimientos no es obstáculo al ejercicio por el juez contencioso de sus poderes unitarios previstos en la Constitución».[23]

Considerar lo contrario, no sería más que hacer nugatorio el contenido de los artículos 259 y 26 de la Constitución, por razón de una inconstitucional limitación a dichos poderes del juez contencioso administrativo, por un lado, así como al derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares, por el otro. En una palabra: si se parte de la concepción del proceso como el instrumento fundamental para la realización de la justicia, *ex* artículo 257 de la Constitución,[24] pobre servicio a la justicia se le estaría haciendo si la misma no se alcanza por la utilización del cauce que está concebido —precisamente— para ello.

4_. La Inexigibilidad del Acto Determinativo Durante la Sustanciación del Proceso Tributario y la Innecesidad de la Tutela Cautelar para Suspender sus Efectos.

Partiendo de que el procedimiento de determinación de la obligación tributaria es *declarativo*, criterio que rige en nuestro orden tributario y según el

---

[22] **MEJÍA, J.A.** (2012), «La Actividad e Inactividad de la Administración Tributaria Sometida al Control Contencioso Administrativo», En "HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R. (Dir.) *La Actividad e Inactividad Administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana." Colección Estudios Jurídicos N° 96 Caracas D.F., Venezuela. Pág. 552.

[23] *Ibíd*., Pág. 553.

[24] Artículo 257 de la Constitución de la República de Venezuela: «El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales».

cual, tal y como su denominación apunta, la determinación *declara* la existencia de la obligación tributaria nacida en el momento de la *realización* del hecho imponible —y con mayor razón en los ordenamientos que siguen el criterio *constitutivo* de este procedimiento—, el hecho es que la obligación tributaria, aunque goza de naturaleza *ex lege* y surge en el momento del acaecimiento del hecho imponible, no será *exigible* hasta tanto no se haya determinado de manera *definitivamente firme* el contingente crédito. La razón estriba en su *certeza y cuantificación*.

En efecto y como es sabido, aun cuando la obligación tributaria *nace* en el momento en que se realiza el hecho imponible *por imperio de la ley*, no es posible exigir el cumplimiento de una obligación —contenida en un acto administrativo— que: (i) carece de *certeza*, esto es, se desconoce si nació en la realidad, situación que, en principio, no se sabrá hasta tanto no se haya declarado su existencia de manera definitivamente firme, una vez culminado el procedimiento de determinación, y se haya verificado, con la consabida dificultad implícita a dicha labor, si la situación *fáctica, individual y concreta* encuadra en la hipótesis *normativa, general y abstracta*; y que en caso de haber nacido (ii) se desconozca su monto, esto es, el *quantum* o *contenido patrimonial* de la obligación que no está definitivamente determinada. Estas razones nos conducen a concluir que siendo el crédito tributario bajo determinación *incierto* e *ilíquido*, es sólo lógico afirmar que el mismo también es *inexigible*[25], si se tiene en cuenta que en la determinación tributaria se encuentran los dos momentos fundamentales del tributo, esto es, su *creación y aplicación*,[26] cuyo enfoque también

[25] Piénsese por un momento, y sobre la base de lo apuntado en el particular anterior en relación a los intereses moratorios, en los efectos reales (prácticos) de la determinación oficiosa de una obligación tributaria *con fundamento exclusivo en la ley*, esto es, de un reparo con intereses moratorios que sean *inmediatamente exigibles*, correspondientes a una obligación tributaria *nacida* en el año 2011, oficiosamente determinada a través de una fiscalización en el año 2014, impugnada dicha determinación a través de un recurso contencioso tributario, finalmente decidido sin lugar en última instancia en el año 2021. En conclusión, y bajo el criterio de la *exigibilidad inmediata* antes de que el acto administrativo sea definitivamente firme, el contribuyente adeudará, entre otros, un monto equivalente a 10 años de intereses moratorios *causados —inclusive— durante la sustanciación del proceso*, por algo hasta ese momento *indeterminado*, esto es, *incierto e ilíquido*. Sin duda, no luce como la solución más racional ni, mucho menos, la más apegada a la dogmática constitucional.

[26] **ABACHE CARVAJAL, S.** (2013) «La Técnica Determinativa Tributaria. "Una Cuestión Jurídica y Contablemente Opinable"», En "*Revista de Derecho Público* Nº 132." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 122.

lo ha sostenido —en similar sentido y en un trabajo de reciente data— RUAN SANTOS, en relación con la tensión dialéctica entre lo material y formal del Derecho tributario.[27]

En el marco de lo expuesto, resulta oportuno dejar claro que sostener que la obligación tributaria no será exigible hasta tanto ésta no se haya determinado (*declarado* su existencia y *liquidado* su monto), no equivale a afirmar que el procedimiento de determinación sea de naturaleza *constitutiva*. Esto sería un error conceptual. No debe involucrarse ni confundirse el momento del *nacimiento* de la obligación tributaria por medio de la realización del hecho imponible, como criterio concluyente de la naturaleza *ex lege* de la obligación y *declarativa* del procedimiento de determinación, con el momento en que aquélla se hace *exigible*.[28] Son dos cosas e instantes *diferentes.*

En los procedimientos de determinación *constitutivos*, estos momentos lógicamente *coinciden*, en razón de que la obligación tributaria *nace* con la propia determinación; mientras que en los procedimientos de determinación *declarativos* de la existencia de la obligación tributaria, como el que rige en nuestro sistema, esos momentos no son concomitantes, puesto que primero *nace* la obligación con el acaecimiento del hecho imponible[29] y, posteriormente, se hace *exigible* con su determinación,[30] esto es, una vez nacida la obligación tributaria por mandato de

---

[27] **RUAN SANTOS, G.** (2013) «Nuevo Replanteo de Viejas Cuestiones» (Discurso de Orden para las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario) En "*Revista de Derecho Tributario* N° 137." Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 217.

[28] **ABACHE CARVAJAL, S.** (2013) «La Determinación de la Obligación Tributaria» En "SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira y FERMÍN, Juan Carlos (Coords.) *Manual Venezolano de Derecho Tributario* T. I." Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 143. Así también lo ha puesto de relieve **VILLEGAS, Héctor B.** (2002) "*Curso de finanzas, Derecho Financiero y Tributario.*" Editorial Astrea. 8ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Pág. 400.

[29] Sobre las teorías acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento determinativo, nuestros comentarios en: **ABACHE CARVAJAL, S.,** «La determinación…» *cit.*, Pág. 463-466.

[30] Tal es el caso, por ejemplo, del régimen jurídico español sobre el nacimiento y determinación (o *gestión*, según su denominación) declarativa de la obligación tributaria, consagrado en la Ley 58/2003, 17 de Diciembre de 2003. General Tributaria, recién reformada el pasado 30 de Diciembre de 2020 (texto consolidado disponible en: https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf), en la cual está prevista la posibilidad de que los *momentos* del *nacimiento* (devengo) de la obligación y de su *exigibilidad*, sean *distintos*, a tenor del artículo 21, conforme con el cual: «Artículo 21. Devengo y exigibilidad.// 1. El devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal.// La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración

la ley, el ente acreedor no podrá hacer valer o exigir coactivamente «*derecho de cobro*» alguno sobre la misma —por cuanto no ha nacido— hasta tanto aquélla no haya sido autoliquidada o esté determinada y liquidada oficiosamente de manera definitivamente firme, al igual que el sujeto deudor no podrá ser llamado a cumplir una «*obligación de pago*» también inexigible —por inexistente— mientras que no haya autoliquidación de la obligación tributaria o hasta que esté concluido el procedimiento de determinación oficiosa de la existencia y cuantía de dicha obligación.[31]

En esa línea de pensamiento, VALDÉS COSTA[32] también consideraba que el proceso de ejecución de la voluntad administrativa debe en todo caso realizarse *con posterioridad* a que haya sido dictada la decisión judicial del control de legalidad del acto, expresando al respecto que «el proceso de ejecución, que al menos en nuestro derecho se realiza siempre en la vía judicial, debe, a nuestro juicio, ser siempre posterior a la decisión de controversia sobre la legalidad del acto. No hay ninguna razón para reconocer a la administración el derecho de ejecutar un crédito cuya validez está precisamente en discusión ante los órganos jurisdiccionales del Estado».[33]

---

de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa.// 2. La ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo». Al respecto, véase: **CAZORLA PRIETO, L.M.** (2004) "*Derecho Financiero y Tributario (Parte General).*" Thomson Aranzadi. 5ª Edición. Navarra, España. Págs. 337-338.

[31] **ABACHE CARVAJAL, S.**, «La Determinación…» *cit*., Pág. 146. Así también lo ha entendido **VAN DER VELDE HEDDERICH, I.** (2001) *"In Memoriam Ilse van der Velde Hedderich* (compilado y adaptado por Alejandro RAMÍREZ DER VELDE)." Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 9-11. Por otro lado, la *eficacia* de la obligación tributaria también ha sido comentada en: **ANZOLA, O.** (1995) «La Actualización Monetaria en Materia Tributaria», En *Revista de Derecho Tributario* Nº 67. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas D.F., Venezuela. Pág. 23. En similar sentido, véase: BARNOLA (h), J. P. (2000) «Comentario Sobre la Nulidad del Parágrafo Único del Artículo 59 del Código Orgánico Tributario (doctrina del caso Justo Oswaldo Páez-Pumar *et al*)», En "*Revista de Derecho Tributario* Nº 87." Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 64.

[32] **VALDÉS, R.** (1996) "*Instituciones de Derecho Tributario*." Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 19. A esto también agregó que la ejecutoriedad de los actos administrativos «indudablemente no tiene justificativo en las relaciones meramente pecuniarias en las cuales no están comprometidos cuestiones de orden público o de soberanía estatal». *Ídem*.

[33] Al respecto, véase: **FERREIRO, J.J.** (1996), «El Estatuto del Contribuyente» En "*Revista Tributaria*. Tomo XXIII N° 131." Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Montevideo, Uruguay. Pág. 137.

Como se observa, VALDÉS COSTA respaldaba plenamente el carácter de firmeza del acto administrativo de contenido tributario, como presupuesto o condición necesaria de su *eficacia*, lo que significa, que el mismo no podría ser ejecutado —al igual que la obligación tributaria en él oficiosamente determinada— hasta tanto haya transcurrido *íntegramente* el lapso de impugnación que detenta el contribuyente para hacer valer sus defensas frente a la *posición administrativa*, atendiendo a la búsqueda de la verdad por razón de la *dimensión epistémica* del procedimiento administrativo (y del proceso judicial),[34] esto es: (i) que el contribuyente haya *aceptado* la voluntad del ente fiscal, o (ii) en caso de que el contribuyente recurra la postura determinativa de la Administración, no podrá tener lugar ejecución alguna hasta tanto no haya sido decidida de manera *definitivamente firme* la controversia.[35]

Se observa, entonces, los actos tributarios *definitivos* no pueden surtir efectos, siendo únicamente los actos tributarios *firmes* plenamente *exigibles*,[36] como expresamente lo delimita la referida *Carta de derechos del contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT)*, bajo el Nº 34,[37] en armonía con la garantía del «control judicial ulterior y suficiente de

---

[34] Sobre la *dimensión epistémica* del proceso, véase: **TARUFFO, M. (2010)** "*Simplemente la Verdad. El Juez y la Construcción de los Hechos*." Marcial Pons. Madrid, España. Pág. 155 y ss.

[35] La cuestión de la *firmeza del acto determinativo como condición necesaria de su eficacia*, la hemos tratado anteriormente en: **ABACHE CARVAJAL, S.** (2012) "*La Atipicidad de la «presunción» de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario*." Editorial Jurídica Venezolana - Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Colección Estudios Jurídicos N° 93. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 188-234.

[36] En igual sentido, véase: **BLANCO-URIBE QUINTERO, A.** (2004), «Hacia un Estatuto del Contribuyente Durante la Fiscalización», En ""*PARRA ARANGUREN, F. (Edit.), Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca Vol. I.*" Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 152-153; **BLANCO-URIBE QUINTERO, A.** (2014) «La Necesidad de un Estatuto del Contribuyente Frente al Ejercicio de la Potestad Tributaria», En "*ITURBE ALARCÓN, Manuel, DÍAZ, Valmy y TOBÍA, Rafael (Coords.), Administración Tributaria. En Conmemoración a los 20 Años del SENIAT. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario.*" Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 632; y **BREWER-CARÍAS, A. R.** (2019) «Sobre la No Exigibilidad de Tributos que se Encuentran en Proceso de Impugnación Administrativa o Judicial», En "*PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo y ABACHE CARVAJAL, Serviliano (Coords.), Derecho Tributario Contemporáneo. Libro Homenaje a los 50 Años de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario.*" Editorial Jurídica Venezolana - Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 809-813.

[37] Derecho Nº 34 de la *Carta de Derechos del Contribuyente para los Países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT)*: «Derecho a que la ejecución de las resoluciones firmes de los actos de determinación se sustancien en vía judicial y a que, mientras estén en trámite los procesos de revisión jurisdiccional sobre la existencia o no de las deudas

la actividad administrativa», en tanto manifestación inmediata de los derechos a la defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva del contribuyente.

Así las cosas, resulta que si el acto tributario no es firme porque todavía no ha transcurrido íntegramente el lapso de impugnación, o porque recurrido el acto y sometida al conocimiento judicial la *solución determinativa* de la Administración Tributaria no ha recaído sentencia definitivamente firme sobre la causa, tampoco se podrá hablar —lógicamente— de un acto exigible por ser el tributo *incierto* e *ilíquido*, entendiéndose bajo esta propuesta *inexigible* todo acto administrativo tributario (incluyendo los *sancionatorios*[38]) que no haya alcanzado

---

determinadas, se suspenda la ejecución hasta que exista cosa juzgada en los procesos de revisión», disponible en: http://iladt.org/FrontEnd/docs/Carta_Derechos_Contribuyente_ILADT_aprobada_y_Presentacion.pdf. Nuestras consideraciones sobre el derecho del contribuyente a la inexigibilidad de los actos de determinación tributaria hasta que sean definitivamente firmes, en: **ABACHE CARVAJAL, S. (2020)** «Los Derechos del Contribuyente en el Procedimiento de Determinación Tributaria», en RAMÍREZ LANDAETA, Belén (Coord.), *Jornada Académica en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías. 80 años*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Universitas Fundación. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 124; y en **ABACHE CARVAJAL, S**, (2021) «El *Derecho Humano* del Contribuyente a la Inexigibilidad del Acto Determinativo Hasta que Alcance Definitiva Firmeza» (inédito), de próxima publicación en el merecido libro homenaje al profesor **Pedro NIKKEN**, coordinado por el Académico **Carlos AYALA CORAO**.

[38] Huelga decir que si los actos *determinativos* de obligaciones tributarias deben ser definitivamente firmes para considerarse exigibles, *a fortiori* (en su especie *a minore ad maiorem*) los actos *sancionatorios* también deben alcanzar su definitiva firmeza para ser jurídicamente exigibles, entre otras razones, por ser necesario que la culpabilidad esté plenamente demostrada *más allá de toda duda razonable*, en tanto imperativo constitucional del derecho humano a la presunción de inocencia del contribuyente. En este sentido resaltan las palabras de **BLANCO-URIBE**, quien explicando la *imposibilidad jurídica de condenar al presumido inocente*, enseña lo que sigue: «Es evidente que, siendo la penalización una consecuencia de la previa determinación de la culpabilidad, lo cual debe constar en una decisión de carácter público, trátese de un acto administrativo o de una sentencia, que se encuentre definitivamente firme, sin lugar por lo demás a duda razonable alguna, mal podría ejecutarse sanción de ninguna índole contra de quien no haya sido en tales términos encontrado culpable». Más adelante también explica que: «Evidentemente, mientras el acto administrativo sancionatorio puede ser objeto de un recurso, o habiendo sido impugnado aún no haya decisión final del órgano administrativo o judicial, existe la duda razonable de si la culpabilidad quedará o no probada, pues estamos constitucionalmente obligados a presumir la inocencia». Y, finalmente, concluye de la manera siguiente: «Conviene poner de relieve que esto es de esta forma, por imperativo constitucional, aunque en el fondo la Administración Tributaria esté en lo cierto y haya emitido en acto administrativo sancionatorio totalmente demostrativo de la culpabilidad (pues meras afirmaciones lo harían estar viciado de nulidad absoluta), pues tal culpabilidad derivará, a la final, no del contenido del acto, sino de su incuestionable firmeza». **BLANCO-URIBE QUINTERO, A. (2002)** «Eliminación de los Efectos Suspensivos de los Recursos Tributarios. Una Inconstitucionalidad», En "SOL GIL, Jesús (Coord.)

plena firmeza jurídica[39], esto es, que *sólo los actos tributarios definitivamente firmes, contentivos de obligaciones tributarias determinadas, ciertas y líquidas, deben entenderse exigibles.*

Lo anterior permite justificar la *firmeza* o *inimpugnabilidad* de los actos tributarios como condición *necesaria, previa e indispensable* para que éstos produzcan plenos efectos jurídicos y, con ello, se haga exigible la voluntad de la Administración,[40] lo que simultáneamente demuestra —en contra de la doctrina tradicional y de las posiciones más difundidas— la *innecesidad* de la tutela cautelar para suspender los efectos de los actos tributarios. En suma: *mal pueden suspenderse unos efectos que, sencillamente, no han iniciado*.

5_. Algunos Aspectos de la Prueba en el Proceso Tributario.

5.1_. Sobre el Problema de los Hechos y su Prueba.

Es sabido que el avance del Derecho se ha centrado en la construcción y desarrollo dogmático de sus instituciones, principios y reglas, sustanciales y formales, en cierta medida dejando de lado, o al menos no dirigiéndose con la

---

Estudios Sobre el Código Orgánico Tributario de 2001." Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 701-702.

[39] En esta línea, véase: sentencia del Tribunal Suprema de Justicia, Sala Política-Administrativa del 11 de Marzo de 2008 Caso *Fisco Nacional v. PDVSA.*

[40] Así también lo ha entendido la doctrina alemana, dentro de la cual resalta la opinión de **PIELOW**, quien ha expuesto su pensar en los términos siguientes: «(…) hay que partir del hecho de que el acto administrativo en principio y una vez vencido el plazo para interponer un recurso administrativo o judicial, suele alcanzar automáticamente e independientemente de su legalidad la consistencia jurídico-material (*sic*). En otras palabras: Se trata de una decisión unilateral por parte de una autoridad administrativa que —una vez dada su inimpugnabilidad— trae las consecuencias o modificaciones jurídicas, para así decirlo, "en si" (sic), como en el caso de los actos configurativos y declarativos de derecho, o que puede ser ejecutada —o sea: hecho "eficaz"— directamente, es decir: sin intervención judicial, por el propio poder ejecutivo como en el caso de los actos administrativos que postulan obligaciones para la actuación o no del ciudadano». Y más adelante concluye que: «Después de la inimpugnabilidad de la resolución sobre el recurso de alzada (equivalente al recurso jerárquico de la legislación venezolana) o la acción de anulación (equivalente al recurso judicial venezolano), el acto administrativo en principio ya no puede —salvo en los casos de su nulidad— ser acometido. Entonces está también justificado el ejecutarlo» (interpolado agregado). **PIELOW, Johann-Christian** (2005) «Suspensión de los Efectos de los Actos Administrativos en Vía Administrativa y en la Vía Contencioso-Administrativa» En "*Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Los Efectos de la Ejecución de los Actos Administrativos*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2ª Edición. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 309 y 322, respectivamente.

misma intensidad, el estudio y tratamiento de la otra cara de la moneda: *los hechos, la conducta humana y su prueba.* Y se refiere a éstos como la «otra cara de la moneda» porque, después de todo, de los hechos nace el Derecho: *ex facto oritur jus*, y no al revés. Tan es así, que, por ejemplo, no es posible probar lo que se desconoce o por lo menos no es posible hacerlo eficaz y contundentemente.[41]

Esta realidad se hace palpable en muchos ordenamientos jurídicos, pero sobre todo en los de origen y tradición latina o de Derecho continental, cuyos fundamentos dogmáticos acaparan las creaciones y los impulsos intelectuales de los juristas, quienes, a diferencia de las grandes mentes jurídicas de los sistemas desarrollados a partir del Derecho común o *common law* (que sí han logrado un interesante e importantísimo desarrollo del *thema probandum,* especialmente de los *medios de prueba*, partiendo de la preeminencia que le han dado a las *circunstancias de hecho* en sus procesos judiciales), se han inclinado por crear figuras jurídicas que *colaboren* con, o incluso, *releven* a las partes o a alguna de ellas de la realización de una exhaustiva actividad probatoria destinada a evidenciar los extremos fácticos discutidos.

---

[41] La tendencia comentada no ha sido exclusiva —en el medio jurídico tributario venezolano— de los juristas creadores de Derecho, esto es, de la dogmática encaminada a desarrollar los conceptos jurídicos, sino que se ha trasladado a la práctica forense, resultante, en muchas ocasiones, en escritos impugnatorios repletos de extensas citas de artículos y normas positivas, en nuestra opinión innecesarias y carentes de aporte y verdadera argumentación y análisis crítico, así como del sobrecargo doctrinario y jurisprudencial que los mismos padecen —luciendo más como disertaciones y hasta pequeñas monografías, que propias demandas y pretensiones procesales—, que si bien es innegable el valor de apoyo que éstos representan en la ilación racional-argumentativa del litigante, no es menos cierto que no deberían ocupar la primera plana, en la cual corresponde dedicarse extensa y detalladamente al tratamiento de los hechos relevantes del caso, a los cuales se les aplicarán las normas reguladoras de los supuestos de hecho materializados en la realidad, por una razón lógica y además de principio: el juez conoce el derecho (*iura novit curia*). No obstante lo anterior, tampoco podemos darle la espalda a dos verdades incontrovertibles que pudiesen justificar esta práctica forense: (i) la latente realidad de muchos casos en que el principio *iura novit curia* no se materializa —contra la dogmática procesal—en toda su extensión, como de manera expresa y censurable lo indicó la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano (véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 14 de Diciembre de 2006 Caso *Ljubica Josic Ramírez et al v. Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta*), y (ii) particularmente en el ámbito tributario, la gran mayoría de los procesos impugnatorios tienen su origen en vicios de nulidad del acto administrativo, y éstos suponen habitualmente discusiones de Derecho y no de hechos; ello así, ambas circunstancias en cierta medida justifican el comentado fenómeno de sobrecargo normativo, doctrinario y jurisprudencial en las impugnaciones administrativas y judiciales.

Y es precisamente la manifestación de esta preocupación en torno a la relegación y desprecio de los hechos, lo que constituye el *leitmotiv* de la excelente obra del profesor español MUÑOZ SABATÉ,[42] quien, sobre la base de su experiencia profesional, prolongada praxis judicial y análisis jurisprudencial, proveniente en su mayoría de los tribunales de España, Argentina, Italia y Francia (4.000 casos estudiados en su contenido fáctico), por un lado comenta el desasosiego que siente en el ejercicio en relación con la problemática de los hechos y su prueba, y por el otro, señala categóricamente la apatía doctrinaria y de los fallos de los tribunales sobre el mismo, al indicar que «resulta en verdad insólito hallar en cualquiera de las espléndidas monografías que la doctrina jurídica dedica a las muy variadas instituciones del derecho privado, un capítulo o un epígrafe destinado específicamente a la prueba de los hechos que constituyen la carnadura de la institución. E igual olvido se descubre en las sentencias de nuestros tribunales. Con un panorama así, la investigación se hace sumamente difícil».[43]

En este sentido, la *actividad probatoria* que, como es sabido, está encaminada a llevar a cabo la —nada sencilla— labor que representa para los litigantes *demostrar* a cabalidad los hechos controvertidos en el juicio, con miras de aportar al sentenciador los elementos suficientes para que éste pueda formar su convicción a favor de una u otra parte, con mayor énfasis en los *casos de dificultad probatoria*, ocupará los apartados siguientes, con especial atención en la carga de la prueba y su distribución en el proceso tributario.

5.2_. Generalidades en Torno a la Prueba en el Proceso Tributario.

La prueba —o, más apropiadamente, al actividad probatoria— es reconocida en la dogmática venezolana como un *derecho*, dado que toda persona tiene —precisamente— derecho a promover libremente todos los medios probatorios que estime convenientes siempre que no sean ilegales o impertinentes, así como tiene derecho a controlar los medios presentados por su contraparte.[44]

---

[42] *Cf.* **Muñoz Sabaté, L.** (1967) "*Técnica Probatoria. Estudios Sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso*." Editorial Praxis. Barcelona, España.
[43] *Ibíd*., p. 22.
[44] *Cf.* **HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R.,** *op. cit*., Pág. 103.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Serviliano Abache Carvajal ● Pág.: 398 – 460

Este derecho, que es una manifestación concreta del derecho a la defensa y —o en el marco— del debido proceso[45], está constitucionalmente regulado en el artículo 49 de la *norma normarum*, de acuerdo con el cual:

> El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, 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 al fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

En efecto, esta importantísima concepción de la actividad probatoria como un derecho fundamental, es puesta de relieve en materia tributaria por BLANCO-URIBE, para quien «ese Derecho Humano a Promover y Hacer Evacuar Pruebas, en realidad y a su vez, constituye, esencialmente, un atributo y una garantía y reglamentación del **Derecho Humano a la Defensa**, otrora de ese modo consagrado con esa terminología en el artículo 68 de la Constitución de 1961, dentro del espíritu de disfrute pleno del **Derecho Humano al Debido Proceso**, en su más amplio alcance, asunto que en la actualidad se recoge con mejor precisión hasta nominativa y con subrayados del autor, en el artículo 49, numerales 1, 2 y 3 de la Constitución de 1999»[46] (mayúsculas y resaltados del autor).

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico venezolano los aspectos generales de la actividad probatoria del proceso tributario —así como la correspondiente

---

[45] En igual sentido, véase: **KIRIAKIDIS, Jorge C.** (2006) Las Pruebas en el Procesal Administrativo. Consideraciones Sobre el Derecho Probatorio en los Procedimientos Administrativos y el Contencioso Administrativo de Anulación, con especial referencia a los Principios de la Carga de la Prueba y Libertad Probatoria, En "*Derecho Contencioso Administrativo. Libro homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata*." Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, Lara, Venezuela. Pág. 267.

[46] **BLANCO-URIBE QUINTERO, A.** (2014) "*Régimen Jurídico de las Pruebas en el Procedimiento Administrativo Tributario*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 14.

al proceso administrativo— está regulada en la ley especial de la materia, cual es el Código de Procedimiento Civil[47]. O lo que es lo mismo, carecen de regulación y tratamiento particular las materias probatorias tributaria y administrativa, salvo la aplicación de ciertas reglas y principios que más adelante se revisarán y que, como podrá apreciarse, atenúan algunas reglas generales.[48]

Aunado a lo anterior, es importante tener en cuenta la vigencia del principio de *libertad probatoria* en Venezuela, *ex* artículo 395 del Código de Procedimiento Civil[49] —y artículos 296[50] y 166[51] del Código Orgánico Tributario de 2020, en lo que a la libertad probatoria en sede judicial y en sede administrativa se refiere, respectivamente— por cuyo tenor las partes pueden "valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones,"[52] el cual

---

[47] Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.694 Extraordinario del 22 de Enero de 1986.

[48] En igual sentido, **SILVA BOCANEY** ha concluido que: «los medios de pruebas en el proceso administrativo no tiene mayores particularidades de las profusamente analizadas en la teoría general de las pruebas desarrolladas por el Derecho Procesal, o en el derecho Probatorio, ni variación alguna en su teoría, sino que particularidades devienen de lo que constituye el trámite del proceso administrativo en sí mismo; y en especial, en su relación con los intereses tutelados en el contencioso administrativo». **SILVA BOCANEY, J.G.** (2011) Anotaciones Sobre las Pruebas en el Proceso Administrativo, En "*BREWER-CARÍAS, Allan R., y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (Dirs.) El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 380.

[49] Artículo 395 del Código de Procedimiento Civil: «Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.// Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez».

[50] Artículo 296 del Código Orgánico Tributario de 2020: «Dentro de los primeros diez (10) días de despacho siguientes de la apertura del lapso probatorio las partes podrán promover las pruebas de que quieran valerse.// A tal efecto serán admisibles todos los medios de prueba, con excepción del juramento y de la confesión de funcionarios o funcionarias públicos cuando ello implique la prueba confesional de la Administración. En todo caso, las pruebas promovidas no podrán admitirse cuando sean manifiestamente ilegales o impertinentes».

[51] Artículo 166 del Código Orgánico Tributario de 2020: «Podrán invocarse todos los medios de prueba admitidos en derecho, con excepción del juramento y de la confesión de empleados públicos, cuando ella implique prueba confesional de la Administración.// Salvo prueba en contrario, se presumen ciertos los hechos u omisiones conocidos por las autoridades fiscales extranjeras».

[52] **HENRÍQUEZ LA ROCHE, R. (2005)** "*Instituciones de Derecho Procesal*." Ediciones Liber. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 237.

si bien no es ilimitado o absoluto,[53] se eleva en manifiesta oposición a los sistemas exclusivos de «pruebas tasadas» o «medios probatorios cerrados», haciendo al venezolano uno de carácter *mixto*,[54] principio éste íntimamente vinculado con la finalidad misma de la *pretensión procesal*; después de todo, es a través de la *actividad probatoria libremente desplegada* que las *partes* deben lograr la convicción del juez en torno a los hechos controvertidos y, con ello, su aceptación de las *pretensiones deducidas*.[55]

Finalmente, destacando la importancia que tiene la actividad probatoria en el proceso tributario —como en todo proceso jurisdiccional—, FRAGA PITTALUGA explica que "es obvio que la actividad probatoria del recurrente y de la propia Administración Tributaria, es no sólo necesaria sino imprescindible para demostrar dentro del proceso contencioso tributario la existencia o falsedad de los hechos que han servido de causa al acto administrativo accionado."[56]

---

[53] Como bien lo ha precisado **BLANCO-URIBE**: «Empero, la libertad probatoria no es absoluta, pues se encuentra restringida, por razones de seguridad jurídica y consideraciones de carácter metodológico procesal, por el principio de prueba legal, tanto en la sede administrativa como en la judicial, según los artículos 159 [169 en el Código de 2020] ("No se valorarán las pruebas manifiestamente… ilegales") y 269 [296 *eiusdem*] ("… las pruebas promovidas no podrán admitirse cuando sean manifiestamente ilegales…"), respectivamente, del Código Orgánico Tributario» (corchetes agregados). **BLANCO-URIBE QUINTERO, A.** (2002), «La Libertad Probatoria en el Proceso Tributario», En "PARRA ARANGUREN, F. (Ed.), *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani* V. I." Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 7. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 307.

[54] «Esta evolución [refiriéndose a la liberalización de las pruebas] se ha visto en Venezuela, donde con la reforma del **Código de Procedimiento Civil** (que derogó el Código vigente desde el año 1916), se ha pasado de un sistema en el que los medios de prueba admisibles eran limitados y su valoración era tasada y predeterminada por la ley, a un sistema mixto, en el que la prueba tasada o tarifada, coexiste con el principio de libertad probatoria, en el que incluso la valoración de la prueba —por lo menos a aquellas que no se encuentran tasadas— se deja a la sana crítica del Juez» (corchetes agregados). **KIRIAKIDIS, Jorge C**., *op. cit.*, Pág. 267.

[55] El trinomio *parte-pretensión-prueba* es puesto de relieve por **MEJÍA BETANCOURT**, de la manera siguiente: «La noción de parte tiene una relación inseparable con el concepto de pretensión y en el litigio existe un vínculo lógico entre la noción de parte, de pretensión y de prueba. Uno ve, además, que la noción de derecho subjetivo está vinculada a la de parte, pues es la condición para el ejercicio de la acción. En efecto es para obtener el reconocimiento de un derecho que una persona ejerce la acción judicial y reúne todos los elementos probatorios que le permiten sostener los fundamentos de hecho de su pretensión. Por lo que normalmente debe probar la parte que plantea su pretensión o la parte que se opone a ella. En ausencia de una pretensión es difícil de hablar de parte y también es difícil de hablar de prueba». **MEJÍA BETANCOURT, J.A.** «La Carga…» *cit.*, Págs. 398-399.

[56] **FRAGA PITTALUGA, Luis**, «Consideraciones…» *cit.*, Pág. 114.

5.3_. Carga Probatoria en los Procesos Administrativo y Tributario en la Doctrina.

Expuesto todo lo anterior, luego de precisar los aspectos *generales* del proceso tributario y la prueba, corresponde ahora abocarnos al análisis *específico* de la actividad probatoria, desde el punto de vista del *onus probandi*, esto es, de las cargas probatorias que corresponden a las partes del proceso tributario: contribuyente y Administración Tributaria.

Explica GONZÁLEZ PÉREZ que, las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba, según las cuales corresponde al actor probar los hechos de los cuales se desprenden los efectos jurídicos propios de la demanda, según las normas aplicables, y al demandado corresponde, también conforme a la normativa aplicable, demostrar los hechos impeditivos o extintivos de los efectos jurídicos de los hechos afirmados por el demandante, se aplican al proceso administrativo. Esto es, la carga de la prueba en el proceso administrativo se rige por las reglas procesales generales.[57]

En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ considera que, visto que el proceso administrativo presupone la realización de un procedimiento administrativo entre la Administración y el administrado con anterioridad a aquél, en el cual la prueba correspondió a una u otra parte, según las circunstancias fácticas controvertidas y las afirmaciones efectuadas sobre los hechos, entonces: (i) si el administrado pretendía el reconocimiento de un derecho, debió probar los hechos constitutivos del mismo durante el procedimiento administrativo; (ii) si por el contrario, la Administración pretendía imponer una obligación o una sanción al administrado, entonces a aquélla le correspondía acreditar los hechos constitutivos de una u otra durante el procedimiento administrativo; y (iii) si el administrado impugna el acto porque a su decir le denegó un derecho, le correspondía demostrar los hechos constitutivos del mismo durante el proceso, y si no lo hizo, entonces el acto se considerará dictado conforme a la ley.[58]

---

[57] *Cf.* **GONZÁLEZ PÉREZ, J.** (2001) "*Manual de Derecho Procesal Administrativo*." Editorial Civitas. 3ª Edición. Madrid, España. Pág. 327.
[58] *Cf. Ibíd.*, Pág. 328.

Así, GONZÁLEZ PÉREZ resalta la importancia de las pruebas que deben haberse producido durante el *procedimiento constitutivo del acto* y que deben constar en el expediente administrativo, las cuales podrán ser apreciadas por el juez, dejando claro, no obstante lo anterior, que en razón de que el proceso administrativo no constituye una segunda instancia del procedimiento administrativo, debe siempre admitirse la posibilidad de probar los hechos constitutivos de los derechos y obligaciones por las partes durante el proceso mismo.[59]

Concluye GONZÁLEZ PÉREZ, luego de analizar la carga probatoria en el proceso administrativo, que el órgano jurisdiccional no puede conformarse ni limitarse a dar por cierto todo lo contenido en el acto de la Administración, cuando su actuación ha resultado arbitraria, por el simple hecho de que el recurrente no ha demostrado lo contrario durante el proceso, evidenciando el erróneo criterio que supone la inversión del *onus probandi* con fundamento en la denominada presunción de legitimidad del acto administrativo.[60]

Por su parte, y en sintonía con lo recién expuesto, Isidro E. DE ARCENEGUI considera que las reglas generales sobre la carga probatoria no se ven afectadas por la presunción de legitimidad del acto administrativo, aun cuando la misma encuentra fundamento positivo en el ordenamiento jurídico español, textualmente exponiendo que: esta regla general no puede olvidarse en virtud de la presunción de validez con la que el legislador prima los actos administrativos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, ya que, de ser así, ello supondría la aplicación del principio de inversión de la

[59] *Cf. Ídem*. En similar sentido, y refiriéndose exclusivamente a la actividad probatoria que debe llevar a cabo la Administración Tributaria durante el proceso, indistintamente de lo que haya demostrado durante la instancia administrativa, **Mario PUGLIESE** explica que: «el hecho de que la actividad administrativa en esta fase se desarrolle fuera de cualquier control jurisdiccional no exime a la Administración, ciertamente, de la obligación de demostrar sucesivamente, en la vía jurisdiccional, que la propia actividad inquisitiva se ha desenvuelto de modo legítimo y que el acto de *accertamento* no es fruto de la fantasía de un funcionario». **PUGLIESE, M.** (1935) "*La Prova Nel Processo Tributario*. Padova, Italia, citado en **NAVARRINE, Susana C., y ASOREY, Rubén O.,** (1985) "*Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario*." Ediciones De Palma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 105-106.

[60] *Cf.* **GONZÁLEZ PÉREZ**, Jesús, *op. cit.*, p. 328.

carga de la prueba con manifiesta conculcación de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución en orden a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales.[61]

En similar sentido, GORDILLO —apoyándose en las ideas de los célebres juristas TREVES, MICHELI y el anteriormente citado GONZÁLEZ PÉREZ—, comentando conjugadamente la presunción de legitimidad y la carga probatoria, considera que «la presunción de legitimidad del acto administrativo importa en todo caso una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*; de allí se sigue, que de por sí sola la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios, y que no puede en modo alguno sentarse un principio de en la duda a favor del Estado. La presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba, ni libera a la Administración de aportar las pruebas que sustenten su acción: dada la posición de la Administración, es lógico que recaiga sobre ella la carga de la prueba».[62]

En Venezuela, DUQUE CORREDOR ubica la carga de la prueba en cabeza de la Administración o del administrado, dependiendo del vicio de nulidad que éste haya denunciado, esto es, según las afirmaciones del recurrente y, como se verá, aplicando los principios generales de la materia al proceso administrativo.

En este sentido, señala que si el vicio alegado es de *nulidad absoluta*, las reglas distributivas serían las siguientes: (i) si se alega la violación de una norma constitucional o legal, no habrá actividad probatoria *per se*, en razón de que el Derecho no se prueba; (ii) si el administrado alega la cosa juzgada administrativa, le corresponderá a éste la demostración de su afirmación, debido a que si conoce de una decisión anterior sobre la controversia planteada, a diferencia de la Administración que la desconoce, deberá traerla a autos; (iii) si el administrado denuncia el contenido imposible (en los casos que sea manifiesta la imposibilidad) o la ilegal ejecución del acto administrativo (por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres), no se requerirá su demostración; (iv)

---

[61] **DE ARCENEGUI, Isidro E**. (1993) Consideraciones en Torno a la Carga de la Prueba y su Proposición y Admisión en el Proceso Contencioso-Administrativo» En, "*La Protección Jurídica del Ciudadano (Procedimiento Administrativo y Garantía Jurisdiccional). Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez T. II.*" Editorial Civitas. Madrid, España. Pág. 1526.

[62] **GORDILLO, A.** (1995) La Prueba en el Derecho Procesal Administrativo», En *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 313.

si el administrado alega la incompetencia del funcionario actuante (negación indefinida), le corresponderá a la Administración la prueba en contrario, es decir, la competencia del actuar de sus funcionarios; y (v) finalmente, si el administrado alega el incumplimiento del procedimiento legalmente establecido, que también configura una negación absoluta e indefinida, le tocará nuevamente a la Administración la correspondiente prueba del hecho positivo contrario al denunciado por aquél, esto es, que sí cumplió con el procedimiento de ley.

Concluye DUQUE CORREDOR, explicando que cuando el vicio denunciado por el administrado es de *nulidad relativa*, hecha excepción de la denuncia de desviación de poder, en cuyo caso el recurrente deberá demostrar la intención real del funcionario, en todas las demás denuncias que tengan como fundamento negaciones absolutas de presupuestos fácticos, le corresponderá a la Administración, en principio, producir la prueba en contrario.[63]

Por su parte, RUAN SANTOS ha sostenido, en términos que se suscribe plenamente, que corresponde a la Administración demostrar su pretensión en el proceso tributario, por medio de la consignación del expediente administrativo formado con anterioridad a que se dictara el acto administrativo de determinación impugnado, en razón de lo cual, no tiene lugar inversión alguna de la carga probatoria, como equivocadamente lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria.[64] [65]

---

[63] *Cf.* **DUQUE CORREDOR, R.J.** (1995) La Admisibilidad de las Pruebas y la Carga de la Prueba en el Proceso Contencioso Administrativo, En "*Revista de Derecho Probatorio N° 5*." Editorial Jurídica Alva. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 128 y ss.

[64] *Cf.* **RUAN SANTOS, G.** (2000) «El Mito de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo: Límites de su Alcance. Especial Referencia a los Actos de Determinación Tributaria y a las Actas Fiscales», En "*Anais Das XX Jornadas Do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-ILADT-Ano 2000 Salvador-Bahía. Tema II: A Codificação do Direito Tributário Latino-Americano*." Associação Brasileira de Direito Financeiro ABDF. Salvador-Bahia, Brasil. Pág. 1746.

[65] **RUAN SANTOS** volvió sobre el tema y confirmó, con plena convicción, su posición sobre el mismo en términos que suscribimos en su totalidad, de la manera siguiente: «De acuerdo con la más calificada doctrina en el derecho comparado, expuesta por conocidos autores como **García de Enterría** y **Fernández**, **Garrido Falla** y **Fernández Pastrana**, **González Pérez**, **Treves**, **Micheli**, **Giannini**, **Tesauro**, **Gordillo**, **Dromi**, **Cassagne**, **Marienhoff** y tantos otros, el significado verdadero de la presunción de legitimidad impone al administrado la carga de actuar para obtener la declaración de ilegalidad del acto administrativo, pero no libera a la Administración de su carga probatoria, con respecto al fundamento de sus actuaciones. A ella corresponde la prueba de su pretensión fiscal en el proceso, a través de la consignación del expediente administrativo formado antes de la emisión del acto impugnado. De allí el carácter indispensable

En similar sentido a lo expuesto por GONZÁLEZ PÉREZ, FRAGA PITTALUGA —luego de analizar las posturas de RUAN SANTOS y de los autores PITA GRANDAL, TESAURO y BANDEIRA DE MELLO— concluye que, indistintamente de la presunción de legitimidad, se deben aplicar en el proceso tributario los principios procesales básicos y generales sobre la distribución de la carga de la prueba, previstos en el sistema positivo venezolano en los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil,[66] qué más adelante se revisará.

Finalmente en esta línea TORREALBA SÁNCHEZ ha explicado, con razón, que «hay que tomar en cuenta que la carga de la prueba se rige por el principio general que postula que a cada parte corresponde probar sus afirmaciones fácticas, por lo que la llamada presunción de legitimidad, no significa que haya realmente una presunción procesalmente dicha a favor de la legalidad del acto administrativo impugnado que tenga que ser desvirtuada por el recurrente, sino que la misma limita sus efectos a la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo».[67]

---

del expediente en el proceso, que obligatoriamente debe suministrar la Administración. No hay entonces inversión de la carga de la prueba, como lo ha entendido equivocadamente la jurisprudencia dominante en nuestro país, tal vez para facilitar la defensa en juicio de la Administración y para despachar expeditamente los hechos carentes de certeza sometidos al conocimiento judicial. La presunción únicamente impone al administrado o contribuyente ejercer las acciones legales para impugnar el acto controvertido, es decir, el "*onus agendi*", pero no releva a la Administración ni al administrado de suministrar la prueba que les corresponde según la "regla de juicio", o sea, el "*onus probandi*".// Las pautas de distribución mencionadas, derivadas de la norma clásica del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, no deben excluir la búsqueda de la regla justa de juicio, como lo señala la moderna doctrina procesal, inspirada en *el principio de proximidad o de facilidad de la prueba*. Así, La carga sería del contribuyente si los hechos objeto de demostración le son próximos, lo cual haría más fácil la prueba para él y más justo que le fueran asignadas las consecuencias negativas de la falta de esa prueba. En cambio, la carga sería de la Administración respecto de todos aquellos documentos que aparezcan o que legalmente deban estar en los archivos oficiales, o que haya constancia de su presentación o entrega a los funcionarios requirentes, o que se hayan consignado con anterioridad o que se encuentren adquiridos ya por la instrucción del expediente. De allí que la mención de un hecho en las actas fiscales o en las resoluciones de reparo hace presumible su ocurrencia, pero sólo hasta el momento en que planteada su incertidumbre se haga indispensable asignar a la Administración o al contribuyente las consecuencias negativas de esa incertidumbre, mediante la aplicación de la regla de juicio idónea y justa». **RUAN SANTOS, G.**, «Nuevo…» *cit*., p. 216 y 219, respectivamente.

[66] *Cf.* **FRAGA PITTALUGA, L.** «Consideraciones…» *cit*., Pág. 133-134.

[67] **TORREALBA SÁNCHEZ, M.A**. (2009) "*Manual... cit.*, Pág. 231-232.

De los anteriores planteamientos se colige y refuerza que, el presunto apego a Derecho del acto administrativo (su «presunción» de legitimidad), que en el sistema jurídico venezolano carece de fundamento positivo, *no trasciende a la sede judicial, sólo surte efectos extraprocesales* (exigibilidad de su contenido), razón por la cual no tiene cabida ni razón de ser en el proceso tributario.[68] Así también lo ha entendido el Tribunal Supremo español, explicando que la presunción de legitimidad:

> Despliega una eficacia meramente extraprocesal al permitir la ejecutoriedad de dichos actos, siquiera su validez no se haya acreditado, pero… en ningún caso supone una presunción irrebatible de su corrección legal, ni tampoco permite un desplazamiento de la carga de la prueba que conforme a las reglas por las que se rige… corresponde a la Administración, cuyas resoluciones han de sustentarse en el pleno acreditamiento del presupuesto fáctico que invoquen…[69]

En efecto, la materia probatoria y, con ella, el *onus probandi*, se rigen «exclusivamente» por los principios y reglas generales procesales, razón por la cual, no tiene lugar ni opera inversión alguna que coloque la carga probatoria

---

[68] No obstante ello, hay quienes han afirmado que como el acto administrativo se «presume» legítimo, entonces corresponde a quien impugna la voluntad administrativa demostrar su ilegalidad, incluso llegando al extremo de poner sobre el administrado la carga de la prueba de manera casi absoluta, salvo que se trate de un hecho negativo. Nada más peligroso para la libertad del contribuyente. En esta línea se encuentra, por ejemplo, **LEAL WILHELM**, para quien: «Visto que los actos de la administración presumen legítimos (sic), corresponde es principio (sic) a la parte recurrente demostrar la ilegalidad de la medida de la administración. Sin embargo, sigue vigente la regla que invierte la carga de la prueba si se trata de un hecho negativo indefinido. Así, en un procedimiento sancionatorio sería imposible demostrar que no se faltó, luego, la Administración tiene que demostrar la falta, hecho positivo.// Pero de resto, la carga de la prueba recae sobre el obligado tributario recurrente». **LEAL WILHELM, S.** (1999) «El Recurso Contencioso Tributario en el Código Orgánico Tributario de 19994», En "*Revista Tachirense de Derecho* N° 11. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Venezuela. Pág. 175. En similar sentido, **KIRIAKIDIS** ha afirmado que: «es justamente esa presunción de legitimidad [del acto administrativo] la que debe destruir, con su actividad probatoria, quien pretende la anulación del acto impugnado» (corchetes agregados). **KIRIAKIDIS, Jorge** C., *op. cit*., Pág. 282.

[69] Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 3 de Febrero de 1999 citada en **BOCANEGRA SIERRA, R.** (2006) "*Lecciones Sobre el Acto Administrativo*." Thomson-Civitas. 3ª Edición. Navarra, España. Pág. 122.

sobre el contribuyente como consecuencia de la «presunción» en cuestión, *cuyo fundamento teleológico es dotar de exigibilidad al acto administrativo tributario.*[70]

Sin entrar en mayores consideraciones en esta oportunidad sobre la denominada «presunción» de legitimidad de los actos administrativos, pues ello excede el propósito de este trabajo, basta por los momentos con recordar que en el ordenamiento venezolano la misma carece de regulación positiva y que, si acaso fuese considerada una presunción en sentido técnico-jurídico —que *no* lo es[71]—, lo cierto es que igualmente estaría al margen del amparo de la tipología legal, esto es, no calificaría —por su falta de regulación normativa— como una *presunción legal*, que son las únicas que pueden afectar la carga probatoria.[72]

Con esto, resulta claro que es la Administración la primera interesada y llamada a defender y respaldar con los argumentos y elementos probatorios que tiene a su alcance, la legalidad formal y sustancial de sus actos en particular, y de su actuación en general, para justificar plenamente, en respeto a los derechos fundamentales del contribuyente integrantes de la dogmática constitucional, la ejecución de los mismos.

---

[70] Este controversial y, en nuestra opinión, confundido tema de la denominada «presunción» de legitimidad del acto administrativo, su fundamento teleológico y, más ampliamente, lo que consideramos su real significación, alcance y efectos *administrativos* (sobre el acto administrativo), por un lado, y *tributarios* (en el procedimiento de determinación) por el otro, así como otros aspectos, lo tratamos en nuestra referido estudio: **ABACHE CARVAJAL, S.** (2016) "*La Atipicidad… cit., Pág.* 332. Posteriormente, la Fundación Estudios de Derecho Administrativo organizó un evento sobre ese trabajo, cuyas ponencias fueron recogidas y publicadas En "***LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura y ABACHE CARVAJAL, Serviliano*** *(Coords.), El Mito de la Presunción de Legitimidad del Acto administrativo y la Tutela Judicial en el Contencioso Tributario. Una Discusión Sobre la Obra de Serviliano Abache Carvajal, intitulada La Atipicidad de la «Presunción» de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario. Galardonada con el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2012-2013."* Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 113. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 459.

[71] *Cf.* **ABACHE CARVAJAL, S.** (2016) "*La Atipicidad… cit*., Pág. 159-169.

[72] Y si se pretendiese calificar a la «presunción» de legitimidad como una presunción *hominis*, simple o judicial, precisamente por su falta de regulación positiva, entonces y, *a fortiori*, la misma no podría afectar las reglas procesales de la carga probatoria, por cuanto este tipo de presunciones carecen de efecto y trascendencia alguna en la materia probatoria (esto es, en la fase de instrucción judicial), ya que ni modifican el objeto de la prueba en lo *particular*, ni la actividad probatoria de las partes en lo *general*, debido a que la operación lógica-inferencial de formación del juicio de normalidad o probabilidad entre los hechos conocido y desconocido, discurre entera y exclusivamente en la mente del juez, quien de esta manera valora los hechos controvertidos y, simultáneamente, crea su convicción (esto es, en la fase de decisión judicial). *Cf. Ibíd*., Pág. 162.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Serviliano Abache Carvajal ● Pág.: 398 – 460

Además, resulta lógico pensar que la tarea probatoria no debería ser tortuosa para el órgano administrativo, en tanto en cuanto haya llevado a cabo en apego a la ley el procedimiento constitutivo del acto, en razón de que en sus propios archivos descansa —o *debe* descansar— la información y documentación correspondiente, esto es, el expediente administrativo. Claro está, que si la Administración no cumplió con el procedimiento legalmente establecido en la formación del acto, o no probó eficazmente en la sede administrativa los hechos constitutivos de su pretensión, sea ésta de naturaleza determinativa o sancionadora, le será imposible en un caso y difícil en el otro, demostrar la legitimidad del mismo en el procedimiento recursivo o en el proceso judicial que se instaure por la impugnación del contribuyente reparado o sancionado.

Por otro lado, y en sentido opuesto a lo planteado, NAVARRINE y ASOREY consideran, siguiendo muy de cerca a la doctrina italiana y, particularmente, al maestro D´ALESSIO, que técnicamente no existe carga probatoria en el proceso tributario, en razón de que el mismo se rige por el principio inquisitivo y, con ello, el juez posee la «fuente» de la prueba, esto es, el material probatorio que produzcan las partes no limita la búsqueda de la verdad material según el criterio del juez, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil.[73]

La posición de los profesores argentinos, en su seno ambiciosa por la amplia generalización que plantea respecto a los procesos regidos por el principio inquisitivo, y que pareciera ser seguida por algunos sectores de la doctrina,[74] no nos parece del todo exacta: no se trata de que no haya en sentido técnico «carga de la prueba» en los procesos regidos por el principio inquisitivo, sino que más bien sus principios y reglas de distribución se ven *flexibilizados, matizados o atenuados* en el marco del proceso tributario, precisamente porque las facultades inquisitivas que detentan los jueces competentes en esta materia, les permiten *ir más allá de lo alegado y probado por las partes*, con la finalidad de buscar y obtener la *verdad real*, y no la meramente procesal, apartándose así de lo prescrito por el principio dispositivo.[75]

---

[73] *Cf.* **NAVARRINE, Susana C., y ASOREY, Rubén O**., *op. cit.,* Pág. 102.

[74] En este sentido, puede verse lo expuesto por **CHIOVENDA, J.** (1977) "*Principios de Derecho Procesal Civil T. II*." Instituto Editorial Reus. Madrid, España. Pág. 277.

[75] En contra **KIRIAKIDIS**, para quien el proceso contencioso administrativo (y, por vía de consecuencia, el contencioso tributario): «se encuentra regido esencialmente por el principio dispositivo de un modo muy similar al que se presenta en el procedimiento Civil (sic) aún vigente

De manera similar a lo expuesto por los profesores argentinos, MEJÍA BETANCOURT ha sostenido recientemente en Venezuela que "no se puede hacer una traslación o una trasposición de las reglas de la prueba, y particularmente de la carga de la prueba, del proceso civil al contencioso administrativo,"[76] debido a que, en su opinión, "El concepto de la carga de la prueba constituye un principio del proceso dispositivo y una característica propia del proceso civil."[77]

Esta posición, a nuestro modo de entender el tema, debe ser revisada. Sostener que las reglas de la carga probatoria aplicables al proceso tributario son, de entrada, las que rigen en los procesos dispositivos, no es igual ni equivalente a considerar que el proceso tributario sea un proceso regido por dicho principio, como pareciera entenderlo MEJÍA BETANCOURT.

Las categorías jurídicas del *principio dispositivo*, propio del proceso civil, y del *principio inquisitivo*, que rige en el proceso tributario, son normas dirigidas a regir la *actuación del Juez*, del director del proceso, para informarle —principalmente— con fundamento en qué alegatos y pruebas debe dictar su sentencia, o lo que es lo mismo, no están dirigidas a las partes procesales, por lo menos no directamente; mientras que las reglas sobre la carga probatoria están destinadas, en primer lugar, a las *partes del proceso* (carga subjetiva), para fijar «quién debe probar qué cosa»[78] y, así, quién debe soportar los efectos negativos de la no realización de su actividad probatoria y, en segundo lugar, al *juez* (carga objetiva), para informarle cómo debe decidir en caso de que la parte llamada a probar algún elemento fáctico controvertido no lo haya hecho.

Lo anterior, deja ver que las reglas sobre la carga probatoria, si bien deben ajustarse o matizarse en los procesos regidos por el principio inquisitivo —como el tributario— en los términos que más adelante se explicará, son normas que rigen la *actuación de las partes en el proceso* y luego, por vía de consecuencia, la del juez mismo, por lo que al margen de cuál sea el principio rector del proceso de que se trate (dispositivo o inquisitivo) tienen que necesariamente ser tomadas en cuenta y aplicadas para reglamentar la actividad probatoria de las partes

---

y estrenado con la reforma del Código de Procedimiento Civil en vigencia desde 1986». **KIRIAKIDIS, Jorge C.,** *op. cit.*, Pág. 276.

[76] **MEJÍA BETANCOURT, J.A.** «La Carga…» *cit.*, Pág. 369.

[77] *Ibíd.*, Pág. 377.

[78] **TARUFFO, Michele**, *op. cit*, Pág. 257.

procesales. Entender que sólo en los procesos dirigidos por el principio dispositivo tienen cabida las reglas sobre la carga probatoria, se desliza como un desarreglo entre las normas que regulan la actuación de las *partes* del juicio y las normas que regulan la actuación del *director* del juicio. Son dos cosas diferentes.

En este sentido, y a nuestro modo de ver las cosas, sí hay técnicamente carga probatoria en el proceso tributario, como en todo proceso: los hechos controvertidos deberán ser probados por una u otra parte dependiendo de sus afirmaciones, excepciones y normativa invocada; tan es así, que su efecto fundamental, al igual que en el proceso regido por el principio dispositivo, implica que el llamado a traer al expediente judicial alguna prueba y no lo haga, sufrirá los efectos negativos de su actitud omisiva o pasiva, ello en virtud del *criterio de razonabilidad* que posee el juez en la formación de su convicción sobre el análisis de los hechos discutidos en el proceso, que le permitirá *desfavorecer* en su fallo a la parte que incurra en tal supuesto de falta de prueba, con base en las presunciones *hominis* de culpa y, consecuencialmente, favorecer a la otra.

Así las cosas, la actividad probatoria de los sujetos procesales en el juicio tributario se delimitará, en principio, a partir de las reglas generales de la carga probatoria, como lo sostienen la jurisprudencia y dogmática antes citadas, tomando en cuenta a su vez y como se verá, el principio de facilidad de la prueba, así como las particularidades inherentes a esta especial materia, como la relevancia probatoria del expediente administrativo.

5.4_. La Carga Probatoria en el Proceso Tributario Venezolano.

Las reglas sobre la distribución de la carga probatoria consagradas en el ordenamiento jurídico venezolano, se ubican en los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1.354 del Código Civil,[79] según los cuales:

> Artículo 506 CPC. Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.// Los hechos notorios no son objeto de

[79] **Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario** del 26 de Julio de 1982.

> prueba. Artículo 1.354 CCV: Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Estas normas, como se observa, están referidas a la prueba de los hechos jurídicos *constitutivos* y *extintivos*, esto es, al principio general según el cual quién pretenda la ejecución de una obligación deberá probarla, mientras que quien pretenda que ha sido liberado de la misma deberá demostrar su excepción; siendo aplicables al proceso tributario por mandato del artículo 340 del Código Orgánico Tributario de 2020, según el cual:

> Artículo 340 Código Orgánico Tributario de 2020: En todo lo no previsto en este Título (Título VI-De los procedimientos judiciales), y en cuanto sea aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. (Paréntesis Nuestro).

En este sentido, y recordando la extensión de las reglas generales sobre la carga de la prueba, al actor corresponde, en principio, probar los hechos que afirma y que fundamentan su pretensión, mientras que al demandado le corresponderá, dependiendo de la postura que asuma en su defensa, ya sea rechazando de manera pura y simple la pretensión del actor, o excepcionándose al afirmar un hecho distinto, desplegar la actividad probatoria que sea cónsona con la forma en que plantea (argumenta) su posición.

No obstante lo anterior, si el demandante no prueba sus afirmaciones sobre los hechos constitutivos de su pretensión, el demandado tampoco tendrá que probar las excepciones que haya planteado sobre las afirmaciones del demandante que no fueron probadas; mientras que si el demandante efectivamente prueba sus afirmaciones sobre los hechos constitutivos que dieron fundamento a su acción, entonces el demandado tendrá la carga de demostrar los hechos que lo liberan de las probanzas del demandante, de la siguiente manera: (i) probando la inexistencia del hecho constitutivo que da fundamento a

la pretensión del actor; o (ii) probando otros hechos que desvirtúen el efecto jurídico del hecho constitutivo demostrado por el actor.

También debe recordarse que, en razón de que la *afirmación* o *negación* que hagan las partes sobre los hechos jurídicos controvertidos en el proceso puede resultar una cuestión de «técnica argumentativa», algo más de forma que de fondo, lo importante para garantizar la correcta distribución de la carga probatoria, es analizar el discurso argumentativo (afirmativo o negativo) que hagan los sujetos procesales a la luz de la normativa cuyo cumplimiento invocan y efectos persigan. En efecto, y como enseña TARUFFO: «Se deriva también la necesidad de recurrir al supuesto de hecho sustantivo para determinar de caso en caso qué cargas probatorias le corresponden a cada parte, como ocurre con la llamada *Normentheorie*, según la cual cada parte tiene la carga de proveer la prueba de los hechos en los que se funda la norma que la misma parte invoca como criterio para la determinación de consecuencias jurídicas a su favor».[80]

Aunado a lo expuesto, es importante tener en cuenta que por lo general las cargas de afirmar (alegar) y probar van unidas, aun cuando también es cierto que no siempre la totalidad de las afirmaciones deben ser probadas por quien las efectúa. En no pocas ocasiones, por razones de *facilidad*, las afirmaciones que hace una parte deberán ser demostradas por la otra, debido a que se encuentra en mejor posición para ejecutar dicha actividad probatoria.[81]

Ahora bien, situándonos en el ámbito tributario y, específicamente, en el momento de la *formación* de la voluntad administrativa, es apreciable que cuando la Administración fija y materializa su *pretensión fiscal* a través de la emisión del acto administrativo de determinación y/o sanción, *afirma* la existencia de un hecho imponible y, con ello, procura el cumplimiento de la obligación tributaria nacida de aquél; o *afirma* un incumplimiento de la normativa tributaria y, así, tipifica la imposición de una sanción por la supuesta comisión de algún ilícito fiscal; esto es, en ambos casos efectúa una *afirmación* que debe paralelamente *demostrar* e invoca la normativa a su juicio aplicable cuyos efectos jurídicos

[80] **TARUFFO, Michele**, *op. cit.*, Pág. 257.
[81] Así ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos, por razón de la inexistencia de reglas sobre la carga probatoria, siendo el Juez quien debe determinar *caso a caso* qué parte tiene que probar qué hecho, con base en varios criterios, siendo el principalmente empleado el correspondiente a la *facilidad* de acceder a los conocimientos necesarios o a disponer de la prueba. *Cf. Ibíd.*, Pág. 258.

persigue, de acuerdo con las reglas de la carga probatoria consagradas en los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1.354 del Código Civil.[82]

En efecto, cuando la Administración Tributaria dicta sus actos administrativos, *afirma* hechos jurídicos (y económicos) o incumplimientos normativos de trascendencia fiscal en la situación jurídico-subjetiva de un contribuyente en particular, y los subsume en la legislación aplicable, de la cual se desprenden los efectos jurídicos que constituyen su pretensión, esto es, la Administración representa la parte *actora* durante el procedimiento de formación de la voluntad administrativa, se ubica en esa posición, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia:

---

[82] Al respecto, resulta de importancia la explicación que sobre el particular hace **RUAN SANTOS**, en los términos siguientes: «La Administración cuando dicta el acto administrativo es actora, porque ejerce sus poderes legales y presenta imperativamente su pretensión al administrado, lo cual ha sido reconocido por la jurisprudencia tributaria en Venezuela, como se verá más adelante. Con ocasión del dictado del acto administrativo, la Administración afirma usualmente hechos nuevos e invoca normas jurídicas aplicables y deriva de ello pretensiones frente al destinatario de su acto. El actuar de la Administración frecuentemente innova en el mundo jurídico y constituye derechos y obligaciones. La Administración tiene normalmente a su disposición los medios para comprobar los hechos y circunstancias que motivan sus actos administrativos. Todos esos supuestos, observados en la cotidiana experiencia, colocan a la Administración Pública en el deber de comprobar los presupuestos de hecho y de derecho de sus actuaciones de autoridad, cuando sea emplazada a hacerlo en la vía de recurso. (…) Cuando el administrado interesado en lograr la declaración de ilegalidad del acto cumple con su carga de accionar y en sus alegatos señala hechos que desmienten los fundamentos asumidos por la Administración, plantea excepciones o afirma el cumplimiento de sus obligaciones, entonces a él corresponde "justificar la ilegalidad del acto de la Administración", sin que ello libere a esta última de la carga de probar la conformidad a Derecho de su actuación, lo cual normalmente se satisface con la debida instrucción previa del expediente administrativo. (…) Sucede que la Administración Tributaria tiene el deber de probar los hechos que sustentan su pretensión jurídica frente al contribuyente y en especial, los hechos que configuran la realización concreta del hecho imponible establecido en la Ley y el consiguiente cumplimiento de la obligación tributaria. Ello es así, porque la Administración, al dictar el acto de determinación de dicha obligación y exigir su pago al contribuyente, afirma la existencia del hecho imponible y pide el cumplimiento de la obligación que nace del mismo, según lo prevé el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual le corresponde la carga de probar esa afirmación y la pretensión de que sea ejecutada la obligación surgida. La Administración se erige como actora en la fase constitutiva del procedimiento administrativo tributario». **RUAN SANTOS, G**. «*El Mito…*» *cit*., Pág. 1750, 1751 y 1766.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Serviliano Abache Carvajal ● Pág.: 398 – 460

> Las actas fiscales, dentro de la actuación administrativa, tienen una significación análoga a la del libelo de demanda en el proceso judicial civil.[83]

Como en todo proceso, en el contencioso tributario la *litis* es trabada por las partes. La discusión sobre los hechos controvertidos y afirmados es planteada y delimitada por los sujetos procesales: por la Administración Tributaria a través de su acto administrativo, que deberá estar respaldado por el correspondiente expediente administrativo, quién procede como *actora* en el procedimiento tributario de determinación y/o sanción; y por el recurrente, por medio de su escrito recursorio, quien actúa formalmente como *actor* durante el proceso judicial.

En este sentido, al momento de introducirse el recurso contra el acto administrativo determinativo y/o sancionador, el contribuyente conoce —o *debe* conocer, salvo que el acto administrativo incurra en inmotivación fáctica— cuáles son los extremos de hecho que probablemente deberá demostrar para lograr la convicción del juez, y debido a que en este tipo de procesos no está consagrada la fase de contestación por parte del formal y judicialmente demandado (el Fisco), la manera en que aquél exponga sus argumentos y la normativa cuya aplicación y efectos invoque, podrán fijar la regla de juicio sobre la carga probatoria, teniendo en cuenta, claro está, que las motivaciones de hecho y Derecho, así como la naturaleza determinativa o sancionadora del acto administrativo y los posibles vicios que éste adolezca, pueden haber fijado, *ab initio*, quién deberá aportar las probanzas en el juicio en cuestión, esto es, las reglas de distribución de la carga de la prueba.

Así las cosas, y en sintonía con la doctrina citada en el particular anterior, especialmente con lo expuesto por GONZÁLEZ PÉREZ, cuando la Administración pretende imponer una obligación al administrado, le corresponderá, en su condición de parte actora en sede administrativa, probar, en principio, la existencia de los hechos constitutivos que fundamentan su pretensión, que en el

---

[83] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa del 20 de Julio de 1965, extraída de **BREWER-CARÍAS, A. R.,** *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*. T- V. V-2. Pág. 621-622, citada en **RUAN SANTOS, G.** «El Mito…» *cit*., Pág. 1766.

caso tributario se traduce en la demostración de la realización del hecho imponible o la tipificación de los ilícitos fiscales, como presupuestos fácticos constitutivos de la voluntad y pretensión administrativa, que según el caso serán: *la determinación de la obligación tributaria y/o la imposición de sanciones por la comisión de ilícitos fiscales*.

Por su parte, la actividad probatoria que deberá desplegar el contribuyente se verá delimitada por dos aspectos: (i) en primer lugar, si la Administración no demuestra las afirmaciones sobre la realización del hecho imponible y el subsiguiente nacimiento de la obligación tributaria, o de los incumplimientos de la normativa tributaria y la imposición de las sanciones que conlleva, como fundamento de su pretensión, entonces el contribuyente lógicamente no tendrá que realizar actividad probatoria alguna sobre las situaciones anotadas; y (ii) en segundo lugar, e indistintamente de la actividad probatoria que despliegue o no la Administración para demostrar la legalidad y veracidad de su actuación, la carga probatoria del contribuyente se verá fijada, por un lado, según la forma en que éste exponga sus argumentos y defensas, bien sea rechazando de manera pura y simple la pretensión fiscal sin realizar afirmaciones, o excepcionándose por medio del planteamiento de nuevas afirmaciones sobre los hechos controvertidos, y por el otro, en razón de la normativa que regule los presupuestos y efectos jurídicos que fundamenten su pretensión procesal.

En el primer caso, tal negativa absoluta e indefinida en el discurso argumentativo del contribuyente, ubicará exclusivamente sobre la Administración la carga probatoria; mientras que en el segundo caso, el contribuyente deberá, o bien demostrar la no realización del hecho imponible o el acatamiento de la normativa supuestamente incumplida que da fundamento a la pretensión fiscal y, con ello, evidenciar la inexistencia de la obligación tributaria o la improcedencia de las sanciones cuyo cumplimiento demanda la Administración; o probar otros hechos que, sin negar la verificación del hecho imponible, desvirtúen su consecuencia y efecto jurídico inmediato, a saber, el nacimiento de la obligación tributaria, demostrando, por ejemplo, que goza de una exoneración tributaria, o que por el contrario pagó dicha obligación, o que sin rechazar el supuesto incumplimiento de la normativa tributaria, demuestre la inconstitucionalidad o ilegalidad de la sanción que le pretenden aplicar y,

subsecuentemente, la nulidad del acto contentivo de la pretensión de la Administración, en cuyo caso, más que probar, en sentido estricto, deberá argumentar las razones que le asisten en su defensa. En este sentido, si el contribuyente recurre el acto tributario porque considera que el mismo le ha violado algún derecho o no se lo ha reconocido en toda su extensión, deberá, entonces, demostrar los hechos constitutivos de tal situación.

Como se observa, la regla general sobre el *onus probandi* en el proceso tributario, predica que: es la Administración la primera llamada a demostrar la veracidad de los hechos constitutivos que afirma y que se encuentran controvertidos en el debate judicial, y la legalidad formal y material de su actuación, a tenor de la legislación (normas) cuyo cumplimiento persigue y consecuencias jurídicas que pretende, mientras que la actividad probatoria del contribuyente se verá definida por la forma argumentativa en que plantee su posición, defensas, afirmaciones y excepciones sobre la pretensión fiscal, y por la normativa que invoque y efectos jurídicos que procure.

También debe tenerse en cuenta, como ya fue apuntado, que por virtud del principio inquisitivo que rige en el proceso tributario, como especie del contencioso administrativo, los principios generales sobre la carga probatoria y su distribución, se ven flexibilizados, matizados o atenuados, ocupando el juez una posición *activa* y *dinámica* en el juicio, pudiendo hacerse por sí mismo de elementos probatorios que considere de importancia; claro está, sin suplir la actividad que legalmente le corresponde ejecutar a las partes. Lo que se quiere dejar claro es que, el juez tributario no se halla atado de manos ni limitado por lo alegado y probado por las partes, sino que puede —más bien, *debe*— actuar de oficio en búsqueda de la verdad material, tomando en cuenta, inclusive, elementos fácticos y jurídicos que se desprendan del expediente, aunque no hayan sido alegados por las partes. El juez no suplanta la «autorresponsabilidad» que recae sobre los sujetos procesales, *pero sí la comparte jurídicamente al entenderse obligado a buscar la verdad real.*

Por otro lado, debe dejarse claro que el principio general de la carga de la prueba recogido en la máxima romana *incumbit probatio qui dicit, no qui negat*, según el cual las afirmaciones sobre los hechos constitutivos, extintivos e impeditivos deberán ser demostradas por la parte que las realice, esto es, *quien afirma prueba*, en no pocas ocasiones puede conducir a situaciones de *dificultad*

probatoria y, así, afectar el equilibrio y la igualdad procesal de los sujetos en litigio, al ubicar sobre la parte más lejana a lograr la producción de la prueba la carga de aportarla.

Afortunadamente, este criterio tradicional ha evolucionado, dando paso en la actualidad a la *flexibilización* de las reglas probatorias en lo atinente a las cargas de los sujetos procesales, con fines de lograr, más allá de una igualdad «*formal*», una verdadera igualdad «*sustancial*» en lo procesal para las partes en el desarrollo de su actividad probatoria, como enseguida se verá en la aplicación del principio *favor probationis*.

5.5_. La Aplicación del Principio *favor probationis* y el Principio de Proximidad, Cercanía o Facilidad a la Obtención de la Prueba en el Proceso Tributario.

El principio *favor probationis* —que ha sido recibido en la jurisprudencia venezolana como manifestación del principio *pro actione*[84]— está dirigido a *atenuar* o *flexibilizar* las reglas tradicionales de distribución de la carga probatoria que, en algunos casos, en lugar de preservar el equilibrio e igualdad de los sujetos procesales en la ejecución de sus actividades probatorias, la dificultan, colocando sobre la parte menos indicada la carga de producir la prueba esclarecedora de las circunstancias de hecho controvertidas en el debate judicial,[85] situación que puede tener relevancia constitucional —como enseña TARUFFO— si se facilita el

[84] *Cf.* **GRISANTI DE MONTERO, R. (2011)** La Desviación de Poder como un Vicio del Acto Administrativo Difícil de Probar, En "*BREWER-CARÍAS, Allan R., y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (Dirs.) El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 426.

[85] Así lo ha entendido **ZAMBRANO FRANCO**, quien enfocando la cuestión a partir de la apreciación de los hechos por el juez, precisa que: «Hay casos en los cuales las reglas rígidas probatorias no permiten que el juez conozca la verdad de los hechos afirmados por las partes, como por ejemplo podría ocurrir en el caso de una demanda por daños y perjuicios interpuesta por mala praxis médica; en este caso nos preguntamos: ¿quién está en mejor posición de demostrar si una operación médica se realizó de manera correcta? ¿El paciente afectado o el médico? Sin lugar a dudas en este caso sería el médico, ya que es quien tiene el conocimiento científico y la pericia para demostrar —en este caso, el hecho opuesto— que el procedimiento quirúrgico siguió los pasos idóneos. Es pues, un caso demostrativo para aplicación del dinamismo en materia de pruebas». **ZAMBRANO FRANCO, F.K. (2014)** «La Carga Dinámica de la Prueba y la Búsqueda de la Verdad», En *Ámbito Jurídico* Año XV – N° 185. Marzo. Legislación Económica C. A., Caracas D.F., Venezuela. Pág. 10.

logro o consecución de la tutela judicial efectiva.[86] En este sentido, uno de los beneficios más inmediatos y palpables que ha resultado de la aplicación del principio *favor probationis*, ha sido, sin dudas, la creación de presunciones *hominis* de culpa en contra de la parte que teniendo que producir la prueba, no lo hace, con lo cual experimentará las consecuencias negativas de su falta de actividad probatoria.

El estudio del principio *favor probationis* en el marco de las reglas sobre la carga de la prueba, ha dado nacimiento a lo que la dogmática ha denominado «el principio de proximidad, cercanía o facilidad a la obtención de la prueba» para distribuir en su correcta medida las cargas probatorias entre las partes del proceso, según el cual la *parte más cercana* a la obtención y producción de una prueba, esto es, con mayor facilidad o proximidad a la misma, deberá aportarla en cada caso concreto.[87]

Como lo expone GONZÁLEZ PÉREZ «En aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, con el criterio de la facilidad se puede llegar a desplazar la carga de la prueba a aquella parte a la que resulte más fácil la prueba»[88]. Por su parte, y en términos similares, el profesor argentino Augusto MORELLO considera que «El derecho a conseguir la prueba, implica muchas veces

---

[86] **TARUFFO, Michele**, *op. cit.* Pág. 259.

[87] Al respecto, **TARUFFO** considera *débil* la justificación sobre la mayor «proximidad» de una de las partes a un determinado medio probatorio, habida cuenta que, aun cuando luce epistemológicamente válido, en su opinión es algo excesivo y hasta peligroso por la eventual manipulación por parte del juez de las cargas probatorias de las partes. Así, explica que el fin último de decidir el caso con fundamento en la prueba —en lugar de hacerlo con base en la falta de prueba— puede perfectamente lograrse regulando una obligación de divulgación o revelación (*duty of disclosure*), como ocurre en el proceso civil norteamericano, en cuya Regla 26 (a) de las *Federal Rules of Civil Procedure* se establece la obligación de las partes de comunicarse mutuamente todas las informaciones relativas a las pruebas de que disponen. *Cf. Ibíd*., p. 263. No obstante lo anterior, el eventual peligro que pone sobre la palestra TARUFFO, pudiera ser eliminado o, por lo menos, mitigado, si se toma en cuenta que la aplicación de las *cargas dinámicas probatorias* deben cumplir ciertos presupuestos básicos para su aplicación, como lo explica ZAMBRANO FRANCO: «Sin embargo, la carga dinámica de la prueba tiene sus presupuestos: i) Debe estar presente la prueba de que la contraparte se encuentra en una mejor posición para demostrar un hecho particular; y ii) la prueba de la parte que quiere beneficiarse por la flexibilización en materia de carga de la prueba, quien debe demostrar que desde su perímetro es muy difícil o casi imposible la demostración de un hecho u obtención de una prueba». **ZAMBRANO FRANCO, F.K.**, *op. cit.*, Pág. 10.

[88] **GONZÁLEZ, J.**, *op. cit.*, Pág. 328.

que la otra parte tenga la carga de suministrarla porque le resulte más fácil, de acuerdo con reglas de la experiencia.[89]

La aplicación de este importante principio, se ha convertido en una verdadera *herramienta* para los jueces interesados en descubrir la verdad real en los casos de *dificultad probatoria*, que si bien no sería extraño su cuestionamiento en los procesos regidos por el principio dispositivo, por aquello de que el juez deberá decidir *exclusivamente* con base en lo alegado y probado por las partes, encuentra que su utilización en los procesos inquisitivos —como el tributario—, lejos de ser cuestionable, responde y se integra perfectamente con la finalidad perseguida en los mismos, constituyéndose en una verdadera necesidad en estos procesos y, en tal sentido, una significativa *regla de juicio* basada en la experiencia. Así lo ha entendido MICHELI, para quien «El juez administrativo distribuirá, por tanto, la eventual falta de certeza, en que él se encuentre después de cerrada la instrucción, fijando en cada caso la regla de juicio a base de la cual emitir la decisión. Regla que le es dictada en general por criterios de la experiencia, el primero entre los cuales es la mayor proximidad de una parte a la prueba.[90]

En efecto, cuando la Administración Tributaria posee en sus archivos las pruebas de los hechos controvertidos, debe llevarlos al proceso, en virtud del principio de la facilidad a la prueba, y en caso de negarse, los jueces, en ejercicio de sus facultades inquisitivas y en afán de la búsqueda de la verdad material, así como de garantizar la tutela judicial efectiva y demás derechos fundamentales en juego, pueden exigirle a la Administración —por ejemplo, a través de un auto para mejor proveer— que aporte tales probanzas, de lo contrario se podrían ver seriamente comprometidos el equilibrio, la estabilidad y la igualdad de las partes en el proceso, a otras voces, su *constitucionalidad*. En caso de que la Administración no aporte las respectivas pruebas a que tiene *fácil acceso*, entorpeciendo de esta manera el discurrir del proceso y dificultando el descubrimiento de la verdad sobre los hechos, operarán en su contra las

---

[89] **MORELLO M., A. (1997)** "*La Prueba. Tendencias Modernas*." Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. Pág. 14, citado en **PARRA QUIJANO, Jairo**, La Crisis de la Noción Clásica de la Carga de la Prueba, En "*Revista de Derecho Probatorio* N° 8." Editorial Jurídica Alva. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 132.

[90] **MICHELI, G.A.** (2004) "*La Carga de la Prueba*." Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Pág. 250.

consecuencias negativas de no probar lo que se encontraba a su alcance[91], según se verá más adelante.

Este principio ha sido aplicado desde la década de los ochenta en las instancias tributarias en Venezuela, para atenuar las estrictas reglas tradicionales sobre la carga probatoria, cuando la impugnación del contribuyente ha versado sobre la *incompetencia* del funcionario actuante, resultando la Administración Tributaria obligada a demostrar la identidad y competencia del funcionario, en razón de la facilidad y cercanía de ésta a la prueba en cuestión. Después de todo, lo referido a asuntos internos de su *organización administrativa* reposa en sus propios archivos.[92]

Así las cosas, se tiene la Administración debe —en principio— poseer los medios necesarios para demostrar sus motivaciones, de lo contrario, no podrá soportar ni probar las afirmaciones y reparos contenidos en sus actos administrativos. Igualmente, por razones de *equilibrio procesal*, será el contribuyente el obligado a producir la prueba que demuestre alguna situación fáctica que sea de su conocimiento privado, controvertida en el juicio, tales como

---

[91] Como por ejemplo lo son, entre otras, las presunciones *hominis* de culpa que operan en contra de la parte cercana a la prueba que no procedió a aportarla, positivizadas en el ordenamiento jurídico venezolano en los citados artículos 1.394 y 1.399 del Código Civil. Sobre estas presunciones, el profesor Jorge W. PEYRANO ha señalado lo siguiente: «este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados, al juicio, permitirán a aquél en el momento de dictar el fallo, determinar *presunciones hominis* de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (*favor probationis*) que el accionante a su vez, para probar la culpa de aquél». **PEYRANO, Jorge W.,** «Carga de la prueba. Conceptos Clásicos y actuales», *Revista de Derecho Privado y Comparado* (Prueba-1), Rubinzal-Culzoni (1997) Editores, Buenos Aires, Argentina, citado en **QUINTERO TIRADO, M.** (2000) Algunas Consideraciones Sobre la Prueba en el Ámbito Civil con Algunas Menciones en el Área Mercantil, En "*Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal N° 2*." Livrosca. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 138.

[92] En este sentido, véase las sentencias a continuación identificadas y relacionadas de los siguientes Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario venezolanos: Segundo, de 31-10 y 29-11-1984; Tercero, de 8-10-1984; Quinto, de 1-11-1984; Séptimo, de 11-10 y 29-11-1984; Octavo, de 23 y 29-10-1984; y Noveno, de 8 y 18-10-1984, en **PIERRE TAPIA, Oscar**, *Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario,* N° 1, p. 5-9; 19-26; 15-19; 9-15; y N° 2, p. 53-58; 5-9; 9-13; respectivamente, inventariadas y citadas en **BLANCO-URIBE QUINTERO, A.** (1986) La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos, En "*Revista de Derecho Público* N° 27." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 153-154.

aquéllas vinculadas íntima y directamente con el desarrollo de sus actividades económicas e ingresos obtenidos con ocasión de las mismas.

El principio de la facilidad a la prueba, como norte de la correcta distribución de la carga probatoria, está estrechamente vinculado con el principio y derecho constitucional de la igualdad «real y efectiva» de las partes en el proceso.[93] En efecto, es tan discriminatorio tratar desigualmente a los iguales, como tratar como iguales a los sujetos que se encuentran en situaciones desiguales; razón por la cual, imponer la carga probatoria de un hecho controvertido a la parte que le es en extremo difícil obtener dicha prueba, al punto de que tenga que realizar gestiones casi imposibles para conseguirla, es una clara forma de desigualdad en el proceso, *es una prueba casi diabólica*. Lo verdaderamente igualitario y correcto en la carga probatoria, es su atribución a la parte que tenga a su alcance demostrar el determinado hecho en cuestión, esto es, se encuentre más cercana a la producción de la prueba:[94] *ello es lo constitucional.*

5.6_. La Relevancia Probatoria del Expediente Administrativo en la Carga de la Prueba del Proceso Tributario.

Lo expuesto hasta este punto, deja meridianamente ver la indiscutible relevancia probatoria que posee el «expediente administrativo» durante el proceso tributario, que en otra investigación se ha incluido dentro del listado de *derechos y garantías de los sujetos pasivos frente a la actuación fiscalizadora de la Administración Tributaria*, como el *derecho a la apertura del (y acceso al) expediente administrativo.*[95]

Ya se ha señalado que el expediente de la Administración debe recoger la totalidad de las actuaciones que tuvieron lugar en el *íter* procedimental en sede administrativa, tanto de primer grado o constitutiva cuanto de segundo grado o

---

[93] Artículo 21 de la Constitución de la República de Venezuela: «Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: (…).// 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva (…)».

[94] *Cf.* **PARRA, J.**, *op. cit.*, Pág. 133.

[95] *Cf.* **ABACHE CARVAJAL, S.** (2013) La Potestad Fiscalizadora, En "*SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira, y FERMÍN, Juan Carlos (Coords.) "Manual Venezolano de Derecho Tributario T. I.*" Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 558-559.

recursiva —si ésta última se realizó, claro está—, por lo que constituye *la prueba por excelencia* de la cual dispone el juez de la causa para evaluar la legalidad y veracidad de la actuación administrativa, por un lado, y la argumentación y actividad probatoria del administrado, por el otro, todo lo cual justificará o no la emisión del acto administrativo tributario[96]. En efecto, y como explica MEJÍA BETANCOURT: «Los hechos relevantes al efecto del contencioso administrativo (y del tributario), en Derecho administrativo venezolano, se encuentran en el expediente administrativo, que es el instrumento que recoge todas las actuaciones y hechos relativos a toda la tramitación a que dé lugar el asunto administrativo.[97] (Paréntesis agregados).

Resulta importante la apreciación que al respecto hace BLANCO-URIBE, quien explica que «dentro de los medios probatorios válidos en esta materia, destaca el llamado "*expediente administrativo*" (tanto integralmente considerado, como en cuanto concierne al peso específico adjudicable por separado a cada uno o algunos de los documentos que lo integran), reseñado en algunos textos normativos como "*antecedentes administrativos*," al cual incumbe un categórico valor probatorio, para la demostración de ciertos hechos, como por ejemplo la motivación del acto administrativo, el cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, el acceso al mismo como forma del derecho a la información y del principio de transparencia, etc., pero siempre que se cumplan unos extremos legales, en cuanto a su forma de ser correctamente llevado, su

---

[96] Sobre la actividad probatoria de la Administración y la relevancia del expediente administrativo a estos fines, **Ernesto ESEVERRI MARTÍNEZ** explica, en términos que compartimos, que: «en la práctica cuando el contribuyente se opone al acto de liquidación y acude a la vía jurisdiccional ordinaria para que se sustancien a través de ella sus diferencias, la única actividad probatoria que se requiere de la Administración es que ponga en conocimiento del Tribunal el expediente administrativo donde queda constancia de cómo ha sido instruido todo ese procedimiento y del grado de discrecionalidad que ha operado en la toma de las decisiones; ese expediente hace prueba del actuar administrativo, y de su examen derivará si el acto impugnado es o no ajustado a Derecho. Todo ello es consecuencia de que la Administración se sujeta al control de legalidad que se ejerce por los Tribunales de Justicia, de forma que su actividad probatoria viene condicionada por su actuación reglada de conformidad con el mandato imperativo de la ley». **ESEVERRI MARTÍNEZ, E.** (1995) "*Presunciones Legales y Derecho Tributario*. Marcial Pons. Madrid, España. Pág. 11.

[97] **MEJÍA BETANCOURT, J.A.**, «La Carga…» *cit.*, Pág. 383.

accesibilidad por el interesado y su promoción y evacuación en juicio, como medio probatorio.[98]

Por otro lado, y en relación directa con las facultades inquisitivas de los jueces de lo contencioso tributario, éstos podrán valorar los datos e informaciones fácticas, así como los elementos jurídicos materiales y formales que se desprendan del expediente administrativo, aun cuando los mismos no hayan sido expuestos expresamente por las partes, tal y como anteriormente lo apuntamos, y ha sido expresamente reconocido por la jurisprudencia citada, según la cual:

> El órgano jurisdiccional puede, por tanto, utilizar aquellos datos que figuran en el expediente administrativo aun cuando en los alegatos formales las partes no recojan algunas de ellas. La existencia del expediente administrativo justifica, dada la función revisora de esta jurisdicción, que éste pueda examinar no sólo los actos objeto de impugnación, sino también, sin limitación, todas las actuaciones administrativas que llevaron a dictarlos.[99]

En este sentido, como se evidenció al analizar la postura GONZÁLEZ PÉREZ en relación con la carga de la prueba en el proceso administrativo, el mismo supone, al igual que en el proceso tributario, la realización previa de un procedimiento administrativo, en el cual, dependiendo de los hechos controvertidos y las afirmaciones, excepciones y normativa invocada por las partes, cada una habrá tenido que soportar la carga de probar sus respectivas pretensiones.

Durante la fase de constitución del acto administrativo tributario de naturaleza determinativa y/o sancionadora, debe tener lugar actividad

---

[98] **BLANCO-URIBE QUINTERO, A.** (2009) El Valor Probatorio del Expediente Administrativo en el Proceso Tributario, En "DUPOUY, Elvira y DE VALERA, Irene C. (Coords) *Temas de Actualidad Tributaria. Libro Homenaje a Jaime Parra Pérez*." Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 178.

[99] Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 24 de Octubre de 1985 Caso *Sociedad Atrium, C. A., v. Concejo Municipal del Distrito Sucre, Estado Mirada*. Consultada en "*Revista de Derecho Público* N° 24." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. (1985). Pág. 173-174.

probatoria de parte y parte, y así, se «preconstituirán» en sede administrativa las pruebas que cada una haya promovido y evacuado legalmente, las cuales integrarán el expediente administrativo, y deberán ser llevadas al proceso por la Administración Tributaria para que sean apreciadas por el juez, sin perjuicio de las demás pruebas que puedan producir los sujetos procesales directamente en la fase probatoria del litigio.[100]

En virtud de lo anterior, y como ya fue apuntado, es sólo lógico considerar que la actividad probatoria no debería resultar de difícil ejecución durante el proceso para la Administración Tributaria, siempre y cuando haya realizado el procedimiento de formación del acto tributario de determinación y/o sanción de conformidad con la ley, visto que ésta posee el expediente administrativo —y con él, las pruebas— que se formó a tal efecto.

Obviamente, lo anterior sólo será posible si la Administración Tributaria demostró cabalmente su posición durante la instancia administrativa y ejecutó adecuadamente el procedimiento legalmente establecido, puesto que de lo contrario, ni gozará de las pruebas preconstituidas que respalden y demuestren su pretensión fiscal, ni contará con el apoyo de la ley que precisamente incumplió en el desarrollo del procedimiento formativo de la voluntad administrativa.[101]

Así, para lograr las pruebas en el proceso, aun cuando las partes pueden utilizar cualquier medio probatorio admitido en Derecho, a los fines de demostrar sus afirmaciones sobre los hechos que sustentan sus pretensiones, en virtud del sistema de *libertad probatoria* que rige en el ordenamiento jurídico venezolano, como ya fue apuntado, la Administración deberá servirse, en primer

---

[100] En contra **MEJÍA BETANCOURT**, para quien: «Claro está, que la Administración tendrá interés de poner el expediente administrativo en conocimiento del juez, pero ella no podrá alegar algo más allá de lo que está en el expediente administrativo o fuera de él». **MEJÍA BETANCOURT**, J.A., «*La Carga…*» *cit.*, Pág. 386.

[101] En este sentido, **Ernesto ESEVERRI** ha expresado que: «no cabe duda de que en el curso de las actuaciones administrativas tendentes a la aplicación de los tributos existe actividad probatoria de los órganos que instruyen el procedimiento, y así debe ser porque su ejercicio es determinante para concluir si el órgano instructor ha ajustado a Derecho su conducta; en el caso de que la Administración no pruebe, difícilmente se encontrará en posición de demostrar que sus actos han sido ejecutados de conformidad con la ley, y posibilitará al tiempo la réplica en Derecho del obligado tributario, pues no puede olvidarse que la falta de consistencia en los argumentos de la Administración en el curso del procedimiento tributario se convierte en fuente de alegaciones que favorecen al interesado en su tramitación». **ESEVERRI MARTÍNEZ, E.**, *op. cit.*, Pág. 10.

lugar, de su prueba reina, esto es, del *expediente administrativo*, el cual tiene la carga de llevar al juicio[102] *dentro del lapso de promoción de pruebas*,[103] y no, como usualmente pretende y hace, en la oportunidad de los informes o incluso después de que la causa ha entrado en lapso de sentencia,[104] tal como lo ha expuesto la jurisprudencia:

---

[102] En similar sentido, **MEJÍA BETANCOURT** considera que: «Llevar el expediente administrativo al proceso es una carga procesal y una obligación jurídica de la Administración. Una carga procesal en el sentido de que, cómo lo hemos explicado, la Administración debe asumir las consecuencias procesales de su no producción en juicio; y una obligación jurídica en el sentido de la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, que conforme a la Constitución puede derivarse de la no producción del expediente administrativo en juicio». **MEJÍA BETANCOURT**, **J.A.**, «*La Carga…*» *cit.*, Pág. 393.

[103] «Concluye esta posición señalando que la oportunidad de impugnar el expediente administrativo dependerá del momento en que se reciba éste en sede judicial, y que causa indefensión el criterio de entender que el expediente administrativo puede ser remitido en cualquier tiempo, puesto que si ha pasado el lapso probatorio o se remite en segunda instancia con las limitaciones probatorias de tal etapa el recurrente no puede hacer uso de su derecho a control y contradicción». **TORREALBA SÁNCHEZ, M.A.** (2009) "*Manual... cit.*, Pág. 230.

[104] Así lo ha denunciado, con razón, **BLANCO-URIBE**: «En efecto, el real o imaginario expediente administrativo, si es que es consignado en autos del expediente judicial, rara vez lo es en forma oportuna, vale decir, dentro del plazo otorgado por el tribunal (generalmente de diez —10— días de despacho), de modo que puede el juez entrar en conocimiento del mismo antes de tener que pronunciarse liminarmente sobre la admisibilidad o no del recurso contencioso tributario, o a mas tardar durante la fase procesal de promoción de pruebas, de forma que pueda ser objeto del debate probatorio, mediando su control por la contraparte (el recurrente), en aplicación de los principios de comunidad y concentración de la prueba.// Muy por el contrario, burlando igualmente el principio de igualdad de las partes en el proceso, la representación judicial tributaria suele consignar, no el expediente administrativo que le es judicialmente pedido, sino una pretendida y nunca verificada (en su autenticidad y sinceridad) copia certificada, acompañando su escrito de informes, siendo que los informes (salvo la excepción de que hayan no obligatorias observaciones a los informes de la contraparte, o un extremadamente extraño auto para mejor proveer), constituyen la última actuación procesal de las partes en el juicio, o peor aún, pero no por ello menos frecuente, estando la causa ya en estado de sentencia, incluso meses y hasta años después de encontrarse en ese estado el juicio.// Como puede apreciarse, el fallo [sentencia del Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario, de 31 de marzo de 2004, caso *Ramón Eduardo Tello Arráiz*] establece que el expediente administrativo es un conjunto de documentos administrativos que, al no tratarse de documentos públicos, no pueden ser traídos al proceso en cualquier estado y grado de la causa, sino que deben ser promovidos y evacuados en juicio, en las condiciones de los documentos privados, siguiendo las pautas legales correspondientes, es decir dentro de los lapsos respectivos de promoción y evacuación de pruebas.// En este orden de ideas, estando el expediente administrativo en poder de la Administración Tributaria, es ella quien tiene la carga de llevarlo a los autos, pero dentro del lapso probatorio respectivo, so pena de ser desestimado por preclusión. En otras palabras, de ser consignado en autos del expediente judicial concluida la etapa probatoria, sea en la oportunidad de informes o vista la causa, el expediente administrativo, aunque en los hechos haya sido llevado dentro de los extremos de la racionalidad y la transparencia, no tendrá valor probatorio alguno,

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Serviliano Abache Carvajal ● Pág.: 398 – 460

> Por consiguiente, los expedientes o documentos administrativos, al no ser documentos público ni privados, (...), constituyen una categoría aparte respecto de la cual resultan aplicables las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil en materia probatoria, esto es, que los mismos deben anunciarse la (sic) fase de promoción y producirse en la fase evacuación.// Se insiste en el hecho de que el momento en que la Administración recurrida puede promover y consignar en juicio el expediente administrativo, según lo determinó la decisión (...), de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, debe ser en la fase de promoción de pruebas y en la evacuación, respectivamente; esto es, dentro del lapso probatorio.// Ello se justifica, además, por el principio de la contradicción de la prueba, el cual implica que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla; y la oportunidad procesal idónea para ello no es otra que la etapa probatoria. Aunado a ello, se encuentra también el principio de la concentración de la prueba, conforme al cual debe procurarse practicar las pruebas en una misma etapa del proceso, lo que implica el respeto de un necesario equilibrio procesal entre los participantes de un litigio.// Por consiguiente, y conforme a los principios expuestos, resultará ineficaz por extemporáneo un documento o expediente administrativo que no sea presentado en la etapa probatoria del proceso.// Finalmente es digno mencionar que en juicios como el presente, en el que se persigue la nulidad de un reparo fiscal, al tratarse de la revisión de actuaciones administrativas, es la Administración Tributaria la que tiene en su poder la documentación relativa al caso que se juzga. En materia contencioso tributaria se ha admitido la carga efectiva de probar a quienes tienen en sus manos los medios probatorios, aun cuando tenga efecto contra ella misma, así la regla ´actori incumbi probatio´ tiene límites en su aplicación dentro de los juicios contenciosos tributarios, ya que la ausencia

---

por haber precluido la oportunidad para su eficaz consignación» (corchetes agregados). BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, «El valor…» *cit*., p. 224-225, y 234-235.

> de la documentación administrativa la soporta quien pudo procurarla, es decir, la administración recurrida. (...)»[105] [106]

La parte final de la sentencia citada, nos introduce en los efectos negativos que experimentará la Administración Tributaria en caso de no llevar el expediente administrativo al proceso, esto es, en la concepción de su falta de remisión al tribunal como presunción *hominis* de culpa que opera en su contra. A tal respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha sostenido lo siguiente:

> En efecto, la labor revisora de esta Corte requiere en casos de la naturaleza del presente, de la constancia en autos del expediente original que elaboró la Administración, cuyo examen permita obtener los elementos de juicio necesarios para cumplir a cabalidad con la delicada función que tiene confiada, apreciando en todo su valor el procedimiento seguido en vía administrativa como también los hechos y razones jurídicas que fundamentan la decisión cuya nulidad se solicita. La inexistencia del expediente y el examen de las pruebas aportadas por el interesado establecen una presunción favorable a su pretensión y, por ende, negativa acerca de la validez de la actuación administrativa, carente de apoyo documental, que permita establecer, si fuera el caso, la legalidad de la decisión adoptada.[107]

---

[105] Lamentablemente, y al margen de la racionalidad y constitucionalidad de este criterio judicial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (véase la Sentencia N° 1257, Sala Político-Administrativa del 12 de Julio de 2007 Caso *Echo Chemical 2000, C.A.*) ha permitido a la Administración Tributaria enviar el expediente administrativo al tribunal de la causa ¡en etapa de sentencia!, haciendo caso omiso a la preclusividad del lapso y al derecho constitucional del contribuyente de controlar la prueba, entre otros, como si acaso se tratase de un documento público, carácter el cual ha sido rechazado por la misma jurisprudencia. *Cf. Ibíd*., Pág. 239.

[106] Sentencia del Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario del31 de marzo de 2004 Caso *Ramón Eduardo Tello Arráiz*, citada en **BLANCO-URIBE QUINTERO, A.** (2005) Análisis Crítico de Jurisprudencia Tributaria, En "*Revista de Derecho Tributario* N° 107." Asociación Venezolana de Derecho Tributario Caracas D.F., Venezuela. Pág. 28.

[107] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa del 27 de Octubre de 1987 Caso *Marco Antonio Aranguren vs. Consejo de la Judicatura*, consultada en "*Revista de Derecho Público* N° 32." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. (1987). Pág. 104-105.

Aunado a lo anterior, la falta de remisión del expediente administrativo al tribunal por parte de la Administración, también ha sido entendida como *falta de prueba* e *inmotivación* del acto administrativo por *violación del procedimiento legalmente establecido*, en virtud de que éste *no* se basta por sí mismo, no se motiva a plenitud de *forma aislada*, y debe forzosamente estar respaldado por el correspondiente expediente. Al respecto, la jurisprudencia ha expuesto que:

> En este orden de ideas, observa este Tribunal que el ente municipal no ha presentado ante este Juzgado el expediente administrativo contentivo de las actuaciones y trámites que respaldan la decisión que la llevó a adjudicar y ordenar ocupar a 27 beneficiarios los lotes de terreno identificados, en cuya virtud, dada la presunción favorable que a la pretensión del recurrente deriva de tal omisión, debe concluirse en que se incumplió total y absolutamente el procedimiento previsto en la ordenanza para efectuarse la susodicha adjudicación de lotes, en cuya virtud se constata la existencia del vicio denunciado por el recurrente y que configura la causal de nulidad absoluta que establece el numeral 4º) del artículo 19) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos aplicable al caso en virtud de la inexistencia de normativa local sobre esta materia.[108]

En similar sentido, y estrictamente en materia sancionadora tributaria, el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes, en sentencia de 15 de Febrero de 2006, consideró lo siguiente:

> De igual modo, es un deber de la administración aportar oportunamente al expediente judicial el expediente sustanciado en sede administrativa, del cual se deriven los detalles del

[108] Sentencia del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de la Región Capital de 26 de Junio de 1990, consultada en: *Revista de Derecho Público* N° 43. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. (1990), Pág. 103-104. En similar sentido, *Cf.*, sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa 12 de Diciembre de 1974 Caso *Shell de Venezuela Ltd*., y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, 2 de Marzo de 1980, consultadas en: **Brewer-Carías, Allan R., y Ortiz-Álvarez, Luis** (2007) **"***Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Jurisprudencia N° 4. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 949-951.

> procedimiento y el fundamento de la procedencia de las sanciones aplicadas así, ante la ausencia del expediente, prueba por antonomasia de la legalidad y validez del acto administrativo, se revierte la presunción, y se estima la falta de expediente administrativo como un indicio de ausencia total y absoluta de procedimiento y por ende la nulidad radical del acto administrativo producto del mismo, ello ajustado al criterio expresado por la Sala Político-Administrativa del máximo tribunal, que en sentencia de fecha 13/04/2005, expresó: (…).// Siendo ello así, ante la carencia del expediente administrativo es imposible determinar si efectivamente existió el incumplimiento sancionado, es decir, si las facturas no reflejan los datos del adquirente y las alícuotas aplicables, asimismo, tampoco es posible constatar el numero (sic) de facturas que fueron emitidas con tales incumplimientos a los fines de corroborar la concordancia entre la infracción y la sanción aplicada, todo lo cual es vital para ejercer el control de legalidad de los actos administrativos, en base a todo lo anterior, debe quien decide proceder a la anulación del acto impugnado en el presente recurso contencioso tributario. Y así se decide.[109]

La falta de remisión del expediente administrativo, también ha sido entendida como *aceptación administrativa de los hechos afirmados por el recurrente*, en los términos sentados por el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario:

> En consecuencia, si bien no se puede determinar la existencia o no del vicio de falso supuesto, el Tribunal observa que no hay señalamiento acerca del nacimiento o no de obligación tributaria alguna, por lo que la no remisión del expediente la interpreta el Tribunal como aceptación de los hechos afirmados por los apoderados de la recurrente, en el sentido de que su representado no estaba obligado a cumplir con los deberes formales cuyo incumplimiento se sanciona en la Resolución

[109] Sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes, 15 de Febrero de 2006 Caso *Supermercado Domino, C. A.* Consultada en: **URSO CEDEÑO, G. y DÍAZ IBARRA, V.** (2010) "*El IVA. Jurisprudencia Escogida (2004-2009).*" Caracas D.F., Venezuela. Pág. 568-569.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Serviliano Abache Carvajal ● Pág.: 398 – 460

> impugnada, y por tanto se deja sin efecto las multas que por un total de 1.443.00,00 (sic), fueron impuestas al recurrente.[110]

Finalmente, sobre el tema de la relevancia probatoria del expediente administrativo para la Administración y las consecuencias negativas que recaerán sobre ésta en caso de no remitirlo al tribunal correspondiente, BREWER-CARÍAS ha indicado que «La consecuencia ha sido que si en casos de impugnación de un acto administrativo, por ejemplo, por vicios en la causa, la Administración no remite al Tribunal el expediente administrativo, ello se considera como una falta de prueba por parte de la Administración de los presupuestos de hecho del acto debiendo decidir entonces el juez en beneficio del recurrente»[111]. Así, concluye BREWER-CARÍAS afirmando que «La ausencia del envío del expediente administrativo al juicio, por tanto, se configura como falta de prueba por parte de la Administración de los presupuestos de hecho o motivos del acto recurrido, procediendo su declaratoria de nulidad.[112]

En virtud de lo expuesto, resulta clara la indiscutible relevancia probatoria que posee el expediente administrativo en el curso del proceso tributario, así como los efectos negativos que reportará para la Administración su falta de envío oportuno al tribunal competente.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio, queda muy evidenciado el retroceso de carácter inconstitucional del proceso tributario venezolano, tras 21 años de una época turbulenta marcada por cambios de posturas institucionalizadas por la doctrina con ayuda de los Códigos Orgánicos Tributarios sancionados desde el año 1982, hasta el 17 de Octubre de 2001.

---

[110] Sentencia del Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Región Capital del 11 de Octubre de 2006. Caso *Ángel Franceschi*, consultada en: *Ibíd*., Pág. 573.

[111] **BREWER-CARÍAS, Allan R.** (1994) Consideraciones Sobre el Contencioso-Administrativo como un Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Frente a la Administración, En "*Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham*." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 363.

[112] *Ibíd.* Págs. 364-365.

Esas posturas institucionalizadas de una manera acorde con un Estado de Derecho, a través de técnicas jurídicas como la supremacía constitucional y la legalidad administrativa con ayuda de la tutela judicial efectiva y el debido proceso en la esfera jurídica-subjetiva de los contribuyentes, fue normativizada con un fin garantistico claro para el contribuyente, bajo la supremacía general del Estado venezolano.

Y aun no cambiando la posición garante en pro del contribuyente de los Códigos Orgánicos Tributarios respectivos, manteniendo la vigencia de muchas técnicas proteccionistas en las normativas todavía existentes ante los potenciales abusos de las Administraciones Tributarias existentes, si se ha sido testigo de la distorsión jurídica de las técnicas garantistas por parte del Poder Judicial, como una forma de obstaculizar el valor justicia para el contribuyente afectado por decisiones administrativas, que han sido dictadas vulnerando las garantías del orden normativo tributario, y de los derechos de los contribuyentes, y, que luego los Jueces Tributarios ratifican para envolver de una dudosa legitimidad a las actuaciones administrativas del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abache, S. (2020) Los Derechos del Contribuyente en el Procedimiento de Determinación Tributaria, En "*RAMÍREZ LANDAETA, Belén (Coord.), Jornada Académica en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías. 80 Años*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Universitas Fundación. Caracas D.F., Venezuela.

Abache, S. (2019) El Derecho a la Legalidad Tributaria del Contribuyente: Una Cuestión de Libertad y Propiedad Privada, en "*ESPINOSA BERECOCHEA, Carlos (Coord.),* "*Derechos de los Contribuyentes*." Academia Mexicana de Derecho Fiscal. Ciudad de México D.F., México.

Abache, S. (2015) ¿Hacia el Reinado de la Autotutela Administrativa? Análisis crítico del "cobro ejecutivo" del Código Orgánico Tributario de 2014, En "*Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación, 1915-2015. T. III."* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Colección Centenario. Caracas D.F., Venezuela.

Abache, S. (2013) La Determinación de la Obligación Tributaria, En "*Sol Gil, Jesús, Palacios Márquez, Leonardo, Dupouy Mendoza, Elvira, y Fermín, Juan Carlos (Coords.). Manual Venezolano de Derecho Tributario. T. I.*" Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

Abache, S. (2013) La Potestad Fiscalizadora, En "*Sol Gil, Jesús, Palacios Márquez, Leonardo, Dupouy Mendoza, Elvira, y Fermín, Juan Carlos (Coords.) Manual Venezolano de Derecho Tributario, T. I.*" Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

Abache, S. (2013) La Técnica Determinativa Tributaria. Una Cuestión Jurídica y Contablemente Opinable, En "*Revista de Derecho Público Nº 132.*" Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Abache, S. (2013) Liberalismo y Tributación. Especial Atención al Principio de Reserva Legal de los Tributos, En "*Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario Nº 69.*" Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá, Colombia.

Abache, S. (2012) "*La Atipicidad de la «Presunción» de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario.*" Editorial Jurídica Venezolana (EJV) - Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Colección Estudios Jurídicos N° 93. Caracas D.F., Venezuela.

Anzola, O. (1995) La Actualización Monetaria en Materia Tributaria, En "*Revista de Derecho Tributario Nº 67.*" Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

Barnola (h), J. (2000) Comentario Sobre la Nulidad del Parágrafo Único del Artículo 59 del Código Orgánico Tributario (Doctrina del Caso Justo Oswaldo Páez-Pumar *et al*), En "*Revista de Derecho Tributario Nº 87.*" Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

Blanco-Uribe, A. (2014) "*Régimen Jurídico de las Pruebas en el Procedimiento Administrativo Tributario.*" Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas D.F., Venezuela.

Blanco-Uribe, A. (2014) La Necesidad de un Estatuto del Contribuyente Frente al Ejercicio de la Potestad Tributaria, En "*Iturbe Alarcón, Manuel, Díaz, Valmy y Tobía, Rafael (Coords.), Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 Años del SENIAT. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario.*" Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

Blanco-Uribe, A. (2013) El Recurso Contencioso Tributario, en "*SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira, y FERMÍN, Juan Carlos (Coords.), Manual Venezolano de Derecho Tributario. T I. Asociación Venezolana de Derecho Tributario."* Caracas D.F., Venezuela.

Blanco-Uribe, A. (2009) El Valor Probatorio del Expediente Administrativo en el Proceso Tributario, En "*DUPOUY, Elvira y DE VALERA, Irene C. (Coords.) Temas de Actualidad Tributaria. Libro Homenaje a Jaime Parra Pérez. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario*." Caracas D.F., Venezuela.

Blanco-Uribe, A. (2005) Análisis Crítico de Jurisprudencia Tributaria, En "*Revista de Derecho Tributario N° 107*." Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

Blanco-Uribe, A. (2004) Hacia un Estatuto del Contribuyente Durante la Fiscalización, En "*PARRA ARANGUREN, F. (Edit.), Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia."* Caracas D.F., Venezuela.

Blanco-Uribe, A. (2004) Eliminación de los Efectos Suspensivos de los Recursos Tributarios. Una Inconstitucionalidad, En "*SOL GIL, J. (Coord.), Estudios Sobre el Código Orgánico Tributario de 2001."* Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

Blanco-Uribe, A. (2002) La Libertad Probatoria en el Proceso Tributario, En "*PARRA ARANGUREN, F. (Ed.), Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Vol. I.*" Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 7. Caracas D.F., Venezuela.

Blanco-Uribe, A. (1986) La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos, En "*Revista de Derecho Público N° 27*." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Bocanegra, R. (2006) "*Lecciones Sobre el Acto Administrativo*." Thomson-Civitas, 3ª Edición. Navarra, España.

Brewer-Carías, A. R. (2019) Sobre la No Exigibilidad de Tributos que se Encuentran en Proceso de Impugnación Administrativa o Judicial, En "*Palacios Márquez, L. y Abache Carvajal, S. (Coords.). Derecho Tributario Contemporáneo. Libro homenaje a los 50 Años de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario*." Editorial Jurídica Venezolana - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A. R.-García, C. (2017) (Comps.) "*Estudios Sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional Convocatoria en 2017*." Editorial Jurídica Venezolana - Editorial Temis. Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A. R. (2011) Sobre la Justicia Constitucional y la Justicia Contencioso-Administrativo. A 35 Años del Inicio de la Configuración de los Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos (1976-2011), En "*BREWER-CARÍAS, Allan R., y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (Dirs.) El Contencioso-Administrativo y los Procesos Constitucionales*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A. R. (2011) Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa En "*Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Textos Legislativos N° 47. Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A. R.-Hernández-Mendible, V. R. (Dirs.) (2011) "*El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales."* Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A. R.-Ortiz-Álvarez, L., (2007) "*Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*." Editorial Jurídica Venezolana, Colección Jurisprudencia N° 4. Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A. R. (1994) Consideraciones Sobre el Contencioso-Administrativo como un Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Frente a la Administración, En "*Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham*." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Cazorla, L. M. (2004) "*Derecho Financiero y Tributario (Parte General)*." Thomson Aranzadi. 5ª Edición. Navarra, España.

Chiovenda, J. (1977) "*Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II."* Instituto Editorial Reus. Madrid, España.

De Arcenegui, I. (1993) Consideraciones en Torno a la Carga de la Prueba y su Proposición y Admisión en el Proceso Contencioso-Administrativo, En, "*Protección Jurídica del Ciudadano (Procedimiento Administrativo y Garantía Jurisdiccional). Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, T. II*." Civitas. Madrid, España.

Duque, R. (1995) La Admisibilidad de las Pruebas y la Carga de la Prueba en el Proceso Contencioso Administrativo, En "*Revista de Derecho Probatorio N° 5*." Editorial Jurídica Alva. Caracas D.F., Venezuela.

Eseverri, E. (1995) "*Presunciones Legales y Derecho Tributario.*" Marcial Pons. Madrid, España.

Ferreiro, J.J. (1996) El Estatuto del Contribuyente, En "*Revista Tributaria. Tomo XXIII N° 131*." Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Montevideo, Uruguay.

Fraga, L. (2020) "*Algunos Comentarios Sobre la Reforma del Código Orgánico Tributario de 2020*," disponible en: http://fragapittaluga.com.ve/fraga/index.php/component/k2/item/9-algunos-comentarios-sobre-la-reforma-del-codigo-organico-tributario-de-2020.

Fraga, L. (2019) El Principio de la Legalidad Tributaria, En "*Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* Nº 17-19 (Homenaje a Pedro Nikken)." Universidad Monte Ávila. Caracas D.F., Venezuela. Disponible en: http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2021/01/Redav-17-19.pdf.

Fraga, L. (2012) "*Principios Constitucionales de la Tributación*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos Nº 95. Caracas D.F., Venezuela.

Fraga, L. (2004) Consideraciones Generales Sobre la Prueba en el Proceso Contencioso Tributario, En "*Contencioso Tributario Hoy. Jornadas Internacionales*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo-Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

González, J. (2001) "*Manual de Derecho Procesal Administrativo*." Editorial Civitas. 3ª Edición. Madrid, España.

Gordillo, A. (1995) La Prueba en el Derecho Procesal Administrativo, En "*Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías*," Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Grisanti, R. (2011) La Desviación de Poder como un Vicio del Acto Administrativo Difícil de Probar, En "*BREWER-CARÍAS, Allan R., y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R. (Dirs.), Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela.

Henríquez, R. (2005) "*Instituciones de Derecho Procesal*." Ediciones Liber. Caracas D.F., Venezuela.

Hernández, J.I. (2011) El Cambio de Paradigma: Las Pretensiones Procesales Administrativas, En "*BREWER-CARÍAS, Allan R., y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (Dirs.), El Contencioso-Administrativo y los Procesos Constitucionales*." Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela.

Hernández, J.I. (2006) ¿Hacia la Construcción de un Nuevo Modelo del Contencioso Administrativo? La Sentencia de la Sala Constitucional de 1 de Febrero de 2006, Caso: Bogsivica, En "*Revista de Derecho Público. N° 105*." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Hernández-Mendible, V.R. (2011) Los Derechos Constitucionales Procesales, En "BREWER-CARÍAS, Allan R., y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (Dirs.) *El Contencioso-Administrativo y los Procesos Constitucionales*." Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela.

Kiriakidis, J. (2006) Las Pruebas en el Procesal Administrativo. Consideraciones Sobre el Derecho Probatorio en los Procedimientos Administrativos y el Contencioso Administrativo de Anulación, con Especial Referencia a los Principios de la Carga de la Prueba y Libertad Probatoria, En "*Derecho Contencioso-Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata*." Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, Lara, Venezuela.

Leal, S. (1999) El Recurso Contencioso Tributario en el Código Orgánico Tributario de 1994, En "*Revista Tachirense de Derecho N° 11*." Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Táchira, Venezuela.

Linares, G. (1994) El Carácter Subjetivo del Procedimiento Contencioso-Administrativo, En "*Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham*." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Louza, L. y Abache, S. (2016) "*El Mito de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo y la Tutela Judicial en el Contencioso-Tributario. Una Discusión Sobre la Obra de Serviliano Abache Carvajal, intitulada La Atipicidad de la «presunción» de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario.*" Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 113. Caracas D.F., Venezuela.

Mejía, J.A. (2016) La Carga de la Prueba en el Contencioso-Tributario, en LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura y ABACHE CARVAJAL, Serviliano (Coords.), "*El Mito de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo y la Tutela Judicial en el Contencioso-Tributario. Una Discusión Sobre la Obra de Serviliano Abache Carvajal, intitulada La Atipicidad de la «presunción» de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario." Galardonada con el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2012-2013*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 113. Caracas D.F., Venezuela.

Mejía, J.A. (2012) La Actividad e Inactividad de la Administración Tributaria Sometida al Control Contencioso-Administrativo, En "HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (Dir.) *La Actividad e Inactividad Administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*." Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 96. Caracas D.F., Venezuela.

Micheli, G. A. (2004) "*La Carga de la Prueba*." Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Moles, A. (1981) El Sistema Contencioso Administrativo Venezolano en el Derecho Comparado, En "*Contencioso Administrativo en Venezuela*." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Muñoz, L. (1967) "*Técnica Probatoria. Estudios Sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso*." Editorial Praxis. Barcelona, España.

Navarrine, S.,-Asorey, R. (1985) "*Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario."* Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.

Parra, J. (1997) La Crisis de la Noción Clásica de la Carga de la Prueba, En "*Revista de Derecho Probatorio N° 8*." Editorial Jurídica Alva. Caracas D.F., Venezuela.

Peyrano, J. (1991) La Carga de la Prueba. Conceptos Clásicos y Actuales, En "*Revista de Derecho Privado y Comparado (Prueba-1)*." Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina.

Pielow, J.-C. (2003) Suspensión de los Efectos de los Actos Administrativos en Vía Administrativa y en la Vía Contencioso-Administrativa, En "*Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Los Efectos de la Ejecución de los Actos Administrativos*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2ª Edición. Caracas D.F., Venezuela.

Quintero, M. (2000) Algunas Consideraciones Sobre la Prueba en el Ámbito Civil con Algunas Menciones en el Área Mercantil, En "*Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal N° 2.*" Livrosca. Caracas D.F., Venezuela.

Ruan, G. (2013) Nuevo Replanteo de Viejas Cuestiones. (Discurso de Orden para las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario), En "*Revista de Derecho Tributario N° 137*." Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

Ruan, G. (2000) El Mito de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo: Límites de su Alcance. Especial Referencia a los Actos de Determinación Tributaria y a las Actas Fiscales, En "*Anais Das XX Jornadas Do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-ILADT-Ano 2000 Salvador-Bahía. Tema II: A Codificação do Direito Tributário Latino-Americano*." Associação Brasileira de Direito Financeiro ABDF. Salvador-Bahia, Brasil.

Silva, J.G. (2011) Anotaciones Sobre las Pruebas en el Proceso Administrativo, En "*Brewer-Carías, A. y Hernández-Mendible, V.R. (Dirs.), El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*." Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 92. Caracas D.F., Venezuela.

Taruffo, M. (2010) "*Simplemente la Verdad. El Juez y la Construcción de los Hechos*." Marcial Pons. Madrid, España.

Tobía, R. (2010) Las Pretensiones Procesales en el Recurso Contencioso-Tributario y el Procedimiento Administrativo Previo, En "*Revista de Derecho Tributario N° 127*." Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas D.F., Venezuela.

Torrealba, M. (2009) El Acto Administrativo como Objeto de la Pretensión Procesal Administrativa y su Tratamiento Jurisprudencial a Partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, En "*El Contencioso Administrativo a Partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas D.F., Venezuela.

Torrealba, M. (2006) "*Manual de Contencioso Administrativo. Parte General*." Editorial Texto. Caracas D.F., Venezuela.

Urosa, D. (2010) Las Pretensiones Contencioso-Administrativas, En "*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas D.F., Venezuela.

Urosa, D. (2010) La Pretensión Procesal Administrativa, En "*El Contencioso Administrativo Hoy*." Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas D.F., Venezuela.

Urso, G.-Días, V. (2010) "*El IVA. Jurisprudencia Escogida (2004-2009)*." Caracas D.F., Venezuela.

Valdez, R. (1982) El Contencioso Tributario en América Latina, En "*Separata de la Revista de Uruguaya de Derecho Procesal*." Montevideo, Uruguay.

Valdés, R. (1996) "*Instituciones de Derecho tributario*." Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.

Van der Velde, I. (2001) *In Memoriam Ilse Van der Velde Hedderich* (compilado y adaptado por Alejandro RAMÍREZ DER VELDE). Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas D.F., Venezuela.

Villegas, H. (2002) "*Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*." Editorial Astrea. 8ª edición, Buenos Aires, Argentina.

Zambrano, F. (2014) «La Carga Dinámica de la Prueba y la Búsqueda de la Verdad, En "*Ámbito Jurídico. Año XV – N° 185*." Marzo. Legislación Económica. C. A., Caracas D.F., Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

CRISIS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO TRIBUTARIO: EL OCASO DE LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES

CRISIS OF EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN THE TAX PROCESS: THE DECLINE OF THE PROCEDURAL PROTECTION OF TAXPAYERS' RIGHTS

Luis Fraga-Pittaluga[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.04

Fecha de Recepción: 05 de enero de 2022 **Fecha de Aprobación:** 20 de abril de 2022

RESUMEN

El presente paper pretende exponer con meridiana claridad la situación actual de la justicia tributaria en Venezuela desde la nula e irrita promulgación de la Constitución de 1999, el Código Orgánico Tributario de 17 de Octubre de 2001, las Reformas del 2010, 2014 y 2020, que perenemente han desarmado a la Tutela Judicial Efectiva como una garantía constitucional de los contribuyentes, siendo ésta la clave de bóveda conjuntamente con la Reserva Legal Tributaria y la Legalidad de un Estado de Derecho Constitucional Material. La respectiva metodología del presente paper responde a un estilo descriptivo-explicativo de carácter jurisprudenciada, pues la exposición argumentativa se inserta en la revisión de distintos casos tratados ante instancias judiciales de la justicia tributaria. La principal conclusión fue el desmantelamiento del Estado de Derecho para los Contribuyentes con regulaciones legislativas institucionalizantes de antiguos privilegios medievales en el sistema tributario patrio, como el anulado solve et repete por la antigua justicia constitucional puntofijista.

Palabras Clave: Justicia Tributaria, Tutela Judicial Efectiva, Privilegios Regios, Estado de Derecho.

ABSTRACT

The next paper pretends expose with completely clarity the current situation of the Venezuelan's Tax Justice since the voidable and rough promulgation of the Constitution Law (1999), The Tax Code (2001), the currents reforms of 2010, 2014 and 2020, which They have perennially unarmed the effective's court guardianship as a constitutional guarantee of the payers, being these institutions the vault's key of the Rule of Law as a whole the tax's legislative reserve and the tax legality. The methodology responds to the description and explication of the regulations together with the court decisions, because the argumentative exposition is inserted in Courts decisions of Justice System. The main conclusion was the dismantles of the Rule of Law through the legislative regulation with the institutionalization of old medieval privilege in the current tax law system, as the solve et repete by old puntofijista constitutional justice (1961).

Key Word: Tax's Justice, Effective's Court Guardianship, Regius Privileges, Rule of Law.

[1] Abogado Egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (1987). Especialista en Derecho Procesal (UCV). Especialista en Derecho Administrativo (UCAB). ExProfesor en el Post-Grado en Derecho Tributario UCAB, UCAT y Universidad Metropolitana. Profesor de la Cátedra Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Monte Ávila. Profesor Invitado del Instituto de Administración Pública (INAP-España). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Miembro del Instituto Venezolano de Derecho Procesal (IVEDEPRO) y del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público de la Editorial Jurídica Venezolana (EJV).

INTRODUCCIÓN

La presente exposición teórico-jurisprudencial venezolana pretende exponer la paulatina desmantelación del Estado Constitucional de Derecho por parte de los Tribunales Contencioso-Tributarios de la Justicia Tributaria Venezolana con ayuda de la revisión de los criterios jurisprudenciales emanados del Tribunal Supremo de Justicia. No obstante, la consulta de variadas referencias bibliográficas será forzosa para cumplir satisfactoriamente con el objetivo del Homenaje al Profesor Abdón Sánchez Noguera, quien, como Procesalista ha cumplido con una loable función pedagógica del Derecho Procesal Venezolano.

Ello ha significado revisar teóricamente varios puntos que han permitido construir al Derecho Procesal Administrativo General, que sirve de base al Derecho Procesal Tributario, que es un Derecho Procesal Administrativo *Especialísimo,* cuya función principal, es el sometimiento *pleno* de las actuaciones de la Administración Tributaria a la Constitución y al Derecho. En tal sentido, **Sainz de Bujanda** (1951) dice:

> El entronque de la Hacienda Pública *con el* Estado de Derecho no es un «tema» que pueda ser estudiado en un artículo de Revista. Es mucho más que eso. Constituye, nada menos, que el contenido riquísimo de una disciplina jurídica: el Derecho Financiero. Lo cual significa, que bajo la rúbrica de este trabajo, el lector podría reclamar fundadamente respuesta a todos y a cada uno de los temas que integran esa disciplina: razón harto suficiente para que estas líneas no hubieran llegado a redactarse. Si se publican, es porque entiendo que en un número monográfico dedicado al Estado de Derecho tiene perfecta cabida el *planteamiento* de los temas fundamentales que en nuestros días pueden integrar la teoría general del Derecho Financiero. Planteamiento que puede y debe ir precedido de un breve esquema histórico que muestre la evolución de los hechos políticos que han alumbrado este nuevo dominio jurídico. Con esa estricta finalidad, a modo de cañamazo sobre el cual puedan hacerse con el tiempo labores más pacientes y sosegadas, se redactan las líneas que siguen. Pág. 239.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

Sin lugar a dudas, será necesario, en suma, institucionalizar la Hacienda Pública de la hora presente. He ahí la tarea del nuevo Derecho Financiero. Pero al llegar a este punto me permito recordar al lector, en descargo de responsabilidad, lo que ya tuve buen cuidado de advertir en varias Conferencias: que no encontrará en él sino el *planteamiento* de los temas fundamentales que en nuestros días pueden integrar la Teoría General del Derecho Financiero. Esos temas, por las razones de diverso orden a que he aludido en Obras precedentes, se refieren principalmente: 1° A las fuentes de esta disciplina; 2° Al concepto y técnica de la Tributación; 3° A la Construcción Jurídica del Impuesto; 4° A la determinación de las bases imponibles; y sobre todo 5° A las garantías del contribuyente.

Sin duda, **Saínz de Bujanda** (1951):

> El intento es posible y necesario. Para tener éxito en el empeño es inexcusable que los juristas pongan manos a la obra. No bastará ciertamente que levanten nuevas barricadas para defender al contribuyente de los ataques del Fisco, aunque a veces esto sea necesario. Tarea más sustancial será reconstruir los institutos fundamentales de la Hacienda, procurando al hacerlo que el Estado de Derecho domine en el ámbito financiero, y que la acción administrativa en este sector, pueda alcanzar toda la agilidad, que requiere el fluir de la vida económica. Pág. 202.

DESARROLLO

1_. En General Sobre la Acción, el Proceso y la Jurisdicción.

El Derecho Procesal en general, y el Derecho Procesal Tributario no es la excepción, descansa sobre tres conceptos fundamentales que al decir de RAMIRO PODETTI,[2] constituyen la "*trilogía estructural*" del mismo. Estos tres conceptos son la acción (arranque), el proceso (camino) y la jurisdicción (destino). Absolutamente todos los procesos judiciales, sin importar la naturaleza jurídica

[2] **Podetti, R.** (1944) Trilogía Estructural de la Ciencia del Derecho Procesal, *En "Revista de Derecho Procesal Argentina."* Buenos Aires, Argentina. Pág. 113.

del derecho sustantivo que se discuta en los mismos, están conformados por estos tres elementos esenciales.

La *acción* es el derecho público subjetivo que asiste a toda persona de acudir ante los órganos de administración de justicia, para plantear una pretensión procesal y pedir una sentencia que resuelva el fondo del asunto. Como afirma COUTURE es un derecho público subjetivo que se concede *uti cives*.[3] No importa si la pretensión procesal deducida es o no procedente, como se admite sin ambages desde de la conocida polémica **WINDSCHEID-MUTHER** y las aportaciones de **WACH**, **CHIOVENDA**, **ALSINA**, **COUTURE**, **LIEBMAN**, **ALCALÁ-ZAMORA** Y **CASTILLO**, entre otros, a partir de las cuales se desvinculó el derecho sustantivo pretendido de la acción, dando lugar así al nacimiento del Derecho Procesal moderno.

El *proceso*, por su parte, es el cauce formal, consecutivamente ordenado en diferentes actos preclusivos, que se inicia una vez interpuesta la acción y en el cual las partes (*lato sensu*) defienden sus respectivas posiciones frente al juez, con el objeto de formar la convicción de éste y obtener una sentencia de fondo. Como expresa ENRICO TULIO LIEBMAN: "La actividad mediante la cual se desarrolla en concreto la función jurisdiccional se llama proceso. Dicha función no se cumple, en efecto, en un solo tiempo, sino con una serie coordinada de actos que se desarrollan en el tiempo y que tienden a la formación de un acto final. De ahí la idea de *proceder* hacia una meta, y el nombre dado al conjunto de actos cuya existencia se produce en el ejercicio de la función."[4]

La *jurisdicción*, en sentido material, no es otra cosa que la actividad de administrar justicia, de resolver en forma definitiva y mediante la aplicación del derecho objetivo, los conflictos intersubjetivos de intereses que surgen a partir de la pretensión procesal deducida y su resistencia (la *litis* según CARNELUTTI).

En definitiva, la jurisdicción es la función de administrar justicia, ejercida por unos órganos especializados integrados en uno de los poderes fundamentales que vertebran el Estado, a través de un acto cubierto por el manto impenetrable de la *res iudicata*. De ella pueden darse numerosos conceptos, e incluso predicarse su relatividad, como en su momento lo hizo el maestro

[3] **Couture, E.** (1981) **"***Fundamentos del Derecho Procesal Civil."* Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 69.
[4] **Liebman, E.T.** (1980) *"Manual de Derecho Procesal Civil."* EJEA. Buenos Aires, Argentina. Pág. 25.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

CALAMANDREI[5]. Pero, comoquiera que nuestro propósito no es enzarzarnos en semejante discusión, sino ofrecer una definición sencilla que nos permita abordar el estudio de la llamada "*jurisdicción contencioso tributaria*", se ha escogido al azar el concepto que nos ha parecido más útil a tales fines, conforme al cual puede ser definida la jurisdicción como:

> El Poder Judicial, compuesto por jueces y magistrados, a quienes, por su independencia y sumisión a la ley, la soberanía popular ha otorgado la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente ha legitimado para la solución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico.[6]

En la medida en que el Estado se fortalece y bajo la égida de los peligros y desgracias que ha generado el régimen de la autotutela o la autodefensa, en la que cada quien se hace justicia por sí mismo, sin más limitaciones que las derivadas de su poder y su fuerza, éste asume el monopolio de la justicia y prohíbe en forma expresa todo intento de que los ciudadanos resuelvan sus conflictos intersubjetivos sin su intervención.

En el curso de esta evolución, larga y accidentada, se pasa del llamado sistema contractualista, basado en un supuesto convenio nacido del acto de la *litis contestatio* entre quien demanda y quien es demandado, al sistema de la relación jurídica procesal que transcurre entre el Tribunal y las partes y en la cual se generan derechos de naturaleza procesal entre cada uno de estos sujetos.[7]

Se asume entonces que la sentencia, como manifestación de voluntad del Estado que resolverá el conflicto intersubjetivo, no se impondrá más en base a un presunto convenio entre los litigantes sino por obra del *imperium* de quien la profiere.

---

[5] **Calamandrei, P.** (1943) "*Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice.*" Padova. Italia. Pág. 24.
[6] **Gimeno Senra V.** (1981) "*Fundamentos del Derecho Procesal*." Civitas. Madrid, España. Pág. 28.
[7] **Von Bülow, F.** (1968) "*Die Lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungten.*" Giesen, Deutschland.

La acción, el proceso y la jurisdicción son instituciones interdependientes que no pueden concebirse aisladamente porque entonces pierden toda su significación. Estos conceptos existen y se justifican en tanto se encuentren ordenados o dirigidos a la consecución de un fin común que es fundamental y que asume incluso la categoría de derecho constitucional: *La tutela judicial efectiva de los derechos*.

En Venezuela la trilogía estructural del Derecho Procesal ha sido constitucionalizada. El artículo 26 de la Constitución dice que 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. La norma se refiere a que toda persona tiene derecho de acceder a los órganos de administración de justicia y esa posibilidad, jurídicamente encuadrada, no es otra cosa que el derecho de *acción*.

Pero la Constitución no se contenta sólo con garantizar el derecho de acción, sino que eleva al máximo rango posible el cauce formal a través del cual ese derecho se hace efectivo, al establecer en su artículo 257, que el *proceso* constituye un *instrumento fundamental para la realización de la justicia*. De modo pues que el proceso, y todas las formalidades que lo integran no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar un objetivo mucho más importante que es la *justicia.*

Finalmente, la Constitución dispone, nuevamente en el artículo 26, que los ciudadanos no sólo tienen derecho a la acción y al proceso, sino también a obtener una decisión de fondo, es decir, tiene derecho a la *jurisdicción*, estando el sistema de justicia integrado por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio (artículo 253 de la Constitución).

2_. La Jurisdicción Contencioso-Tributaria.

Dentro del sistema de administración de justicia, orgánicamente considerado, están los órganos encargados de dirimir las disputas entre las

administraciones tributarias y los sujetos pasivos de la imposición, en calidad de contribuyentes o de responsables.

Parte de estos órganos son los tribunales que integran la jurisdicción contencioso-tributaria, que puede ser definida como el conjunto de jueces y magistrados, independientes y sujetos a la ley, a quienes se ha otorgado la potestad de solucionar en forma definitiva e irrevocable los conflictos intersubjetivos surgidos con ocasión de los actos, hechos u omisiones de la Administración Tributaria (*lato sensu*) que en cualquier forma afecten los derechos e intereses de las personas (naturales o jurídicas).

Adicionalmente, también dentro del sistema de administración de justicia tributaria, nuestro ordenamiento jurídico contempla a los *árbitros*, pues como es sabido, el Código Orgánico Tributario venezolano permite en su artículo 320 que la Administración Tributaria y los contribuyentes o responsables, de mutuo acuerdo, sometan a arbitraje independiente las disputas actuales surgidas en materias susceptibles de transacción.[8]

Afirma el profesor BADELL MADRID, que: "El proceso contencioso tributario es, definitivamente, una sub-especie del proceso contencioso administrativo, de allí que se encuentre enmarcado en el ámbito especial de su competencia gozando de todas las características de aquél."

En efecto, este proceso consagrado en los artículos 259 y siguientes del COT y que tuvo como antecedente más cercano la figura del contencioso fiscal, es por su naturaleza un proceso contencioso administrativo, que da solución a una controversia planteada a nivel jurisdiccional (…) Se concluye entonces que el contencioso tributario forma parte del contencioso especial, de allí que goce de las características especiales que la doctrina ha reconocido al contencioso administrativo general…" y a este respecto señala el autor que es: (i) de rango constitucional, (ii) controlador; (iii) inquisitivo; (iv) procedimental; (v) especializado y (vi) subjetivo.[9]

---

[8] Cfr. **Fraga-Pittaluga, L. (2020)** *"Arbitraje Tributario Interno e Internacional."* Editorial Jurídica Venezolana (EJV). Colección Biblioteca Allan Randolph Brewer-Carías N° 2. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

[9] **Badell, R.** (2005) Procedimientos Judiciales Previstos en el Código Orgánico Tributario. Especial referencia al Recurso Contencioso Tributario. En *"Revista de Derecho. Tribunal Supremo de Justicia. N° 19."* Caracas D.F., Venezuela. Págs. 241-243.

Como parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, según lo dispone el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,[10] la contencioso-tributaria tiene rango constitucional, según el artículo 259 de la Constitución.[11]

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, cuyo famoso artículo 206, era bastante similar al 259 de la Constitución vigente, el profesor RUÁN SANTOS había efectuado algunos asertos que no han perdido actualidad:

> El contencioso tributario tiene como marco general en nuestro país la disposición contenida en el artículo 206 de la Constitución, la cual sienta las bases y establece el concepto y alcance de la jurisdicción contencioso administrativa (...) Dentro de esta idea de sistema se enmarca el contencioso tributario a manera de subsistema, de tal forma que se puede hablar de una relación de género a especie entre el contencioso administrativo y el contencioso de los tributos (...) Para adelantarnos a las voces que proclaman celosamente la llamada "autonomía del derecho tributario," con detrimento de su integración en un sistema contencioso administrativo, podemos señalar que la especificidad de la rama tributaria se contrae esencialmente a los aspectos sustantivos de ella, es decir, a la concepción y regulación de la "obligación tributaria," que engloba aspectos tales como el principio de la realidad económica, el carácter patrimonial del vínculo obligacional, la configuración de los sujetos pasivos de la obligación, el hecho generador, la base imponible (...) Empero, por lo que se refiere a la determinación y recaudación de los tributos, esta rama jurídica se alimenta de

[10] Artículo 12: "La jurisdicción especial tributaria forma parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su régimen especial es el previsto en el Código Orgánico Tributario." G.O No. 39.451 del 22 de Junio de 2010.

[11] Artículo 259. "La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa."

> los conceptos del derecho administrativo, porque se trata, precisamente, del ejercicio de potestades administrativas.[12]

La autonomía del Derecho Tributario, que sin duda alguna no puede ser hoy en día desconocida, se circunscribe al derecho sustantivo y no permite separar el contencioso tributario del contencioso administrativo, ni tampoco escindir estos procesos especiales del tronco matriz que es el Derecho Procesal, que es de donde proceden los conceptos esenciales del Derecho Procesal Administrativo y del Derecho Procesal Tributario.

Lo anterior es coincidente con la opinión del profesor HUMBERTO ROMERO-MUCI, quien ha señalado al respecto que: "Esta especialidad jurisdiccional responde al criterio de autonomía del derecho tributario, en el que el contencioso tributario tiene por objeto el control de la actividad y la inactividad de la Administración Tributaria relacionada con la fiscalización, determinación y recaudación de tributos, así como la imposición de sanciones. Incluye además el control de toda la actividad de naturaleza formal asociada al cumplimiento de los tributos. Comprende fundamentalmente los: (i) procesos de impugnación sobre la legalidad de los actos de gestión tributaria, así como también los (ii) medios procesales de ejecución de los actos que liquiden tales obligaciones pecuniarias." [13]

La jurisdicción contencioso tributaria no es simplemente una instancia de control de la actividad de las distintas Administraciones Tributarias; tampoco es su rol garantizar la recaudación tributaria o proteger los intereses de los entes exactores; su verdadero y fundamental propósito es *administrar justicia de manera imparcial* mediante la aplicación del derecho objetivo a los casos concretos, para la resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses entre las Administraciones Tributarias y las personas (naturales y jurídicas). En ejercicio de esa trascendental función, la jurisdicción contencioso-tributaria está obligada a garantizar el ejercicio del derecho a la *tutela judicial efectiva.*

---

[12] **Ruan Santos, G**. (1985) El Contencioso Tributario, En "*Revista de Derechos Público N° 21.*" Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 15.

[13] **Romero-Muci, H.** (2013) Evolución (*o involución*) Jurisprudencial en el Contencioso Tributario, En "*Revista de Derecho Tributario N° 139 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (*AVDT)." Caracas D.F., Venezuela. Pág. 53.

3_. La Tutela Judicial Efectiva y las Condiciones para su Verdadero Disfrute.

El derecho a la tutela judicial efectiva es la posibilidad jurídicamente encuadrada de plantear ante los órganos de administración de justicia pretensiones procesales; que a esas pretensiones se dé el trámite previsto en la ley; que exista la posibilidad de obtener la tutela anticipada del derecho que se pretende, de probar su existencia por los medios legales, legítimos, pertinentes y conducentes; que se emita un pronunciamiento definitivo en Derecho que resuelva todas las cuestiones sometidas por las partes al juzgador, y que la decisión dictada pueda ejecutarse prontamente en los términos del fallo respectivo.

Como ya se ha avanzado, la llave de la tutela judicial efectiva es el derecho de acción, el cual puede ejercitarse incluso cuando se carece del derecho sustantivo que se pretende y al hacerlo se iniciará el proceso y se pondrá en funcionamiento la jurisdicción; pero aún en ese supuesto, la tutela de los derechos es el fin último, bien del que acciona o bien de aquél contra quien se acciona y debe defenderse.

La tutela judicial del derecho es siempre el objetivo perseguido incluso cuando se desiste de la pretensión procesal o cuando perime la instancia, porque aún en esos eventos, donde no hay resolución sobre el fondo del conflicto intersubjetivo de intereses, es necesario que la jurisdicción intervenga para declarar lo conducente según el caso. Una vez interpuesta la acción se activa el derecho a la tutela judicial, bien para mantener las cosas en el estado previo al proceso o bien para modificarlas a través de la sentencia de fondo.

Así entonces, el Derecho Procesal, cualquiera que sea la rama sustantiva específica en la que éste despliegue sus instituciones y sus principios (civil, mercantil, administrativo, laboral, tributario), no es un fin en sí mismo, sino un instrumento orientado a la consecución de la tutela de los derechos. Así lo reafirma en nuestro país el artículo 26 constitucional, al colocar como finalidad última de la acción, el proceso y la jurisdicción, *la tutela efectiva de los derechos*.

La terminología utilizada por el constituyente, que en este caso no es original sino copiada de la Constitución Española de 1978[14], incluye el uso de un

[14] Artículo 24.1: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

adjetivo de superlativa significación, pues a partir de él, y como se verá seguidamente, es posible afirmar que nuestra Carta Fundamental garantiza una tutela judicial *real y verdadera*, esto es, *efectiva.* Lastimosamente, lo que ha ocurrido en la práctica desde que entró en vigencia la Constitución de 1.999, ha sido muy distinto.

El artículo 26 de la Constitución de 1.999, supuso un cambio copernicano para el Derecho Procesal venezolano pues, como se ha dicho, se dio rango constitucional al derecho de acceder a los órganos de administración de justicia para obtener la protección judicial de los derechos, pero no de cualquier forma, sino de manera *efectiva*, es decir, *real* y *verdadera*.

Con esta finalidad en perspectiva, la norma constitucional definió con precisión el camino a seguir, estableciendo que la justicia sería gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles. Así, a partir del Texto Fundamental de 1.999, quedó establecido que el derecho constitucional a la tutela efectiva de los derechos no solamente podía ser alcanzado concediendo el derecho de acción y garantizando el derecho la defensa; ni era completamente satisfecho con la simple iniciación del proceso; y ni siquiera se complacía con la obtención de una respuesta tardía y por lo general inejecutable por parte del ente encargado de ejercer la potestad pública de administrar justicia.

Por el contrario, es ahora evidente que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sólo se alcanza dando cumplida satisfacción a una serie de condiciones, sin cuya presencia este derecho resulta vaciado de contenido. Estas condiciones se pueden enumerar como sigue:

a) ***Derecho de Acción al Alcance de Todos los Justiciables, sin Limitaciones Económicas.*** El derecho de acción debe ser accesible a todos por igual, concediéndose sin limitaciones ni cargas económicas de ninguna especie, ni ritualismos o formalismos innecesarios, que impiden a los ciudadanos disfrutar de la protección de los órganos de administración de justicia o los obligan a desistir de este propósito en vista de las gravosas consecuencias patrimoniales que ello puede comportar.

b) ***Un Proceso Garantista y Equilibrado.*** El proceso debe estar rodeado de todas las garantías para las partes que en él intervienen, permitiendo a ambas las mismas posibilidades de ataque y defensa, de acción y excepción, de prueba y contraprueba, sin odiosos y anquilosados privilegios y prerrogativas procesales que aplastan el principio de *igualdad de armas*, el equilibrio procesal y la imparcialidad.

c) ***Un Proceso Célere.*** El proceso debe ser es breve, expedito, sin trámites ni dilaciones indebidas, y sin formalismos o reposiciones inútiles, donde la sustancia y no la forma, la verdad verdadera y no la verdad procesal, son privilegiadas.

d) ***Libertad Probatoria****.* La prueba es el corolario indispensable del derecho a la defensa, que convierte las alegaciones en hechos demostrados que integrarán la motivación del fallo y determinarán la conclusión del mismo. La tutela judicial efectiva garantiza que todas las pruebas legales, legítimas, pertinentes y conducentes, sean admitidas y desahogadas para que el proceso pueda alcanzar su cometido de ser instrumento para la realización de la justicia.

e) ***Jueces Imparciales e Independientes.*** La jurisdicción debe estar a cargo de órganos imparciales, idóneos, autónomos, independientes y responsables, que no se allanan ni son manipulados por el poder económico de una de las partes, por otras ramas del Poder Público, por las veleidades del partido político o la ideología gobernante o por cualquier interés espurio ajeno a la recta aplicación del derecho objetivo al caso concreto.

f) ***Un Proceso Ordenado Hacia la Realización de la Justicia.*** El proceso no debe convertirse en un obstáculo para el ejercicio de los derechos, sino en un medio al alcance de todos para su protección efectiva.

g) ***Una Sentencia Oportuna pero Bien Fundamentada.*** La decisión jurisdiccional debe producirse con prontitud, pero sin sacrificio del adecuado conocimiento de todos los hechos alegados y de las pruebas deducidas.

h) ***Tutela Anticipada y Urgente de los Derechos.*** Debe garantizarse al justiciable la protección anticipada y urgente del derecho que posee o del que reclama, para

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

que el normal desarrollo del proceso y el tiempo que ello requiere, no se convierte en un daño para quien tiene la razón.

i) ***Ejecución del Fallo Sin Obstáculos.*** La sentencia dictada, una vez que adquiere definitiva firmeza y despliega los efectos de la cosa juzgada, debe ser prontamente ejecutada por quienes están llamados a cumplirla o hacerla cumplir, satisfaciendo con ello los valores supremos de la seguridad jurídica y la paz social.

De lo dicho se sigue que el derecho a la tutela judicial efectiva no es una prestación que pueda alcanzarse de una sola vez ni en un solo acto. Ella requiere la satisfacción de múltiples condiciones y más que una prestación única e individualizada, debe entenderse como una *situación* o *estatus jurídico* del que disfrutan todos aquellos que acuden a los órganos encargados de administrar justicia; un estatus que obliga a quienes administran justicia a tener en cuenta, en la totalidad de sus actuaciones, la tutela judicial efectiva de los derechos.

En definitiva, es posible afirmar que no hay Estado de Derecho y Justicia, ni sistema democrático, ni plena vigencia de los derechos, garantías y libertades públicas previstas en la Constitución, si no existen órganos *autónomos*, *independientes*, *imparciales* y altamente *calificados* capaces de garantizar la *tutela judicial efectiva* de los derechos.

Desafortunadamente, la realidad de la justicia tributaria a partir de la Constitución de 1.999, fue en sentido totalmente opuesto al desiderátum del constituyente, y no sólo no ha satisfecho ninguna de las condiciones para que la tutela judicial de los derechos sea real y verdaderamente efectiva, sino que se ha convertido en un cauce formal al que ya casi nadie acude por su probada ineficacia, cuyos resultados no son sólo inciertos, sino también siempre tardíos.

4_. Inexistencia de la Tutela Judicial Efectiva en la Justicia Tributaria

La justicia tributaria se encuentra aquejada de todos los males que se pueden atribuir a un sistema de administración de justicia que no atiende las legítimas expectativas de los justiciables. Se explica en seguida las razones de esta lamentable situación.

4.1_. Las Limitaciones Económicas al Ejercicio del Derecho de Acción.

En la justicia tributaria venezolana el derecho de acción no es accesible a todos por igual. Las sucesivas reformas del Código Orgánico Tributario y las erradas interpretaciones de la jurisprudencia del más alto tribunal del país, han ido creando un sistema de obstáculos, desincentivos e incluso riesgos para quien acude a la jurisdicción contencioso-tributaria en busca de la tutela judicial de sus derechos.

a) El Caso de los Actos Administrativos de Contenido Tributario que Imponen Sanciones Pecuniarias.

En la reforma del Código Orgánico Tributario de 2020[15], se modificó completamente el sistema de actualización o ajuste de las sanciones tributarias de carácter pecuniario (*i.e.* multas), sustituyendo el uso de la Unidad Tributaria, por la utilización del tipo de cambio *oficial*[16] de la llamada "moneda de mayor valor" (MMV), publicada por el Banco Central de Venezuela, debiendo utilizarse para el cálculo respectivo el tipo de cambio de la MMV vigente para el momento del pago.

Es decir, la totalidad de las multas establecidas antes en UT, lo serán ahora en MMV. En el caso de las multas establecidas en términos porcentuales, éstas deberán convertirse en su equivalente en la MMV, que corresponda con la fecha de comisión del ilícito, para luego ser pagada al valor de la misma para la fecha del pago.

La posibilidad de que las sanciones tributarias de carácter pecuniario, puedan ser ajustadas mediante el uso de cualquier índice, ya ha sido cuestionada

[15] Decreto Constituyente mediante el cual se reforma el Código Orgánico Tributario dictado mediante Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, publicado en la G.O. No. 6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014. Véase Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario del 29 de Enero de 2020.

[16] La referencia a un "tipo de cambio oficial" es un anacronismo. En Venezuela, ya no existe un tipo de cambio oficial, sino un tipo de cambio de referencia, que fluctúa libremente de acuerdo con la oferta y la demanda. Este tipo de cambio de referencia no es fijado, sino publicado por el Banco Central de Venezuela, y como indica el artículo 9 del Convenio Cambiario No. 1 (Gaceta Oficial Nº 6.405 Extraordinario del 7 de Septiembre de 2018), resulta del promedio ponderado de las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

por la mejor doctrina y no se abundará aquí sobre eso.[17] Pero la modificación contenida en el Código Orgánico Tributario de 2020, con respecto a este punto, supera con creces cualquier dislate cometido en el pasado.

Lo primero que debe decirse es que el Estado reconoce a través de esta reforma, el estrepitoso fracaso de su política monetaria. Todos sus intentos por estabilizar la moneda de curso legal han sido inútiles, y lejos de resolver nada, han agravado la situación en términos catastróficos. Sabido es que el signo monetario de cualquier país tiene un valor de cambio *fiduciario*, es decir, basado en la *confianza* del mercado en la moneda respectiva. *El valor de cambio de la moneda es directamente proporcional a la confianza que las personas tengan en la misma*. Cuando una moneda pierde a tal punto su valor que deja de ser utilizada, quiere decir que no existe confianza alguna en el sistema monetario del país de que se trate. Ahora bien, lo que resulta verdaderamente insólito es que sea el propio Estado -que en sentido amplio es el responsable de la política monetaria- quien promueva la desconfianza en la moneda de curso legal, sustituyendo su uso por monedas extranjeras, pero sin tener la honestidad y transparencia de cambiar de manera definitiva la moneda de curso legal, la cual no cumple ya su función natural. Pero más allá de esta lamentable confesión, el uso de la MMV como índice de ajuste del importe de las sanciones pecuniarias en materia tributaria, es radical y absolutamente inconstitucional.

En primer lugar, esta modificación del sistema de cálculo de las sanciones tributarias pecuniarias viola el principio de legalidad en materia penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*), en virtud del cual no hay delito ni pena sin ley "previa" que así lo establezca, conforme lo establece con meridiana claridad el artículo 49.6 de la Constitución. Bajo la vigencia del Código reformado, las sanciones pecuniarias eran calculadas según la unidad tributaria vigente para la fecha del pago y este índice se modificaba durante los primeros quince (15) días

[17] **Octavio, J.A.** (2007) El Ajuste por Inflación de las Sanciones Pecuniarias en el Código Orgánico Tributario de 2001. En "*Revista de Derecho Tributario N° 115 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT)*." Caracas D.F., Venezuela. Pág. 59. **Weffe, C.** (2016) Inflación y Derecho Penal Tributario. Las Sanciones Tributarias como Obligaciones de Valor. En "*Revista de Derecho Tributario N° 150 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT)*." Caracas, Venezuela. Págs. 59 y ss. / **Iturbe, M.** (2019) Algunos Aspectos Relevantes Sobre la Actualización de las Multas Conforme al Código Orgánico Tributario, En "*Patologías del Sistema Tributario Venezolano. XVIII Jornadas de Derecho Tributario 2019 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT)*." Caracas D.F., Venezuela. Págs. 639 y ss.

del mes de febrero, mediante un acto administrativo de carácter y efectos generales, dictado por la Administración Tributaria Nacional, previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, sobre la base de la variación producida en el Índice Nacional de Precios al Consumidor fijado por el Banco Central de Venezuela. Al menos esa era la regulación vigente, aunque la Administración Tributaria no cumplía el procedimiento respectivo.

En teoría, los infractores de las leyes tributarias tenían la posibilidad de conocer le sanción que les sería aplicable por el o los ilícitos cometidos. Esa garantía de certeza que emana del principio de la ley previa es *imposible* ahora. La pena será siempre *desconocida* hasta el día del pago, porque la MMV varía diariamente según las tasas de referencia publicadas por el Banco Central de Venezuela, conforme a las previsiones del artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1 del 7 de Septiembre de 2018.[18]

La referida norma dispone que el tipo de cambio que ha de regir para la compra y venta de monedas extranjeras fluctúa libremente de acuerdo con la oferta y la demanda de las personas naturales y jurídicas a través del Sistema de Mercado Cambiario, y que el BCV publicará en su página web el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en dicho Sistema.

De este modo, el importe de la sanción es indeterminado e indeterminable cuando se comete el ilícito tributario, porque dicho importe no lo tipifica previamente la ley y es imposible calcularlo anticipadamente, sino que viene establecido por el impredecible, incontrolable y azaroso juego de la oferta y la demanda en el Sistema de Mercado Cambiario. Hay pues un clarísimo fraude tanto al principio de legalidad en su vertiente de *lex certa* y previa, como al principio de tipicidad, que exige describir con absoluta claridad tanto el delito como la pena aplicable.

Si lo anterior no es ya suficiente, otro principio cardinal del Derecho Sancionador es ultrajado por este nuevo régimen sancionatorio, esto es, el de la proporcionalidad de la sanción o la prohibición de exceso. Se ha dicho que: "La prohibición de exceso (*principio de proporcionalidad*) se presenta como principio básico, respecto de toda intervención estatal gravosa, directamente a partir del

[18] Gaceta Oficial N° 6.405 del 7 de Septiembre de 2018.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

principio del Estado de derecho y tiene, por ello, rango constitucional[19] (…) Toda intervención estatal gravosa de la esfera jurídica de un individuo está así sometida al mandato de la proporcionalidad del medio empleado (…) De este modo, la prohibición de exceso representa una relación de medio a fin adecuada al principio del Estado de derecho, válida para toda actuación estatal, es decir, también para la aplicación de penas y medidas."[20]

Por su parte, WEFFE afirma, al comentar el principio de mínima intervención y del Derecho Penal como última *ratio* en su relación con el principio de proporcionalidad, que:

> …siempre que sea posible restablecer la vigencia del orden jurídico y la paz social quebrantada por el hecho ilícito con base en una medida distinta de la pena, así debe hacerse, y si –a pesar de todo- debe emplearse la pena, debe hacérselo en la medida *mínima indispensable* para lograr los objetivos aflictivos, preventivos y resocializadores…[21]

El nuevo régimen de cálculo de las sanciones quebranta la prohibición de exceso pues no hay forma alguna de establecer la equivalencia entre la infracción cometida y el castigo previsto por el ordenamiento jurídico, desde que, como se ha dicho, la pena es desconocida y previamente indeterminable. Se suprime de un plumazo la necesaria relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el castigo, pues éste no depende ya de la ley, sino de agentes totalmente externos a ésta, que además no atienden a ningún criterio objetivo de medición sino, ni más ni menos, al azar.

Pero además, la amenaza latente que subyace en un indexación indefinida que puede incrementar el monto de las multas en forma exponencial, *desestimula*

---

[19] En nuestro país, este principio también tiene rango constitucional: "Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político."

[20] **Mauach, R – Zipf, H.** (1994) "*Derecho Penal. Parte General I."* Astrea. Buenos Aires, Argentina. Pág. 110.

[21] **Weffe, C.** (2016) Inflación y Derecho Penal Tributario. Las Sanciones Tributarias como Obligaciones «de Valor, En "*Revista de Derecho Tributario de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT)."* Caracas D.F., Venezuela. Pág. 86.

el ejercicio del derecho a la defensa, pues esta circunstancia en yunta con la desesperante lentitud del proceso tributario, crea un escenario de grave incertidumbre que fuerza al justiciable a hacer un cálculo costo-beneficio, que en la mayoría de los casos termina por obligarlo a renunciar a su derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Los Intereses Moratorios Rayanos en la Usura.

El ordenamiento jurídico tributario reacciona frente al sujeto pasivo que cumple tardíamente la obligación tributaria. Dicha reacción se proyecta en dos sentidos: Uno *punitivo* y otro *indemnizatorio*. En este último caso la respuesta del legislador es la obligación accesoria que pesa sobre el sujeto pasivo de pagar, en adición al importe del tributo y de las sanciones pecuniarias a que haya lugar, *intereses de mora.*

El artículo 66 del Código Orgánico Tributario dispone que la falta de pago de la obligación tributaria dentro del plazo establecido hace surgir, de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento previo de la Administración Tributaria, la obligación de pagar intereses moratorios desde el vencimiento del plazo establecido para la autoliquidación y pago del tributo hasta la extinción total de la deuda, equivalentes a *1.2 veces de la tasa activa bancaria aplicable*, respectivamente, por cada uno de los períodos en que dichas tasas estuvieron vigentes.

Como se observa, la *usura* se ha institucionalizado como mecanismo de compensación por el "retardo" culposo en el cumplimiento de la obligación tributaria, pues el interés moratorio tributario supera en un veinte por ciento (20%) la tasa activa *máxima* bancaria, y además, estos intereses se causan desde que venció el plazo para el cumplimiento voluntario de la obligación, con independencia de los recursos administrativos y judiciales que se hayan intentado.[22] Es verdad que este es el mismo interés que se aplica en el caso de los tributos sujetos a reintegro o devolución, pero la práctica enseña que el desequilibrio persiste y es aún más grave, porque la Administración Tributaria no suele reintegrar o devolver tributos, y menos aún reconocer intereses de mora.

[22] *Cf.* S. TSJ/SPA, No. 00587 de fecha 11 de Mayo de 2011. Caso: *Citibank N.A. Sucursal Venezuela.*

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

Una tasa de interés de esta magnitud se convierte en un importante desestimulo para quien pretenda sostener un juicio tributario, sabiendo de antemano que ese juicio puede prolongarse por muchos años. Si bien es muy probable que el fenómeno inflacionario pulverice la deuda tributaria y los intereses de mora no puedan compensar esa erosión, lo importante es que *nominalmente*, la tasa de interés es desproporcionada y ha sido concebida así para desestimular cualquier intento de las personas de acudir a los órganos de administración de justicia.

c) La Reimplantación Clandestina del Oprobioso "*solve et repete*."

Las reformas del Código Orgánico Tributario ocurridas en 2001, 2014 y 2020 han terminado por reintroducir, de manera encubierta, el inconstitucional principio *solve et repete* que había desaparecido del sistema tributario con la promulgación del primer Código Orgánico Tributario en 1982, y que fue declarado inconstitucional por la extinta Corte Suprema de Justicia.[23]

Es cierto que en Venezuela no es necesario pagar primero las obligaciones tributarias determinadas y las multas impuestas, para luego poder recurrir en vía administrativa o accionar en vía judicial contra el acto administrativo respectivo. No obstante, una combinación siniestra de varias regulaciones conduce en la práctica a ese mismo resultado.

En primer término, el acto de determinación tributaria e imposición de multas puede ser ejecutado en cualquier momento desde que vence el plazo para el cumplimiento voluntario, por la propia Administración Tributaria a través de un procedimiento administrativo y sin necesidad de intervención judicial algunas. Además, la Administración Tributaria produce su propio título ejecutivo, decreta el embargo de bienes, se convierte en depositaria de los mismos y ordena su remate, si fuere el caso.

La ejecución sólo se detiene si se suspenden los efectos del acto administrativo correspondiente y es aquí donde viene el segundo problema, pues, por una parte, a partir de la reforma del Código Orgánico Tributario de 2014, y así permanece en la reforma de 2020, la interposición del recurso

[23] *Cf.* S. CSJ/SPA del 14 de Octubre de 1990. Caso: *Scholl Venezolana, C.A.*, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Luis Henrique Farías Mata.

jerárquico no suspende la ejecución del acto, y hasta donde nuestro conocimiento alcanza las solicitudes de suspensión de efectos en vía administrativa jamás son acordadas.

Por otra parte, y en cuanto a la vía judicial, gracias a una combinación de desafortunados criterios de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que arrancan con la decisión N° 607 del 3 de Junio de 2004 Caso: *Deportes El Márquez, C.A.*, la tutela cautelar judicial prácticamente ha desaparecido en la justicia tributaria. Como consecuencia de ello, el sujeto pasivo puede verse obligado a pagar en cualquier momento la obligación determinada y la sanción impuesta, aun cuando el acto respectivo sea absolutamente nulo.

4.2_. El Desequilibrio de las Partes en el Proceso Tributario.

El proceso tributario no es una contienda equilibrada en la cual ambas partes tienen las mismas posibilidades de ataque y defensa, pues no rige el principio de *igualdad de armas*[24] que postula el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, *ius commune* en materia procesal. La realidad es que la Administración Tributaria tiene una posición privilegiada que principia con la forma en que se hace parte en el proceso y el engorroso y lento mecanismo de notificación al Procurador General de la República, a quien debe comunicarse formalmente cualquier acto que pueda afectar los intereses patrimoniales de la República, mientras que el accionante se entiende a derecho desde el momento en que interpone la acción (artículo 291 del Código Orgánico Tributario).

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, regula los privilegios y prerrogativas procesales de la República[25], que es la personificación jurídica de la Administración Tributaria Nacional:

---

[24] El principio de "Igualdad de armas" (*die Waffengleicheit*) implica que ambas partes procesales, actor y demandado, deben tener los mismos medios de ataque y defensa o, lo que es igual, que tengan las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. **Gimeno, V.,** *et all* (1996) "*Derecho Procesal Administrativo.*" Tirant lo Blanch. Madrid, España. pp. 61-62.

[25] Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario de Fecha 30 de Diciembre de 2015. Decreto con Rango, Fuerza y Efecto de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. El artículo 77 de esta Ley dice que: "Los privilegios y prerrogativas procesales de la República son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República."

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

a) El Procurador General puede realizar actuaciones procesales sin acudir a la sede del tribunal de la causa, enviando un simple oficio (artículo 79), mientras que el accionante sólo puede actuar mediante *diligencia* o *escrito* presentado en la sede del tribunal a través de la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD).

b) El artículo 84 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece que toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República debe ser consultada al Tribunal Superior competente. La consulta obligatoria debería tener unos límites cuantitativos, para no recargar a los jueces superiores con asuntos que normalmente no serían apelables por razón de su cuantía.

En las decisiones N° 566, 812 y 911 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fechas del 2 de Marzo de 2006, 9 de Julio y 6 de Agosto de 2008 casos: *Agencias Generales Conaven, S.A.*, *Banesco Banco Universal, C.A.* e *Importadora Mundo del 2000, C.A.*, respectivamente, así como en los fallos N° 2.157 del 16 de Noviembre de 2007 en el Caso: *Nestlé de Venezuela, C.A.* y N° 1658 del 10 de diciembre de 2014, caso: *Plusmetal Construcciones de Acero, C.A.*, ratificado en las decisiones N° 114 del 19 de Febrero de 2015 Caso: *Sucesión de Carlota Figueredo de Mancera* y 119 del 21 de Marzo de 2019 Caso: *Acoma Ingeniería, C.A.*, se ha señalado que el conocimiento en consulta de las sentencias que desfavorezcan a la República no será condicionado a una cuantía mínima, sino sólo será necesario: i) que se trate de sentencias definitivas o interlocutorias que causen gravamen irreparable, es decir, revisables por la vía ordinaria del recurso de apelación; y ii) que las mencionadas decisiones judiciales resulten contrarias a las pretensiones de la República, de las empresas donde el Estado venezolano posea participación, de los estados o de los municipios. Asimismo, se ha establecido que en la consulta obligatoria deberá verificarse si el fallo de instancia se aparta del orden público; si violenta normas de rango constitucional o interpretaciones y criterios vinculantes sentados por la Sala Constitucional; si quebranta formas sustanciales en el proceso o de las demás prerrogativas procesales; o si pondera incorrectamente el interés general, conforme a la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.071 del 10 de Agosto de 2015 Caso: *María del Rosario Hernández Torrealba*.

En forma un tanto contradictoria, y en cuanto al alcance la consulta, la jurisprudencia ha dicho que: "…el conocimiento en consulta de los fallos que desfavorezcan a la República no puede generar una cognición en segunda instancia más extensa que la producida por el ejercicio de los medios de impugnación previstos en las leyes aplicables y que, por causas inherentes a los titulares de esta prerrogativa, no han sido interpuestos en las oportunidades procesales correspondientes o, como en el presente asunto, aun habiéndolos intentado no se formuló objeción alguna acerca de ciertos puntos desfavorables del veredicto."[26]

No se entiende el sentido de la decisión porque si la consulta obligatoria opera con respecto a todos los fallos *desfavorables* a los intereses de la República, es lógico que todos los aspectos *desfavorables* de la decisión consultada fuesen objeto de revisión, porque en este caso no es la *apelación* la que delimita el conocimiento del juez superior (*tantum devolutum quantum apellatum*), sino el hecho de que el fallo es *contrario a los intereses del ente que detenta la prerrogativa procesal*. Precisamente aquí anida la iniquidad de las consultas obligatorias indiscriminadas, que proceden contra cualquier decisión sin limitación alguna.

Se queja con razón el profesor ROMERO-MUCI de este injustificado privilegio, señalando que: "Nuevamente, se observa la decidida ampliación de un privilegio procesal a favor del Fisco para reforzar desigualmente una superioridad procesal injustificada como litigante frente a los particulares contrapartes."[27] Como ya se ha explicado, el proceso contencioso tributario no respeta el principio de igualdad de armas; es, por el contrario, un proceso *desequilibrado* e *inequitativo* donde las condiciones para litigar favorecen de manera abierta y ostensible a las administraciones tributarias nacionales, estadales y municipales, fiscales o parafiscales.

c) Ningún plazo para intentar recursos ordinarios, extraordinarios o especiales corre hasta tanto el Procurador haya sido debidamente notificado con las

[26] *Cf.* **Sentencia N° 142** de Fecha del 7 de Marzo de 2017 SPA/TSJ. Caso: *Servicios Funerarios Memoriales y Exequiales El Cercado C.A.*

[27] **Romero-Muci, H.** (2013) Evolución (*o involución*) jurisprudencial en el contencioso tributario, En "*Revista de Derecho Tributario.* N° 139." Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Caracas D.F., Venezuela. Pág. 66.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

formalidades previstas en la ley (artículo 85), pero tales beneficios no existen para el accionante.

d) En los juicios en que sea parte o intervenga la República, el número de sus representantes constituidos por ante un mismo Tribunal no está sujeto a limitación alguna (artículo 91), lo que no es igual en el caso del accionante.

e) Las citaciones al Procurador deben ser practicadas por oficio, acompañado del libelo y de los recaudos producidos por el actor. El oficio debe ser entregado personalmente al Procurador o Procuradora General de la República, o a quien esté facultado por delegación (artículo 93). Consignado por el Alguacil el acuse de recibo de la citación en el expediente respectivo, comienza a transcurrir un lapso de quince (15) días hábiles, a cuya terminación se considera consumada la citación del Procurador o Procuradora General de la República (artículo 94).

f) En los juicios en que la República sea parte, los funcionarios judiciales, sin excepción, están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda sentencia interlocutoria o definitiva. Transcurrido el lapso de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la consignación en el expediente de la respectiva constancia, se tiene por notificado el Procurador o Procuradora General de la República y se inician los lapsos para la interposición de los recursos a que haya lugar. La falta de notificación es causal de reposición y ésta puede ser declarada de oficio por el Tribunal o a instancia del Procurador o Procuradora General de la República (artículo 98).

g) Contradiciendo una norma expresa prevista en el Código Orgánico Tributario, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha revocado las condenatorias en *costas* contra la Administración Tributaria nacional. El artículo 335 del Código Orgánico Tributario, dispone que: "Declarado totalmente sin lugar el Recurso Contencioso, el tribunal procederá en la respectiva sentencia a condenar en costas al contribuyente o responsable, en un monto que no excederá del diez por ciento (10%) de la cuantía del recurso. Cuando el asunto no tenga una cuantía determinada, el tribunal fijará prudencialmente las costas. Cuando a su vez la Administración Tributaria resultare totalmente vencida por sentencia definitivamente firme, será condenada en costas en los términos previstos en este artículo."

Lo cierto es que las costas procesales se erigen como un complemento indispensable de la declaración del derecho, participando de la naturaleza de éste; se trata pues de una especie de indemnización que procede siempre que se declare judicialmente un derecho.[28] Ahora bien, la jurisprudencia ha dicho que no procede la condenatoria en costas contra la República ni siquiera en materia tributaria, primero con fundamento en el criterio vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la Sentencia N° 1.238 de Fecha 30 de Septiembre de 2009 Caso: *Julián Isaías Rodríguez Díaz*[29] y más recientemente conforme a lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.[30]

Es decir, aunque la República haya obligado al interesado a sostener un proceso inútil e inoficioso, en el cual ha resultado categóricamente derrotada, no está obligada a indemnizar al justiciable por ese daño patrimonial perfectamente individualizado y cuantificable. En cambio, en la situación opuesta el justiciable será condenado en costas, salvo que el juez decida eximirlo de ellas conforme al parágrafo único del artículo 335 del Código Orgánico Tributario, por haber tenido *motivos racionales* para litigar, lo cual evidencia un *manifiesto desequilibrio procesal*.

En definitiva y como con razón afirma ROSA CABALLERO:

> …independientemente de la legalidad del establecimiento de tales prerrogativas, se requiere, como principio fundamental, el mantener un adecuado equilibrio entre las partes que concurren a un proceso, lo que supone que el operador jurídico deber ser en extremo cuidadoso, por lo que su aplicación no puede alterar, afectar, ni vulnerar derechos de rango constitucional, lo que le permite incluso ceder ante casos muy particulares de abuso de derecho o de manifiesta injusticia.[31]

---

[28] **Fraga, L.** (1996) **"***La Terminación Anormal del Proceso Administrativo por Inactividad de las Partes. Perención y Desistimiento Tácito."* Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela. Pág. 131.
[29] *Cf.* S. TSJ/SPA. N° 530 en fecha 13 de Mayo de 2015. Caso: *Hugo Alberto Briceño.*
[30] *Cf.* S. TSJ/SPA. N° 096 en fecha 01 de Febrero de 2018. Caso: *C.D.B. Compañía de la Belleza, C.A.*
[31] **Caballero, R.** (2017) Desequilibrios de la Relación Jurídico Procesal entre Fisco y Contribuyente en el Proceso Tributario Venezolano, En "*Revista de Derecho Tributario N° 153 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario* (AVDT)." Caracas D.F., Venezuela. Pág. 74.

Por su parte, Karla D'Vivo ha puesto el asunto en su justa dimensión, al entender que el problema no es la existencia de ciertas prerrogativas procesales en favor de los entes públicos, sino la interpretación laxa de las mismas y su extensión ilegal a entes en los cuales las mismas no se justifican: "Al evaluar el tema, y colocarnos en una posición si se quiere imparcial, se considera que el problema no necesariamente es la existencia de ciertas prerrogativas a favor del Estado, en tanto ciertamente persigue un interés distinto del particular, sino el alcance e interpretación que se les ha dado a las mismas, y el hecho de que en lugar de disminuir las desigualdades entre el Estado y los particulares, se han venido incrementando a supuestos no previstos en la Ley, e incluso extendiéndolas a Entes Públicos a los que legalmente no les han sido atribuidas, ignorándose el criterio judicial reiterado y pacifico sobre la necesaria interpretación restrictiva de estas ventajas."[32]

4.3_. El Proceso Tributario y el Adagio *"Justicia Retardada es Justicia Denegada."*

El proceso tributario no es breve ni expedito, sino que se prolonga de manera indefinida a la espera de una sentencia de fondo. A este respecto, el Tribunal Constitucional Español ha vinculado muy claramente el derecho a la tutela judicial efectiva, con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas señalando:

> Este derecho a la jurisdicción reconocido en el párrafo número 1 del mencionado artículo 24 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales lo viene a consagrar el párrafo número 2 del mismo artículo 24 de la Constitución al hablar de "un proceso público sin dilaciones indebidas", y aunque pueda

[32] **D'Vivo, K.** (2012) Alcance y Justificación de las Prerrogativas Procesales de la República, y su extensión a otros Entes de Derecho Público, En "*30 Años de la Codificación del Derecho Tributario Venezolano. Memorias de las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Tomo II* de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Caracas D.F., Venezuela. Pág. 372.

> pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso. Es en este sentido en que se manifiesta la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al establecer en su artículo 6, número 1, que 'toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...'. A su vez, este plazo razonable fue interpretado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre primeramente para los procesos penales (asuntos Neumeister y Ringeisen) y posteriormente extendido para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso Kónig), en el sentido de que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso..."[33]

Por otro lado, en otro desatino gigantesco, conviene señalar que si bien la perención de la instancia no puede ocurrir cuando la causa entra en estado de sentencia, tal como lo dispone el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 292 del Código Orgánico Tributario, la jurisprudencia ha construido una teoría completamente artificial que violenta el derecho a la tutela judicial efectiva. En sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 956 de Fecha 1 de Junio de 2001, Caso: *Fran Valero González*, ratificada y desarrollada en la Sentencia N° 2.673 de Fecha 14 de Diciembre de 2001, Caso: *DHL Fletes Aéreos, C.A. y otros,* se estableció:

> La interpretación pacífica emanada de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, fundada en las normas del Código de Procedimiento Civil, fue que la perención no corre después que la causa entre en estado de sentencia. Tal interpretación generalmente admitida creó un estado de expectativa legítima, para las partes y usuarios de la justicia, de que no corría la perención mientras la causa se encontrara en estado de sentencia, y ello llevó a que no diligenciaran solicitando sentencia vencido el año de paralización por falta de actividad del juzgador.

[33] *Cf.* TCE. Sala Primera. 14 de Julio de 1981. Ponente: Don Manuel Diez de Velasco. BOE 20 de Julio de 1981.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

Al no estar corriendo la perención, por no tratarse de la inactividad de los litigantes la causante de la paralización, las partes -en principio- no tenían que instar se fallare. *Sin embargo, no puede entenderse que esa expectativa legítima sea indefinida, ya que una inactividad absoluta y continuada produce otros efectos jurídicos, aunque distintos de la perención* (…) esta Sala, al referirse a inactividad procesal en estado de sentencia, en atención a lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución vigente, estimó que dentro de las modalidades de extinción de la acción, se encontraba la pérdida de interés, la cual tendría lugar cuando la parte no quiera que se sentencie la causa, lo que se refleja en la ausencia absoluta de cualquier actividad tendente a impulsar el proceso. En tal sentido, tomando en cuenta la circunstancia de que el interés procesal subyace en la pretensión inicial del actor y debe subsistir en el curso del proceso, la Sala consideró que la inactividad que denota desinterés procesal, el cual se manifiesta por la falta de aspiración en que se le sentencie, surgía en dos oportunidades procesales: a) Cuando habiéndose interpuesto la acción, sin que el juez haya admitido o negado la demanda, se deja inactivo el juicio, por un tiempo suficiente que hace presumir al juez que el actor realmente no tiene interés procesal, que no tiene interés en que se le administre justicia, debido a que deja de instar al tribunal a tal fin. b) Cuando la causa se paraliza en estado de sentencia, lo cual no produce la perención, pero si ella rebasa los términos de prescripción del derecho objeto de la pretensión, sin que el actor pida o busque que se sentencie, lo que clara y objetivamente surge es una pérdida del interés en la sentencia, en que se componga el proceso, en que se declare el derecho deducido. De cara al segundo supuesto, la Sala consideró que el deber fallido del Estado en decidir la causa en forma oportuna y expedita, tiene correctivos que pueden ser empleados por las partes interesadas, con el propósito de lograr que el juez sentencie, demostrando con ello que su interés en el proceso persiste, lo cual debe hacerse constar en la causa paralizada en estado de sentencia, por falta de impulso del juez. En tal sentido, sin pretender justificar la tardanza de los jueces y, menos aún, perjudicar a los usuarios del sistema judicial, la Sala concluyó que la inacción de las partes, especialmente la del accionante, denota una renuncia a la justicia oportuna, la producirá la decadencia y extinción de la acción. *En virtud del fallo en comento, la Sala determinó que a partir de ese momento, como interpretación del artículo 26 de la Constitución, en cuanto a lo que debe entenderse por*

justicia oportuna, que si la causa paralizada rebasaba el término de la prescripción del derecho controvertido, a partir de la última actuación de los sujetos procesales, el juez que la conociere podía de oficio o a instancia de parte, declarar extinguida la acción, previa notificación del actor, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, si ello fuere posible, y de no serlo, por no conocer el tribunal dónde realizar la notificación, o no poder publicar el cartel, con la fijación de un cartel en las puertas del tribunal. Se dispuso, igualmente, que la falta de comparecencia de los notificados en el término que se fijara, o las explicaciones poco convincentes que expresare el actor que compareciere, sobre los motivos de su inactividad y los efectos hacia terceros que ella haya producido, serían ponderados por el juez para declarar extinguida la acción."[34]

Esta interpretación *premia la inercia de los jueces* para dictar las decisiones de fondo, liberándolos de su obligación constitucional y legal de administrar justicia. Pero además, ella permite que los juicios se prolonguen exageradamente en estado de sentencia, y en esta situación que sólo es responsabilidad del juez, es el accionante el único que carga con las consecuencias desfavorables, porque su acción *decae* y se *extingue*, terminando de manera anormal el proceso sin que se haya obtenido la tutela judicial efectiva y oportuna del derecho. En definitiva, se alienta a los jueces a que violen su deber constitucional de decidir y ejecutar lo decidido. Se trata tal vez, de uno de los atentados más escandalosos contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

4.4_. Graves Cuestionamientos a la Autonomía e Imparcialidad de los Jueces.

La imparcialidad y autonomía de los jueces contencioso-administrativos ha sido objeto de serios cuestionamientos por la doctrina, algunos de ellos basados en estadísticas a partir de las cuales puede observarse un porcentaje aplastante de casos que son decididos en favor de la Administración. No se puede afirmar que no exista imparcialidad e independencia en la justicia tributaria, pero

[34] Véase también **Sentencia de TSJ/SC N° 1960** del 15 de Diciembre de 2011 Caso *Neila Judit Negrón Portillo*. Y **Sentencia TSJ/SPA N° 316** del 16 de Marzo de 2016 Caso *Compañía Brahma de Venezuela*.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

el hecho de que se hayan dedicado obras jurídicas para tratar el tema es motivo de honda preocupación.[35]

4.5_. El Proceso Tributario ya no es un Instrumento para la Realización de la Justicia

El proceso tributario ha dejado de ser un instrumento fundamental para la realización de la justicia (*ex* artículo 257 de la Constitución), porque esa justicia no llega nunca a tiempo; porque cuando llega es probable que el acto de contenido tributario ya haya sido ejecutado, el reintegro pretendido haya perdido por completo su valor, o la situación jurídica infringida sea completamente irreversible; y porque el proceso tributario es una apuesta costosa, desequilibrada y de resultados inciertos.

4.6_. El Desmantelamiento de la Tutela Cautelar o Anticipada.

Las medidas cautelares no existen ni se conceden para otorgar o reconocer la razón a quien las pide; su *ratio essendi* es la protección provisional de un derecho, una situación jurídica o un interés legítimo en disputa, pero sin poner fin a la disputa, porque ello corresponde a la sentencia de fondo o a las partes a través de fórmulas autocompositivas.

Por ello, el juez sólo debe *sospechar* que *pudiera* existir el derecho, porque es de la esencia y naturaleza misma de las medidas cautelares que ellas sólo pueden concederse precisamente cuando no se sabe a quién corresponde el derecho que se va a proteger anticipadamente. La simple *probabilidad* justifica la protección anticipada del derecho cuando sobre el mismo se cierne el peligro del daño o la insatisfacción futura y ese *riesgo* existe desde el mismo momento en que la pretensión procesal deducida es resistida (*i.e.* cuando hay *litis*).

Los riesgos que el examen breve, sumario y superficial ínsito en la tutela cautelar, puede comportar con respecto a aquél a quien afecta la medida, siempre pueden ser conjurados o al menos moderados a través de las contracautelas; por

[35] **Canova, A.** (2009) "*La Realidad del Contencioso Administrativo Venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en 2007 y primer semestre de 2008).*" FUNEDA. Caracas, Venezuela.

el contrario, dejar sin protección anticipada y provisional a aquél que la requiere urgentemente, puede tener efectos devastadores e irreparables que en los prolegómenos del proceso no es posible medir con precisión.

La tutela cautelar es sin duda alguna el medio más eficaz para garantizar el pleno disfrute de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva, pues a través de la misma se logra la protección *oportuna* y *eficaz* de los derechos, permitiendo entonces que el proceso, en vez de ser un oscuro callejón dispuesto para emboscar al justiciable, cumpla su rol fundamental de instrumento para la realización de la justicia.[36]

La tutela cautelar permite la protección *oportuna* de los derechos, porque gracias a ella no será sacrificado el tiempo necesario para transitar todo el *iter* procesal, logrando así la adecuada convicción del juez sobre cuál es la decisión más ajustada a los hechos controvertidos y al derecho objetivo aplicable. Asimismo, y al propio tiempo, la tutela cautelar permite la protección *eficaz* de los derechos, porque el desarrollo del proceso, lógicamente lento, no amenazará el resultado útil del mismo, pues los derechos, los intereses o las situaciones jurídicas en disputa, se encontrarán provisionalmente protegidos hasta tanto se produzca la decisión final.

Sin la tutela cautelar el proceso es una apuesta peligrosa, en la que el simple transcurso del tiempo conspira contra quien tiene la razón y beneficia al que carece de ella. No es aventurado afirmar que sin la tuición que ofrecen las medidas cautelares, el proceso arranca con una decisión en contra de aquél al que la sentencia definitiva debe favorecer. Cuando la Constitución añade al concepto de la tutela judicial el adjetivo "efectiva," crea una relación de causalidad necesaria entre la protección judicial anticipada y la protección judicial definitiva,

---

[36] Así lo ha reconocido la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia: "(…) el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido definido por este órgano jurisdiccional como el que tiene toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, lo cual implica necesariamente el derecho al libre acceso, sin limitaciones ni cargas excesivas o irracionales, a la justicia que imparten los tribunales de la República, así como a obtener de ellos una tutela efectiva, situación que engloba además, *el derecho a una protección cautelar o anticipada y a obtener*, luego del proceso, una sentencia basada en derecho, y una decisión jurisdiccional efectiva, que sea plenamente ejecutable" (Subrayado y cursivas nuestros). *Vid.* S. TSJ/SPA, Nos. 00293 y 01266 de fechas 14.04.2010 y 09.12.2010, casos: *Miguel Ángel Martín Tortabú y David José Rondón Jaramillo*.

real y verdadera de los derechos, de modo que sin la primera es muy difícil y en la generalidad de los casos imposible, alcanzar la segunda.

El 3 de Junio de 2004, en el Caso *Deportes El Marques, C.A.*, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dictó la Sentencia N° 607, sin duda una de los fallos más peculiares de toda la historia del Máximo Tribunal del país, con ponencia del Magistrado IGNACIO LEVIS ZERPA y el voto favorable de los Magistrados HADEL MOSTAFÁ PAOLINI y YOLANDA JAIMES GUERRERO, y aplicando una metodología denominada *interpretación correctiva* sobre el artículo 263 del Código Orgánico Tributario (hoy artículo 290) sostuvo, en resumen, que donde el legislador colocó una "o" debe entenderse que va una "y," por lo que a los fines de conceder una medida cautelar de suspensión de efectos del acto administrativo impugnado, debía constatarse la presencia tanto de la presunción de buen derecho (*fumus boni iuris*) como del peligro de daño irreparable por la definitiva (*periculum in damni*). Pero, sin duda, eso no fue lo más grave de este peculiar fallo, sino que el mismo condenó a la extinción la tutela cautelar en el contencioso tributario al exigir la *plena certeza* tanto del *fumus boni iuris* como del *periculum in damni*, algo que es completamente antagónico con la teoría general de las medidas cautelares.

Baste sólo recordar que en la teoría general de las medidas cautelares se exige al juez que evalúe sumariamente la posibilidad de que la pretensión procesal deducida pueda ser acordada en la sentencia de fondo, porque los argumentos de hecho y de derecho en que se sostiene lucen razonables y verosímiles. Pero evaluar la apariencia de buen derecho no supone prejuzgar sobre el fondo, porque puede suceder que al final del proceso se determine que aquello que se estimó como presunción del derecho reclamado, no era tal. De modo que la labor del Juez no busca la *certeza* sino la *posibilidad*, a través de un examen superficial (*summaria cognitio*), de una valoración *prima facie* de los alegatos de las partes, de la certidumbre y razonabilidad de los argumentos de cada una de ellas y, si existieren, de las pruebas e indicios que estén incorporados al expediente o que sean acompañadas a la solicitud, si ésta no fue adminiculada a la acción.

En adición a este requisito, la teoría general de las medidas cautelares ordena al juez que evalúe o bien que la pendencia del juicio puede traer como resultado la inejecutabilidad de la sentencia, por haber desparecido el derecho

sobre el cual la misma recaería (*periculum in mora*) o bien que una de las partes, en ejercicio del derecho que está en discusión en el proceso principal, puede causar a la otra un daño que no podrá ser reparado o que será de muy difícil reparación por la sentencia definitiva (*periculum in damni*).

Si se exige a la parte que acredite la *certeza del derecho*, entonces es obvio que si el juez otorga la tutela cautelar solicitada, estaría reconociendo la procedencia de la pretensión procesal deducida y si no la concede, estaría avanzando igualmente el sentido que tendrá la decisión definitiva. El problema en realidad no es avanzar de alguna manera la decisión definitiva, sino pedirle a la parte solicitante de la medida que pruebe el derecho que le asiste, como si en vez de una tutela cautelar, anticipada y provisional fuera a otorgarse una tutela judicial definitiva. En cuanto al daño, lo que debe evaluarse es el riesgo de que éste se produzca y la posibilidad de su reparación integral por el fallo definitivo, no es en lo absoluto necesario -porque es prácticamente imposible- probar un daño que no ha ocurrido y que precisamente se quiere *evitar.*

Desafortunadamente los jueces contencioso-tributarios han deformado la teoría general de las medidas cautelares, para llevarla a un punto donde es prácticamente imposible para el justiciable obtener la tutela anticipada de su situación jurídica, presuntamente lesionada por la actuación de las Administraciones Tributarias.

4.7_. Las Barreras Infranqueables para Ejecutar Sentencias Condenatorias Contra la Administración Tributaria.

Cuando la sentencia que resuelve la disputa con la Administración Tributaria es *mero declarativa* porque se concreta a declarar la nulidad de un acto administrativo de contenido tributario, la ejecución de tal decisión no envuelve problema alguno, como se puede comprender con facilidad. La decisión simplemente retira del mundo jurídico un acto viciado de nulidad que, en adelante, no podrá producir efecto alguno en la esfera jurídico-subjetiva del sujeto pasivo de la imposición.

Las dificultades sobrevienen cuando la decisión del juez contencioso tributario contiene una condena a una prestación de dar o de hacer (suponiendo, claro está, que los jueces dicten este tipo de fallos). En esos supuestos la ejecución

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

es casi imposible, pues ni siquiera contiene el Código Orgánico Tributario un procedimiento a seguir para ejecutar forzosamente las decisiones que desfavorecen a la Administración Tributaria y en el caso de las sentencias a ser ejecutadas contra la República, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República prevé un inexpugnable *sistema de contención* que hace impracticable la ejecución de sentencias de condena.

El artículo 99 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece que cuando la República sea condenada en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia notificará al Procurador quien a su vez solicitará al órgano respectivo, que dentro del lapso de sesenta (60) días siguientes, informe al tribunal sobre la forma y oportunidad de ejecución.

Asimismo, y conforme al artículo 100 de esta Ley, la parte interesada, previa notificación, puede aprobar o rechazar la proposición del órgano o ente público que corresponda y, en el último caso, el tribunal debe fijar otro plazo para presentar nueva propuesta; si la misma no es aprobada por la parte interesada, o si el organismo respectivo no hubiere presentado alguna, el tribunal debe determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:

(i) Si se trata de cantidades de dinero, el tribunal, a petición de la parte interesada, debe ordenar que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercidos presupuestarios, a cuyo efecto debe enviar al Procurador General de la República copia certificada de la decisión, la cual debe ser remitida al órgano o ente correspondiente. El monto que se ordene pagar debe ser cargado a una partida presupuestaria no imputable a programas.

(ii) Si se trata de entrega de bienes, el tribunal debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a actividades de utilidad pública o a un servicio público, el tribunal debe acordar la fijación del precio mediante avalúo realizado por tres peritos, nombrados uno por cada parte y el tercero de común acuerdo. En caso de desacuerdo, el tercer perito es nombrado por el tribunal.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha dictado en esta materia una Sentencia que es muy relevante. Se referirá a la decisión de fecha 18 de Julio de 2000, dictada en el caso: *Félix Enrique Páez vs. Cantv*, que por su importancia se cita *in extenso*:

El problema de la ejecución de los fallos judiciales, (…) constituye un verdadero obstáculo al derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la parte que resulta vencedora en juicio, no es repuesta en su derecho y verdaderamente compensada, siendo éste un punto no menos trascendental que la función de juzgar en todos los procesos, ya que la potestad jurisdiccional, sin duda, debe ir más allá, no agotando su contenido en la exigencia de que el interesado acuda a los órganos jurisdiccionales para solicitar justicia, sino incluso haciendo ejecutar lo juzgado, de manera tal que, quien tenga la razón, pueda igualmente ejecutar el derecho que le asiste.

Así pues, se tendrá un derecho acorde y en sintonía con uno de los pilares fundamentales -sino el más importante- de los ordenamientos jurídicos modernos, éste es, el derecho a la tutela judicial efectiva, que lleva implícito otros derechos que la caracterizan, interpretada de una manera uniforme y pacífica tanto por doctrina como jurisprudencia, como el derecho a obtener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho a la tutela judicial cautelar y el derecho a la ejecución del fallo.

Al negarse la ejecución de una decisión de cualquier Tribunal de la República, o al pretender ejecutar una decisión judicial sin atender a los preceptos que al efecto impone el ordenamiento jurídico, se está con ello contrariando un derecho de rango constitucional, el cual es, sin duda alguna, el mencionado derecho a la tutela judicial efectiva. (…).

Es por ello, que el ejercicio de este deber (obligación de hacer ejecutar lo juzgado) atribuido al Poder Judicial como rama del Poder Público, encuentra fundamento en una serie de normas tanto de rango constitucional, como de rango legal, y al efecto cabe referirse de una manera muy breve, a esas disposiciones que nos permiten invocar tal derecho, así como la determinación de normas que igualmente fijan la responsabilidad del Estado-Juez, cuando ha actuado con inobservancia de su obligación de hacer ejecutar lo ordenado mediante una decisión judicial. (…).

Aun cuando el derecho de los accionantes a que le sea ejecutado el derecho que le ha asistido en un proceso judicial, proviene de la interpretación conjunta de una serie de artículos constitucionales y legales, no hay lugar a dudas de que podríamos considerar que el punto de partida del referido derecho, deviene de la consagración constitucional del Estado venezolano, como un Estado de derecho y

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

de **Justicia** (Vgr. Artículo 2 de la Carta Magna) y de la constitucionalización que asimismo le atribuye el artículo **26** de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al derecho a la tutela judicial efectiva, en la cual se halla implícita la obligación de los jueces de ejecutar las sentencias, como consecuencia directa del derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la justicia y poner en movimiento el aparato judicial del Estado, en cualquier tipo de proceso.

Igualmente tenemos que el artículo 137 del referido texto constitucional, impone la obligación al Poder Público (quedando enmarcado el Poder Judicial dentro del mismo) de sujetar su actuación al deber de cumplir y obedecer lo dispuesto en la Constitución y las Leyes, así como también se les impone a los habitantes de la República (venezolanos y extranjeros) la misma obligación, abarcando el cumplimiento de las órdenes que en ejercicio de sus atribuciones dicten los órganos legítimos del poder Público (artículo 131 eiusdem). Tal sometimiento al ordenamiento jurídico constitucional y legal, ha sido definido por la doctrina como el 'principio de la legalidad' o 'sometimiento del Poder Público al bloque que conforma el ordenamiento jurídico', de donde resulta que la ejecución de sentencias es una de las vertientes de dicho sometimiento, puesto que en la sentencia se contiene la interpretación definitiva de la ley y por tanto también la resolución irrevocable del conflicto planteado, siendo que, por medio de la sentencia, se garantiza la aplicación de la ley o del principio de la legalidad de la administración.

Por otro lado, y en garantía de la efectividad de los fallos dictados por los Tribunales de la República, el derecho a la ejecución de sentencias encuentra en la Constitución, otro fundamento importante al establecer todo un sistema de responsabilidad de la República, por los daños causados por autoridades legítimas en el ejercicio de la función pública (artículos 25, 138, 139 y 140) en cualesquiera de sus ramas (Ejecutivo, Legislativo, Ciudadano, Electoral o Judicial), así como también consagra lo relativo al control jurisdiccional de la actividad administrativa del Poder Público, y la posibilidad de condenar patrimonialmente a la República, cuando en el caso específico no se ha dado cumplimiento o se ha retardado la obligación de ejecutar las sentencias (artículo 259). Igualmente, este derecho a la ejecución, encuentra sólido apoyo en el principio de separación de poderes, en el principio de independencia, imparcialidad y autonomía judicial, en la obligación de los órganos del Poder Judicial de conocer las causas de su competencia y hacer ejecutar lo juzgado, en la consagración del

> proceso como un instrumento para la realización de la justicia, así como en el establecimiento de la Responsabilidad del Estado-Juez, principios éstos consagrados en los artículos 136, 253, 254, 255, 256 y 257 de la Constitución, de donde se desprende que el Poder Judicial es autónomo y tiene potestad para decidir y ejecutar lo juzgado, a lo cual incluso deben colaborar los otros poderes, de donde resulta que el incumplimiento de la Administración de las sentencias produce un desequilibrio incompatible con el principio de separación de poderes, y que en fin, la necesidad de ejecución forzosa de las sentencias está postulada por el principio de seguridad jurídica (…)."

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha hecho especial énfasis en la importancia del derecho a la ejecución de las sentencias contra los entes públicos, como lo revela decisión de fecha 3 de Octubre de 2002, adoptada en el caso: *Tomás Colina vs. Municipio Iribarren del Estado Lara*, en la que se reafirma la vigencia del privilegio de la ejecución y el poder del juez para ejercer las medidas de constreñimiento a que haya lugar, bajo el apercibimiento al ente rebelde sobre las consecuencias penales que su conducta puede acarrear de acuerdo con el artículo 485 del Código Penal. Esta sentencia califica la invocación de la falta de previsión presupuestaria para ejecutar la sentencia como un *fraude a la ley* y un *abuso de derecho*.

De igual forma, en Sentencia de fecha 28 de Noviembre de 2002, dictada en el caso: *Yasmín Solangel Yejan Monteverde*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha destacado que los privilegios y prerrogativas en favor de la Administración, aunque necesarias, deben ser explícitas, no pueden ser genéricas sino muy por el contrario específicas, debiendo considerar la incidencia que su vigencia pueda ocasionar frente en los derechos del ciudadano.

Esta última decisión, de capital importancia en el tema analizado, señala textualmente:

> ...las prerrogativas no constituyen un impedimento para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, que se vería materializado, en este caso, con la ejecución de la sentencia, sino que más bien, tales normas son reguladoras de un procedimiento especial de ejecución, que garantiza la continuidad de los servicios públicos y la protección del interés general, por lo que el juez, para hacer efectivo el cumplimiento

> de lo fallado, debe recurrir al sistema con el mismo orden de prelación -dispuesto en el texto normativo- que la ley pone a su disposición para hacer ejecutar la cosa juzgada por parte de la República, y de no resultar efectivos tales mecanismos, en última instancia, y en aras de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia, puede acudirse a la ejecución forzosa del fallo a través del procedimiento ordinario, siempre y cuando la medida no recaiga sobre bienes cuya naturaleza y particularidades impidan la continuación de un servicio público, o estén afectados al interés general o se trate de bienes de dominio público.

La realidad práctica, muy desafortunada, es que los fallos condenatorios contra los entes públicos en general, que por cierto son casi inexistentes ahora, son inejecutables, y los jueces no hacen esfuerzo alguno por *ejecutar lo juzgado*, con lo cual el derecho a la tutela judicial efectiva resulta completamente sacrificado.

5_. Epílogo.

Vienen muy a propósito en este asunto las doctas reflexiones del profesor ROMERO-MUCI, quien ha descrito en forma muy certera y descarnada la gravísima desinstitucionalización de la justicia tributaria: "La desinstitucionalización tributaria se radicalizó con la disminución de las posibilidades de defensa frente a unas Administraciones Tributarias robustecidas de competencias exorbitantes para la determinación de los tributos y de privilegios procesales que empalidecen las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Las mismas Leyes habilitantes sirvieron para crear privilegios procesales injustificados, incluida la desjudicialización de las medidas cautelares y la ejecución de créditos fiscales directamente por la Administración Tributaria. Tal degradación se resume frente a cualquier fiscalización en la emboscada del **"tener que pagar primero y solo poder reclamar después."** Campo fecundo para la arbitrariedad y la corrupción. Quizás la razón fundamental de la descomposición institucional es la infectividad de la garantía judicial. Se desmontó el control jurisdiccional del poder con repercusiones nefastas sobre la seguridad jurídica, la legalidad, el Estado de Derecho y la democracia.

Desde los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia hasta el último tribunal de municipio dejaron de funcionar de forma independiente, objetiva y eficazmente frente a los otros poderes. La cooptación político partidista de todos los cargos públicos, en especial de los jueces de máxima instancia, es lo que más ha resentido esta paulatina deriva autoritaria, que ya no deja dudas de haberse convertido en una 'dictadura totalitaria.'"[37]

En definitiva, el panorama de la justicia tributaria en Venezuela es realmente desolador y no se vislumbra cambio alguno en el corto y mediano plazo, sino exactamente todo lo contrario; es decir, un deterioro más profundo de los derechos y garantías de los justiciables frente a las actuaciones, omisiones y vías de hecho de la Administración Tributaria, con la consecuente renuncia a acudir a los tribunales para obtener la tutela de los derechos.

Es conveniente señalar aquí que el derecho al debido proceso y sus derivados (como el derecho a la defensa, a la prueba, a la presunción de inocencia, a no autoinculparse, al Juez Natural, entre otros) y el derecho a la tutela judicial efectiva, son *derechos humanos* reconocidos en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la protección judicial "constituye uno de los pilares básicos de la Convención Americana y del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática."[38]

La Corte ha señalado asimismo que "los artículos 8 y 25 de la Convención también consagran el derecho al acceso a la justicia, norma imperativa del Derecho Internacional."[39] Igualmente ha dicho que "el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de

---

[37] **Romero-Muci, H.** (2019) (In)moralidad Tributaria en Venezuela. Entre la Distopía y la Anomia Social, En "*XVIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Patologías del Sistema Tributario Venezolano. De la Asociación Venezolana de Derecho Tributario* (AVDT)." Pág. 187.

[38] *Cfr*. Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de Noviembre de 1997. Serie C. N° 34. Párr. 82, y, Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Supra. Párr. 174.

[39] *Cfr*. Caso Goiburú y Otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2006. Serie C. N° 153. Párr. 131, y Caso Lagos del Campo Vs. Perú. supra, Párr. 174.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

manera rápida, sencilla e integral."[40] Pero la efectividad de la tutela judicial o el acceso a la justicia depende de que exista Estado de Derecho.

Así lo afirma MARIO MELGAR ADALID: "La idea de un derecho a la justicia supone necesariamente un Estado social de derecho o un estado en donde se practique la justicia. La necesidad de disponer de reglas para dirimir las controversias no surgió de manera espontánea, ni es producto de la casualidad histórica. Las explicaciones científicas sobre el desarrollo de la justicia están estrechamente ligadas a la noción del Estado, en tanto la aplicación y ejecución del Derecho surge como función primordial del poder público."[41]

Lo anterior tiene una consecuencia jurídico-procesal muy importante que es el llamado *control de la convencionalidad* a través de cual es posible reclamar la protección de estos derechos fuera del ámbito del derecho interno, cuando los medios de protección procesal arbitrados por éste son inoperativos o están sometidos al control del poder político. El Profesor Badell afirma (2020):

> La protección de los derechos fundamentales y, especialmente, los Derechos Humanos se ha internacionalizado y ha dejado de estar limitada por fronteras, por lo que en su consagración y protección pueden coincidir tanto normas de derecho interno como de derecho internacional. Efectivamente, los Derechos Humanos pueden estar contenidos tanto en instrumentos normativos constitucionales como en convenios internacionales. Lo mismo ocurre, consecuentemente, con su protección que puede hacerse efectiva a través de los tribunales nacionales o por medio de los internacionales. De lo anterior es fácil deducir la intensa interrelación que existe entre el derecho procesal internacional de los derechos humanos y el Derecho Procesal Constitucional.[42] Pág. 337.

---

[40] **CIDH** (2018) *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho a la Vida N° 21.* San José de Costa Rica.

[41] **Melgar, M.** (1998) El Derecho Humano de Acceso a la Justicia, En "*Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio."* Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Tomo II. Pág. 1037.

[42] **Badell, R.** (2020) **"***Derecho Procesal Constitucional."* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Colección Estudios N° 121, Caracas. Pág. 337.

La justicia tributaria debe reinstitucionalizarse y devolver a los ciudadanos la confianza perdida. Eso no puede lograrse sin una justicia profesional, independiente, autónoma e imparcial, que juzgue en Derecho, que lo haga prontamente, y que ejecute sus decisiones; es decir, que satisfaga, en todos sus aspectos el derecho humano y constitucional *a la tutela judicial efectiva.*

CONCLUSIONES

Tales son, expuestos a grandes rasgos, algunos de los problemas más vivos que hoy tiene planteados el Derecho Financiero, y, el Derecho Tributario. Todos ellos ofrecen arduas dificultades, porque la profunda transformación que actualmente se está produciendo en la estructura social de Venezuela, y, al enorme despliegue de actividades que éstos han de acometer para resolver los problemas de la economía interna e internacional, otorga a las cuestiones fiscales una virulencia que no habían alcanzado nunca.

En estas circunstancias, tal vez piensen muchas gentes que la elaboración meticulosa de las instituciones financieras y tributarias, a que se ha entregado un núcleo selecto de juristas en diversos Estados de la geografía nacional, constituye una tarea que no podrá echar raíces en las horas convulsas que vivimos. Si para algo se han escrito estas líneas, es para demostrar cuan descaminados andan los que así piensan. Nunca como ahora, la tarea de los juristas podrá aliviar tanto a los hombres y a las naciones. Cuando se perfile en el horizonte un nuevo conjunto de instituciones, articuladas en los ordenamientos positivos, el caos se convertirá en sistema y la luz disipará las sombras. No puede olvidarse las palabras con que RIPERT da fin a uno de sus libros más sugestivos: «*La obra del jurista es la única, que perdura cuando se aplaca el tumulto de la revolución*» Muchas gracias a la Directiva del Grupo de Investigación Robert Von Möhl por la cordial Invitación.

REFEREENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Badell, R. (2020) "*Derecho Procesal Constitucional."* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Colección Estudios N° 121, Caracas D.F., Venezuela.

Badell, R. (2005) Procedimientos Judiciales Previstos en el Código Orgánico Tributario. Especial referencia al Recurso Contencioso Tributario. En "*Revista de Derecho. Tribunal Supremo de Justicia. N° 19"* Caracas, Venezuela.

Caballero, R. (2017) Desequilibrios de la Relación Jurídico Procesal entre Fisco y Contribuyente en el Proceso Tributario Venezolano, En "*Revista de Derecho Tributario N° 153 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario* (AVDT)." Caracas, Venezuela.

Calamandrei, P. (1943) "*Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice."* Padova, Italia.

Canova, A. (2009) "*La Realidad del Contencioso Administrativo Venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en 2007 y primer semestre de 2008)*." FUNEDA. Caracas, Venezuela.

CIDH (2018) "*Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho a la Vida N° 21.*" San José de Costa Rica.

Couture, E. (1981) **"***Fundamentos del Derecho Procesal Civil."* Depalma. Buenos Aires, Argentina.

D'Vivo, K. (2012) Alcance y Justificación de las Prerrogativas Procesales de la República, y su extensión a otros Entes de Derecho Público, En "*30 Años de la Codificación del Derecho Tributario Venezolano. Memorias de las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Tomo II de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT).*" Caracas D.F., Venezuela.

Fraga-Pittaluga, L. (1996) "*La Terminación Anormal del Proceso Administrativo por Inactividad de las Partes. Perención y Desistimiento Tácito."* Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela.

Fraga-Pittaluga, L. (2020) *"Arbitraje Tributario Interno e Internacional."* Editorial Jurídica Venezolana (EJV). Colección Biblioteca Allan Randolph Brewer-Carías No. 2. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

Gimeno V. (1981) "*Fundamentos del Derecho Procesal*." Civitas. Madrid, España.

Gimeno, V. *et all* (1996) "*Derecho Procesal Administrativo."* Tirant lo Blanch. Madrid, España.

Iturbe, M. (2019) Algunos Aspectos Relevantes Sobre la Actualización de las Multas Conforme al Código Orgánico Tributario, En "*Patologías del Sistema*

Tributario Venezolano. XVIII Jornadas de Derecho Tributario 2019 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT)." Caracas D.F., Venezuela.

Liebman, E.T. (1980) *"Manual de Derecho Procesal Civil."* EJEA. Buenos Aires, Argentina.

Mauach, R – Zipf, H. (1994) "*Derecho Penal. Parte General I."* Astrea. Buenos Aires, Argentina.

Melgar, M. (1998) El Derecho Humano de Acceso a la Justicia, En "*Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio. Tomo II."* Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Octavio, J.A. (2007) El Ajuste por Inflación de las Sanciones Pecuniarias en el Código Orgánico Tributario de 2001. En "*Revista de Derecho Tributario N° 115 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT).*" Caracas, Venezuela.

Podetti, R. (1944) Trilogía Estructural de la Ciencia del Derecho Procesal, En "*Revista de Derecho Procesal Argentina*." Buenos Aires, Argentina.

Romero-Muci, H. (2013) Evolución (*o involución*) Jurisprudencial en el Contencioso Tributario, En "*Revista de Derecho Tributario N° 139 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario* (AVDT). Caracas D.F., Venezuela.

Romero-Muci, H. (2019) (In)moralidad Tributaria en Venezuela. Entre la Distopía y la Anomia Social, En "*XVIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Patologías del Sistema Tributario Venezolano. De la Asociación Venezolana de Derecho Tributario* (AVDT)." Caracas D.F., Venezuela.

Ruan, G. (1985) El Contencioso Tributario, En "*Revista de Derechos Público N° 21"* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela.

Sáinz de Bujanda, F. (1951) Estado de Derecho y hacienda Pública, En "*Revista de Administración y Hacienda Pública* N° 6." Madrid, España. Págs. 193-212.

Von Bülow, F. (1968) "*Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungten."* Giesen, Deutschland.

Weffe, C. (2016) Inflación y Derecho Penal Tributario. Las Sanciones Tributarias como Obligaciones de Valor. En "*Revista de Derecho Tributario N° 150 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT).*" Caracas, Venezuela.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

REFERENCIAS NORMATIVAS

Gaceta Oficial Nº 5.453 Extraordinaria del 24 de Marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de Junio de 2010. Código Orgánico Tributario.

Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de Junio de 2010. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18 de Noviembre de 2014. Código Orgánico Tributario.

Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario del 29 de Enero de 2020. Código Orgánico Tributario.

Gaceta Oficial N° 6.405 del 07 de Septiembre de 2018. Convenio Cambiario N° 1 Banco Central de Venezuela.

Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario de Fecha 30 de Diciembre de 2015. Decreto con Rango, Fuerza y Efecto de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Sentencia N° 119 del 21 de Marzo de 2019. SPA-TSJ. Caso *Acoma Ingeniería, C.A.*

Sentencia N° 96 en fecha 01 de Febrero de 2018. TSJ-SPA. Caso: *C.D.B. Compañía de la Belleza, C.A.*

Sentencia N° 142 de Fecha del 7 de Marzo de 2017. SPA/TSJ. Caso *Servicios Funerarios Memoriales y Exequiales El Cercado C.A.*

Sentencia N° 316 del 16 de Marzo de 2016. SPA-TSJ. Caso: *Compañía Brahma de Venezuela, S.A.*

Sentencia N° 114 del 19 de Febrero de 2015. SPA-TSJ. Caso: *Sucesión de Carlota Figueredo de Mancera.*

Sentencia N° 530 en fecha 13 de Mayo de 2015. TSJ/SPA. Caso: *Hugo Alberto Briceño.*

Sentencia N° 1.071 del 10 de Agosto de 2015. SC-TSJ. Caso: *María del Rosario Hernández Torrealba*.

Sentencia N° 1658 del 10 de diciembre de 2014. Caso: *Plusmetal Construcciones de Acero, C.A.*

Sentencia N° 587 de fecha 11 de Mayo de 2011. SPA-TSJ. Caso: *CITIBANK N.A. Sucursal Venezuela.*

Sentencia N° 1960 del 15 de Diciembre de 2011. SC-TSJ. Caso: *Neila Judit Negrón Portillo*.

Sentencia N° 293 de Fechas 14 de Abril de 2010. SC-TSJ. Caso *Miguel Ángel Martín Tortabú*.

Sentencia N° 1.266 del 09 Diciembre de 2010. SC-TSJ. Caso *David José Rondón Jaramillo*.

Sentencia N° 1.238 de Fecha 30 de Septiembre de 2009. SC-TSJ. Caso: *Julián Isaías Rodríguez Díaz.*

Sentencia N° 812 En Fecha del 9 de Julio de 2008. SPA-TSJ. Caso *Banesco Banco Universal, C.A.*

Sentencia N° 911 en Fecha del 6 de Agosto de 2008. SPA-TSJ. Caso *Importadora Mundo del 2000, C.A.*

Sentencia N° 2.157 del 16 de Noviembre de 2007 en el Caso: *Nestlé de Venezuela, C.A.*

Sentencia N° 566 en Fecha del 02 de Marzo de 2006. SPA-TSJ. *Caso Agencias Generales Conaven, S.A.*

Sentencia N° 607 del 03 de Junio de 2004. SPA-TSJ. Caso *Deportes El Marques, C.A.*

Sentencia N° 71 de Fecha 03 de Octubre de 2002. SC-TSJ. Caso: *Tomás Colina vs. Municipio Iribarren del Estado Lara.*

Sentencia N° 232 de Fecha 28 de Noviembre de 2002. Caso *Yasmín Solangel Yejan Monteverde.*

Sentencia N° 956 de Fecha 1 de Junio de 2001. SC-TSJ. Caso: *Fran Valero González*.

Sentencia N° 2.673 de Fecha 14 de Diciembre de 2001. SC-TSJ. Caso: *DHL Fletes Aéreos, C.A. y otros.*

Sentencia N° 21 del 18 de Julio de 2000. SPA-TSJ. Caso: *Félix Enrique Páez vs. Cantv*.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección… ● Pág.: 461 – 505

Sentencia del 14 de Octubre de 1990. CSJ-SPA. Caso: *Scholl Venezolana, C.A.* Magistrado Ponente: Dr. Luis Henrique Farías Mata.

TCE. Sala Primera. 14 de Julio de 1981. Ponente: Don Manuel Diez de Velasco. BOE 20 de Julio de 1981.

Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de Noviembre de 1997. Serie C. N° 34. Párr. 82, y, Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Supra. Párr. 174.

Caso Goiburú y Otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2006. Serie C. N° 153. Párr. 131, y Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Supra. Párr. 174.

OBSERVACIONES A LAS SENTENCIAS Nº 1518 DEL 20 DE JULIO DE 2007 DEL EXPEDIENTE Nº 07-0498 Y N° 1392 DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014 DEL EXPEDIENTE Nº 14-0264 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN MATERIA DE JUBILACIÓN Y DESTITUCIÓN

OBSERVATIONS ON JUDGMENTS Nº 1518 OF JULY 20, 2007 OF FILE Nº 07-0498 AND Nº 1392 OF OCTOBER 21, 2014 OF FILE Nº 14-0264 OF THE CONSTITUTIONAL CHAMBER OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE ON RETIREMENT MATTERS AND DISMISSAL

Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.05

Fecha de Recepción: 31 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 15 de febrero de 2022

RESUMEN

El presente artículo parte del Obiter dicta que surgió a raíz de la Sentencia N° 1518 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia relacionado con el tema de la destitución de los funcionarios públicos y la jubilación como el remedio procesal dado al caso, el cual se convirtió en criterio vinculante para las demás Salas y todos los jueces de la República. En consecuencia, se revisó si el criterio se había mantenido en el tiempo y qué otra sentencia había agregado otro aspecto repasándose lo que la legislación y la doctrina ha establecido en materia de procedimientos administrativos de índole disciplinaria como la destitución y lo qué se ha entendido por jubilación para así determinar el alcance que el criterio vinculante ha dado sobre la materia. Para ello, se requirió la revisión documental de la bibliografía que existe en versión impresa como digital disponible en la web, observándose que independientemente de las consideraciones de fondo que haya hecho la Sala Constitucional en el caso objeto de estudio, constituye un claro ejemplo de la Constitucionalización del Derecho cuyo auge en Venezuela se inicia desde la Constitución de 1999.

Palabras Clave: Proceso, Procedimiento Administrativo, Destitución, Jubilación.

---

[1] Abogado egresada de la Universidad de Los Andes-Venezuela. Especialista en Derecho Administrativo ULA. Cursante de la Especialización en Derecho Procesal Civil en la Universidad Bicentenaria de Aragua (UBA). Ex Gerente de Personal y Recursos Humanos y Ex Apoderada Judicial de la Alcaldía del Municipio Libertador del Estado Bolivariano de Mérida. Ex Apoderada Judicial de la Universidad de Los Andes. Ex Docente contratada a tiempo convencional por concurso de credenciales en la cátedra de Legislación Organizacional de las Escuelas de Administración y Contaduría Pública de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales-ULA. Docente invitada en la Especialización en Derecho Administrativo ULA-Venezuela. Docente invitada en las Escuelas de Derecho en pregrado en las universidades: Universidad Nacional Experimental de Los Llanos Ezequiel Zamora (UNELLEZ) y Universidad Valle del Momboy (UVM). Abogada Especialista adscrita al Servicio Jurídico de la Universidad de Los Andes-Venezuela, actualmente en Comisión de Servicios Interna ante la Oficina de Compras y Contrataciones Públicas ULA. Correo Electrónico: mariebecalderon2207@gmail.com

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

ABSTRACT

This article is part of the Obiter dictates that it arose as a result of Judgment No. 1518 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice related to the issue of the dismissal of public officials and retirement as the procedural remedy given to the case, which it became a binding criterion for the other Chambers and all the judges of the Republic. Consequently, it was reviewed if the criterion had been maintained over time and what other sentence had added another aspect, reviewing what the legislation and doctrine has established in matters of administrative procedures of a disciplinary nature such as dismissal and what has been understood by retirement in order to determine the scope that the binding criterion has given on the matter. For this, a documentary review of the bibliography that exists in printed and digital versions available on the web was required, observing that regardless of the substantive considerations made by the Constitutional Chamber in the case under study, it constitutes a clear example of the Constitutionalization of the Law whose rise in Venezuela began with the 1999 Constitution.

Key words: Process, Administrative Procedure, Dismissal, Retirement**.**

AGRADECIMIENTOS

Antes de desarrollar estas notas sobre el tema que aquí nos ocupa, quiero agradecer al Prof. Jean Denis Rosales G. por su invitación a participar con este texto en la presente edición especial en homenaje a la labor académica, científica y profesional del insigne profesional del Derecho, el Dr. Abdón Sánchez Noguera, mi profesor de Post-Grado en el área de Derecho Procesal Civil en la Universidad Bicentenaria de Aragua y con quien también he compartido en mi ejercicio profesional durante mi labor como Apoderada Judicial de la Universidad de Los Andes a quien también admiro y respeto por su calidad humana. También quiero dedicar este trabajo a la memoria de mis profesores Daniel Monsalve y Julio César Newman Gutiérrez, quienes dedicaron gran parte de su ejercicio profesional a la enseñanza universitaria del Derecho, con la promesa de seguir divulgando su obra y pensamiento en pro de enaltecer los estudios de esta área del conocimiento. De igual modo, dedico el presente trabajo en homenaje a mi querido y admirado colega, el Dr. Manuel Alexander Rojas, mi compañero en el Servicio Jurídico de la Universidad de Los Andes, ejemplo de estudio y dedicación constante al Derecho una persona de gran calidad humana y sentido altruista, a quien nuestro Señor Todopoderoso lo llamó a su presencia hace unos meses, aún seguimos consternados con su partida.

Así mismo, este texto surge del interés que despertó el artículo del Dr Manuel Rojas Pérez, titulado: *Jubilación y la Potestad Disciplinaria (Comentarios a*

la Sentencia 518 del 20 de Julio de 2007 de la Sala Constitucional), publicado en el Anuario de Derecho Público N° 1 del año 2007, páginas 281 al 288.

Dicho esto, se procede a entrar en materia, partiendo por establecer **la naturaleza jurídica del Procedimiento Disciplinario de Destitución de Funcionarios Públicos** analizando lo que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia ha establecido al efecto.

INTRODUCCIÓN

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de sus competencias establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, a lo largo de los últimos 20 años aproximadamente, ha proferido sentencias muy emblemáticas estableciendo criterios que actualizan el ordenamiento jurídico para armonizarlo con los preceptos de la Carta Magna, criterios de carácter vinculante de observancia obligatoria para las demás Salas y el resto de los tribunales de instancia del país.

La sentencia como acto de conocimiento y también como acto de voluntad emanado del Juez, también es un acto de creación del derecho así como un acto de la aplicación del derecho, la sentencia es consecuencialista, tal y como lo afirmaba el Dr. Julio Cesar Newman Gutiérrez en sus clases de Post-Grado, que como todo acto humano, parte de una hipótesis, del planteamiento de un problema y cuál es la solución del mismo con fundamento en la Ley, en razón de lo cual, si no presenta una solución al problema, se estará en presencia de la denegación de justicia. La sentencia con carácter vinculante emanada de la Sala Constitucional conforme a lo establecido en el artículo 335 del texto constitucional, pasa a ser fuente de derecho denominada jurisprudencia.

Sin embargo, se ha encontrado, que a veces, la Sala Constitucional incurre en la emisión de jurisprudencia con carácter normativo, que es aquella cuando en la sentencia se está legislando, así siempre lo indicaba con carácter crítico el Dr. Daniel Monsalve en sus clases de Post-Grado, manifestando su preocupación ante eventuales usurpaciones de las competencias, que al respecto, son propias del Poder Legislativo. Aun así, el Maestro Monsalve,

estaba consciente, que eso suele suceder cuando el ordenamiento jurídico no se reforma oportunamente conforme a las nuevas circunstancias históricas y los nuevos paradigmas sociales, ante los cuales, los jueces no pueden ser indiferentes, si de verdad quieren hacer Justicia.

Así las cosas, el presente trabajo revisa los alcances de las sentencias N° 1518 y N° 1392 de la Sala Constitucional, que en revisión constitucional abordaron el tema de la jubilación y qué hacer ante los casos planteados en los mismos dado el vacío normativo que existe, ya que el Legislador, solo se limita a establecer los requisitos para la procedencia de la pensión de jubilación, tanto de edad como de tiempo de servicio, pero no regula nada respecto a qué hacer ante aquellas situaciones en donde el beneficiario, se encuentra ante las puertas de un procedimiento disciplinario de destitución o, que una vez removido o destituido tiene en su haber uno de los requisitos para optar a ser jubilable, demanda su nulidad y en el transcurso de la querella funcionarial respectiva, cumple con el otro requisito que le faltaba para proceder a su jubilación.

Además, la Sala Constitucional del TSJ establece en su sentencia N° 1518, el momento u oportunidad procesal en el cual las Oficinas de Recursos Humanos del órgano o entidad pública en donde preste servicios el funcionario objeto de investigación, debe verificar si el mismo, es susceptible de serle otorgada la jubilación, entendiéndose que la jubilación es un beneficio propio de los trabajadores del sector público en el caso venezolano.

De lo expuesto, se pudiera pensar que la Sala Constitucional estaría emitiendo jurisprudencia normativa. Sin embargo, existe un hilo diferenciador muy sutil para determinar que la misma, a través de la Constitucionalización del Derecho en su modalidad de control concentrado de la Constitución, adapta el ordenamiento jurídico vigente conforme a sus preceptos, en apego al Estado Democrático, Social de Derecho y de Justicia que propugna los valores superiores descritos en el artículo 2 constitucional, y es lo que en esencia, se estudia en el presente trabajo sin intención de caer en erudición alguna, sino de entender y escudriñar la actual dinámica social de la cual, la Sala Constitucional no ha sido indiferente, si bien, no es perfecta ya que en los votos salvados, concurrentes y disidentes de las sentencias en comento, se observa que aún hay mucha más tela que cortar en cuanto al tema de la jubilación, como derecho

constitucional y sus alcances, por ende, la tarea legislativa debe ponerse a tono con ello.-

DESARROLLO

1_. Diferenciación entre Proceso y Procedimiento.

Para ello, es menester repasar lo que se entiende por *proceso* y por *procedimiento.* Así se trae a colación lo que al respecto ha definido el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (en su versión digital publicada en la página web oficial www.rae.es). *Proceso* ("processus"; "procedere") significa marchar, avanzar hacia un fin determinado a través de sucesivos pasos. Actividad que despliegan los órganos del Estado en la creación y aplicación de las normas jurídicas generales o individuales.

También se define al *Proceso* como conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos al órgano que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como también la conducta del sujeto o sujetos extraños al órgano, frente a quienes le han requerido la intervención. Conjunto de actos que tienen por objeto la decisión de un conflicto o litigio.

En razón de lo cual, el *Proceso* no es sinónimo de juicio. Hay una relación de género a especie. *Juicio* supone la existencia de una controversia, o por lo menos, un conflicto entre partes, lo que no se da cuando hay rebeldía, allanamiento, o en los procesos voluntarios. *Proceso* no es sinónimo de procedimiento. *Proceso* es el conjunto de actos necesarios, en cada caso, para obtener la creación de una norma individual. *Procedimiento* es cada una de las etapas o fases que el proceso puede comprender. Por ejemplo, al procedimiento de 1ª instancia puede seguir el de 2ª instancia.

Esto es lo que *grosso modo* sostienen los autores ius procesalistas de la talla de Devis Echandía, Eduardo Couture, Piero Calamandrei, Giuseppe Chiovenda, Carnelutti, entre otros en sus obras relacionadas con la Teoría General del Proceso.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

Ahora bien, el autor venezolano Feltri Martínez (2011)[2], dice:

> … podemos definir el proceso como conjunto de actos jurídicos mediante los cuales se desarrolla la función jurisdiccional, en cuya realización participan, tanto el órgano público llamado a dictar la providencia, como los sujetos, en contradictorio, respecto a los cuales los efectos de aquella deben producirse…

En este mismo orden de ideas, Feltri Martínez propone como definición del *proceso,* como:

> conjunto de comportamientos jurídicos que realizan las partes interesadas en contradictorio, y el juez, para dar vida tanto a los actos preparatorios como al acto final, cuya formación se requiere de dicho órgano, es lo que se denomina "proceso", el cual permite el desarrollo de la función jurisdiccional[3].

Este autor señala que su definición se ajusta conforme a los preceptos establecidos en el artículo 257 constitucional según el cual *"el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia"*.

De modo tal que, Feltri Martínez cita a Elio Fazzalari argumentando que…

> Cuando en la realización de los actos preparatorios del acto final, intervienen, en contradictorio o sosteniendo posiciones contrarias y excluyentes, las personas en cuya esfera jurídica deberá producir efectos del acto final, nos encontramos ante la institución que se denomina "Proceso". Cuando en la preparación del acto final intervienen solamente los órganos públicos que, de acuerdo con su propia competencia, son los llamados a la realización de ambos (preparatorios y final) nos

[2] **Feltri, M.** (2011) "*Teoría General del Proceso I*." 3era. Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.C., Venezuela. Pág. 29.
[3] Op. Cit. Págs. 27 y 28.

> encontramos ante la institución del procedimiento…[4]

Bajo este hilo argumental, la Exposición de Motivos del vigente Código de Procedimiento Civil señala:

> El procedimiento es el conjunto de reglas positivas que determinan el método o estilo propio para la actuación ante los Tribunales, mientras que el concepto de proceso o juicio, denota principalmente la finalidad compositiva del litigio que persiguen las partes interesadas y el conjunto de relaciones jurídicas que surgen entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta[5].

Como nota diferenciadora entre proceso y procedimiento, Araujo-Juárez (2010)[6], sostiene que en el proceso el fin esencial consiste en la averiguación de la verdad y en la satisfacción de las pretensiones ejercitadas, mientras que en el procedimiento se persigue la racionalidad (orden, eficacia y acierto).

En resumidas cuentas, el proceso es el género y el procedimiento es la especie, siendo así, que se tiene el procedimiento civil, el laboral, el penal, el contencioso administrativo, el procedimiento administrativo, entre otros. Así las cosas, se tiene que a través de los mismos se busca materializar alcanzar la justicia, de allí su carácter instrumental o teleológico.

Al respecto, el Dr. Devis Echandía en su obra Teoría General del Proceso[7], cuando habla de la noción de la jurisdicción, que en cuanto a su fin, suele confundirse con el del proceso en general, pero la jurisdicción contempla casos determinados y aquél todos en general.

---

[4] Op. Cit. Pág. 28

[5] **Gaceta Oficial N°4209 Extraordinario** del 18-09-1990. Código de Procedimiento Civil.

[6] **Araujo-Juárez, J.** (2010) "Derecho Administrativo General. Procedimiento y Recurso Administrativo." Ediciones Paredes. Caracas D.C., Venezuela.

[7] **Devis, H.** (S/A) "*Teoría General del Proceso Aplicable a toda Clase de Procesos*." 3era edición revisada y corregida. (Versión digital). Editorial Universidad. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Pág. 95.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

En consecuencia, Devis Echandía dice, que si bien la jurisdicción es la potestad de administrar justicia, es función de uno de los órganos del Estado, y ella emerge de su soberanía como lo consagran las constituciones, por lo que quienes ejercen permanentemente la facultad de administrar justicia son los funcionarios judiciales (los jueces) por disposición de la Constitución y las leyes (artículo 253 segundo párrafo constitucional), y que en casos especiales, es ejercida por funcionarios administrativos (Alcaldes, Gobernadores, Contralores, Inspectores del Trabajo, Rectores de las Universidades Nacionales Autónomas, Superintendentes, Gerentes de División, en fin, por los funcionarios de mayor jerarquía y por los máximos jerarcas del órgano o del ente de que se trate, entre otros) y los árbitros cuando ejercen ocasionalmente funciones jurisdiccionales.

En virtud de lo expuesto, se tiene los procedimientos judiciales (también denominados en sede judicial) y los procedimientos administrativos (en sede administrativa).

Los procedimientos judiciales, son los desarrollados a través del Poder Judicial (conformado por el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de instancia del país) desde los distintos códigos o leyes adjetivas como el procedimiento civil ordinario contenido en el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo ordenamiento también se encuentran desarrollados los procedimientos civiles especiales tales como los juicios ejecutivos (artículo 608 y siguientes), los juicios declarativos sobre la propiedad y la posesión (artículo 690 y siguientes), los relativos a los derechos de familia y al estado de las personas (artículo 726 y siguientes), entre otros; como el procedimiento contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos, el procedimiento para las demandas de contenido patrimonial contra el Estado, el procedimiento por las vías de hecho y por incumplimiento o mal funcionamiento en la prestación de servicios públicos de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), entre otros.

Los procedimientos judiciales en lo subjetivo, se caracterizan por estar conformados por las partes (demandante y el demandado) y el juez, quien manifiesta la decisión de la controversia a través de la sentencia, su contenido debe ser conforme a los requisitos establecidos en la Ley, por ejemplo, en el caso del procedimiento civil están previstos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil; en el procedimiento laboral, por su parte, sus requisitos

están previstos en el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, entre otros. Allí las partes, ante un caso concreto, acuden al jurisdiscente para resolver sus controversias.

En cuanto a los procedimientos administrativos, son uno de los aspectos desarrollados a través de la Administración (entendida en sentido subjetivo u orgánico) en ejercicio de la actividad administrativa que en palabras de la Dra. Rondón de Sansó (2000), es equiparada con la "función administrativa", por lo que sostiene esta autora que:

> … la expresión "actividad administrativa" es equivalente a la noción de administración (en sentido objetivo como actividad con "a" minúscula), en sentido material o sustancial, esto es, al cúmulo de todo aquello que la Administración (como Administración-aparato con "A" mayúscula), entendida como una estructura orgánica, realiza, es decir, a su "hacer" esencial. Este conjunto de actuaciones llega a identificarse con la propia entidad que actúa o con aquélla a quien tales actuaciones son imputables…, la expresión actividad administrativa pasa a englobar no sólo aquello que constituye una función desarrollada por la Administración,…, de obrar que en su conjunto, tiene relevancia jurídica, sino que el mismo abarca también cualquier actuación que la Administración realiza o que le compete y que tiene trascendencia para el derecho, cualquiera que sea su contenido o efecto, desde el acto de carácter normativo de los órganos superiores de la Administración, hasta la ejecución material de las decisiones, e igualmente las gestiones que realice como operador económico y de las cuales deriven consecuencias tanto en el ámbito externo como interno…[8]

[8] **Rondón de Sansó, H.** (2000) "*Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización/Actos Internos.*" Ediciones Líber. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 15

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

Para abundar en este punto respecto a los dos sentidos que tiene el término "Administración", Peña Solís (2004)[9], destaca que la Constitución de 1999 integra expresamente la **Administración Pública** al Poder Público por lo que los sentidos expuestos están contenidos en el artículo 141 constitucional que preceptúa:

> La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

En consecuencia, Peña Solís señala que el texto constitucional coloca como nota esencial o definidora, el carácter servicial de la Administración Pública cuya finalidad es servir a los ciudadanos y las ciudadanas. Por lo que de la simple lectura del artículo 141 constitucional (prosigue el autor), se permite colegir que la expresión *"La Administración Pública"*, está referida al sentido subjetivo u orgánico, en virtud de que alude al conjunto de órganos del Poder Público encargados de ejercer la función pública, esto es, la actividad destinada a servir a la comunidad, por lo que también resulta sencillo inferir que la expresión está referida al sentido material, sustancia u objetivo. Igualmente quedan revelados ambos sentidos cuando se relaciona la nota definidora de la función (carácter servicial), antes indicado, con la Administración (complejo orgánico)[10].

Así el sentido objetivo o material aparece en el artículo 164 numerales 3°, 7°, 10°, artículo 167 numeral 1°, artículos 169, 178, 293 numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 7°, 8°, 9° y 10°, y el sentido orgánico o subjetivo, en los artículos 161, 171, 174, el artículo 187 numeral 3°, artículo 239 numeral 2°, artículos 251, 259, 267, 273, 275, 277, 293 numeral 5° y la Disposición Transitoria Cuarta numeral 5° todos del texto constitucional.

---

[9] **Peña, J.** (2004) "*Manual de Derecho Administrativo adaptado a la Constitución de 1999. Volumen Primero*." 4ta reimpresión 1. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.C., Venezuela. Págs. 36 y 37.
[10] **Peña, J.** Op. Cit. Pág. 38

De lo expuesto, se evidencia que el Constituyente, cuando se refiere a la Administración Pública en sentido orgánico o subjetivo, engloba todos los órganos que integran el Poder Público, abandonándose la vieja idea que la Administración Pública se refería exclusivamente al Poder Ejecutivo; y a su vez, que la Administración Pública en sentido material u objetivo, se refiere a la actividad o función administrativa que todos los órganos del Poder Público realizan.

En este orden de ideas, la actividad administrativa está sometida al Derecho Público, y como lo sostiene la autora Rondón de Sansó[11], implica para los órganos que la actúan, el ejercicio de potestades, esto es, de cargas públicas que los obligan y los facultan a un mismo tiempo, para dictar ciertos actos capaces de incidir sobre la esfera subjetiva de los administrados y, así mismo, para ejecutar actos con fuerza autoritaria. La potestad (prosigue la autora) es una carga, por cuanto implica una habilitación para actuar (facultad), constituyendo, simultáneamente un requerimiento de que tal actuación sea realizada (deber).

Las potestades públicas más importantes a decir de Rondón de Sansó, cuyo ejercicio corresponde a la Administración Pública son: reglamentaria, revocatoria, disciplinaria, sancionadora y organizativa[12].

Siguiendo el hilo de la función o actividad administrativa, Giannini citado por Lares Martínez (2008)[13], afirmó que el procedimiento administrativo constituye la forma de la función administrativa. En tal sentido, el clásico Lares Martínez, dice, que el procedimiento administrativo generalmente abarca, un conjunto de actos preparatorios o de trámite que han de culminar en la decisión de la autoridad administrativa competente sobre la cuestión de fondo que le corresponde resolver. El pronunciamiento emitido como resultado de un procedimiento administrativo es *el acto administrativo principal*, llamado también *definitivo, resolutorio o decisorio*[14]. Los procedimientos administrativos (prosigue Lares) son también llamados procedimientos internos, porque se tramitan en el

[11] **Rondón de Sansó, H.** Op. Cit. Pág. 44
[12] **Rondón de Sansó, H.** Op. Cit. Pág. 44
[13] **Lares, E.** (2008) "*Manual de Derecho Administrativo*." XIII edición. Rodrigo, B. Actualización. Coeditado por la Sucesión de Eloy Lares Martínez y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 595
[14] **Lares, E.** Op. Cit. Pág. 593.

seno de la Administración. Se distinguen de los procedimientos contenciosos, de los cuales conocen los órganos jurisdiccionales, es decir, los tribunales[15].

En consecuencia, los actos administrativos (en su fondo y forma) y el procedimiento administrativo, están ceñidos a las reglas jurídicas preestablecidas bajo el denominado bloque de legalidad previsto en el artículo 137 constitucional.

En Venezuela, la norma jurídica que regula el acto administrativo y el procedimiento administrativo está cogida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (también conocida por sus siglas como LOPA). De hecho, se refieren sobre tales conceptos en plural: los actos administrativos (artículos 7, 8, 9 y 18, por ejemplo) y los procedimientos administrativos (artículo 47). El acto administrativo, es la forma por la cual se materializa la voluntad de la Administración Pública.

En materia de procedimientos administrativos, Lares Martínez señala que la LOPA, contempla dos clases de procedimientos, a saber: los procedimientos de primer grado (aquellos que tiene como finalidad la formación del acto administrativo) y los de segundo grado (que tienen por finalidad, la revisión en vía administrativa de los actos ya dictados)[16].

Los procedimientos administrativos de primer grado son: el procedimiento ordinario (artículos 47 al 66 ejusdem) y el procedimiento sumario (artículos 67 al 69 ejusdem), y los procedimientos administrativos de segundo grado son: los procedimientos de revisión de oficio (artículo 81 al 84 ejusdem) y los recursos administrativos (artículos 85 al 99 ejusdem)[17].

Lares Martínez expone que el procedimiento por excelencia entre los de primer grado es el procedimiento ordinario, que es el normalmente aplicable. Es el que constituye la regla, que dejará de regir cuando existan procedimientos establecidos en leyes especiales, los cuales conforme al artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se aplicarán con preferencia en las materias que constituyen la especialidad. El procedimiento ordinario tiene una naturaleza definidamente inquisitiva. La Administración deberá

[15] **Lares, E.** Op. Cit. Pág. 594.
[16] **Lares, E.** Op. Cit. Pág. 595.
[17] **Lares, E.** Op. Cit. Pág. 598.

comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio para el esclarecimiento del asunto.

En efecto, algunas leyes aparecen reglas de procedimiento para la elaboración de los actos administrativos contemplados en ellas. Así, por ejemplo, la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras contiene reglas particulares de procedimiento para obtener las autorizaciones respecto de la promoción y funcionamiento de esos institutos; la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros regula a su vez el procedimiento relativo a la inscripción de esas empresas en la Superintendencia de Seguros[18].

Araujo-Juárez observa que para que opere la especialidad de una ley en materia procedimental a la que se refiere el artículo 47 de la LOPA, no basta la mera inclusión de simples trámites que caben perfectamente dentro del procedimiento administrativo ordinario que prevé el referido texto legal, dada la flexibilidad de sus preceptos, no existiendo propiamente un procedimiento administrativo especial. Por el contrario, se debe entender que la preferente aplicación está referida a aquellas normas de leyes especiales que prevén "la existencia de módulos procedimentales específicos dotados de perfiles propios y precisos", los cuales sólo "serán de preferente aplicación en las materias que constituyan la especialidad". Aceptar lo contrario, significaría desvirtuar la finalidad de la LOPA[19]. En este sentido, la legislación procedimental no pretende introducir una regulación uniforme, sino completamente unitaria. De esta forma, concluye Araujo-Juárez, es posible compaginar la idea de unidad con la de especialidad[20].

En este sentido, González Navarro citado por Araujo-Juárez, expresa que "*Procedimiento Administrativo Especial*" es por tanto, aquel que ha sido pensado para una hipótesis particular y concreta cuyo contenido aconseja una tramitación distinta de la general"[21].

En virtud de lo expuesto, Araujo-Juárez dice que para que pueda hablarse de procedimiento administrativo especial, es necesaria la simultánea concurrencia de dos requisitos:

---

[18] **Lares, E.** Op. Cit. Págs. 596 y 598.

[19] **Araujo-Juárez, J.** Op. Cit. 164.

[20] **Araujo-Juárez, J.** Op. Cit. 165.

[21] **Araujo-Juárez, J.** Op. Cit. 165.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

(i) Formal: Tramitación –legal- diferente de la general regulada en la LOPA; y

(ii) Objetivo o de fondo: Peculiaridad de la materia a que se aplica.

Ambos requisitos han de darse en forma simultánea y, en cierto modo, se condicionan recíprocamente. No es concebida una tramitación diferente sino en razón de una peculiaridad de la materia y será ésta, en definitiva, la que reclamará por su propia sustancia, la especialidad de tramitación que es en definitiva a lo que se refiere la LOPA[22].

En consecuencia, una de las características del procedimiento administrativo es que la Administración Pública es parte de la actuación o actúa como juez y parte[23]; y la otra parte, es el administrado.

Ahora bien, Araujo-Juárez señala que la jurisprudencia y un sector de la doctrina han pretendido introducir en el Derecho positivo la tesis del denominado **procedimiento administrativo cuasi-jurisdiccional,** como colofón de otra innovación como lo es la teoría del acto administrativo cuasi-jurisdiccional. De acuerdo a la jurisprudencia se trataría de una especial categoría de actos denominados actos administrativos "cuasi-judiciales" o "cuasi-jurisdiccionales", en virtud de que la Administración Pública realizaría la función de "cuasi-juzgamiento", aplicando criterios de justicia, en su propia sede, con sus propias agencias, mediante sus funcionarios y en virtud de atribuciones otorgadas expresamente por la Ley. Serían aquellos casos de relaciones triangulares entre dos sujetos particulares con intereses contrarios y la Administración Pública.

Por tanto, el carácter derivaría de lo especial del procedimiento seguido, parecido al judicial, y no tanto, del contenido del acto en cuestión. Sin embargo, Araujo-Juárez dice que la contradicción surge cuando la jurisprudencia afirma por otro lado, que tales actos son netamente administrativos, por lo cual, no constituirían una categoría intermedia entre las sentencias del Poder Judicial y los actos de la Administración Pública[24].

---

[22] **Araujo-Juárez, J.** Op. Cit. 37.
[23] **Rondón de Sansó, H.** Op. Cit. Pág. 45.
[24] **Araujo-Juárez, J.** Op. Cit. Pág. 37.

Como ejemplos de este "procedimiento administrativo cuasi-jurisdiccional", se tienen los procedimientos para la protección del fuero sindical o la inamovilidad laboral contenidos en los artículos 422 y 425 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT), y el procedimiento para atender reclamos de trabajadores y trabajadoras previsto en el artículo 513 *ejusdem*, en donde las partes (el patrono y el trabajador) según sea el caso, acudirán ante el Inspector del Trabajo de la jurisdicción territorial, en donde se ejecuta la relación laboral para que conforme a los supuestos establecidos en las normas citadas, el Inspector del Trabajo restituya los derechos infringidos contra los trabajadores, o autorice al patrono para despedir al trabajador previa calificación de la falta, según sea el caso.

Aquí, se tiene, que el Inspector del Trabajo, es un funcionario (personal administrativo) dependiente del Ministerio con competencia en materia del trabajo y la seguridad social (artículo 506 *ejusdem*), por ende, forma parte de la Administración Pública, y en los procedimientos en mención, ambas partes (tanto el trabajador como el patrono), tienen derecho a defenderse y promover y evacuar pruebas y formular los alegatos en su defensa tal y como un procedimiento en sede judicial, es decir, hay contención. No obstante, el Inspector del Trabajo, so pena de nulidad, no debe pronunciarse sobre situaciones de derecho, las cuales, son funciones propias de los jueces a tenor de lo previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

2_. Esencia Jurídica del Procedimiento Disciplinario Destitutorio.

Dicho esto, se debe pasar a analizar, el procedimiento disciplinario de destitución de funcionarios públicos que subjetivamente hablando, tiene dos (2) partes: La Administración Pública (juez y parte) y el funcionario investigado; éste procedimiento debe ser sustanciado conforme a los pasos que sistemáticamente establece el artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), el cual distingue tres (3) etapas en el procedimiento de destitución, a saber: 1) Solicitud de Investigación o fase de iniciación, 2) Sustanciación o instrucción y 3) Decisión.

En efecto, ***la primera etapa*** le corresponde al funcionario de mayor jerarquía de la unidad a la que pertenece el funcionario investigado, solicitar a la Oficina de Recursos Humanos, el inicio de la averiguación administrativa, **tal**

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

solicitud debe ser formulada relatando pormenorizadamente los hechos constitutivos de la presunta causal de destitución, acompañando de ser posible, los recaudos que contribuyan a probar los mismos, y acto seguido el órgano competente, de oficio, emana el acuerdo de iniciación del procedimiento recogido en un auto denominado de ¨**apertura o de inicio**¨ o **"acta de inicio de investigación"** el cual deberá contener de forma concurrente, los siguientes elementos:

a) la identificación del presunto o presuntos responsables de la infracción;

b) los hechos, expuestos de forma sucinta que configuran la infracción, que originan la iniciación del procedimiento, así como su calificación jurídica *y las consecuencias del mismo*, es decir, que deben identificarse las posibles sanciones que podrían corresponderle a los que resulten responsables, son los elementos fácticos y jurídicos del auto de apertura;

c) la identificación del órgano competente para instruir el procedimiento, así como el órgano competente para decidirlo y las correspondientes normas atributivas de esa competencia;

d) las medidas cautelares o provisionales adoptadas por el órgano competente para iniciar el procedimiento o para dictar la decisión, según sea el caso y siempre y cuando exista norma expresa que lo regule;

y, **e)** debe contener la indicación precisa sobre el derecho del interesado a formular sus alegatos de defensa, así como promover y evacuar pruebas dentro de los plazos legalmente establecidos.

Todos estos elementos concatenados con el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, conforme a lo previsto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia N° 1397 del 07 de Agosto de 2001, expediente N° 00-0682, con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Rondón Haaz, que a su vez recoge, lo que en ese sentido ha establecido la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominado "Pacto de San José", la cual es ley interna de la República por ratificación del entonces Congreso Nacional el 23 de Junio de 1977 y depositada el 09 de Agosto de 1977. El anterior Magistrado ha sostenido con la anterior sentencia, que el derecho a la

presunción de inocencia es susceptible de ser vulnerado por cualquier acto, bien sea de trámite o de mera sustanciación, o bien sea definitivo o sancionador, del cual se desprenda una conducta que juzgue o precalifique al investigado de estar incurso en irregularidades.

En cuanto a ***la segunda etapa,*** se trata de sistematizar y ordenar las actuaciones que impulsan el procedimiento de averiguación administrativa a fin de lograr el esclarecimiento de los hechos, ésta etapa está signada por el deber de impulsión que corresponde a la Administración (por órgano de la Oficina de Recursos Humanos) con la finalidad de comprobar la ocurrencia de los hechos y la culpabilidad del interesado mencionado (en éste caso del funcionario aquí investigado ya identificado) con el auto de apertura o acta de inicio de investigación y, en consecuencia, a desvirtuar su presunción de inocencia, y por el derecho del interesado o inculpado a ejercer su defensa en todos y cada uno de sus atributos: alegatos, pruebas, informes, control de las pruebas promovidas por la Administración, con la finalidad de demostrar que los hechos no ocurrieron, o que si ocurrieron no están tipificados como infracciones administrativas, y que si ocurrieron y están tipificados como ilícitos, no son imputables a él, intentando de esa manera de mantener incólume la presunción de inocencia que lo ampara constitucionalmente[25].

En cuanto a ***la tercera etapa,*** también denominada fase conclusiva o decisoria, una vez terminada la fase de sustanciación, el expediente es remitido a la Consultoría Jurídica o unidad similar del órgano o ente para que emita la opinión jurídica respectiva sobre la procedencia o no de la destitución y dependiendo de su opinión, será enviado a la máxima autoridad del órgano competente o ente, quien con vista en los autos que integran el expediente, dictará la decisión que corresponda (bien sea sancionatoria, o absolutoria, o declarativa de prescripción o de caducidad e igualmente puede anular determinadas actuaciones violatorias de derechos fundamentales, y acordar la reposición del procedimiento).

---

[25] **Peña, J.** (2005) *"La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública"*. Colección de Estudios Jurídicos Nº 10. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.C., Venezuela. Pág. 404 al 409. Cfr. **Moya, E. J.** (2010) *"Derecho Contencioso Funcionarial"*. Mobilibros, Caracas D.C. Venezuela. Págs. 122 al 128.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

Entonces, queda sentado que el Procedimiento Administrativo (en éste caso el de índole disciplinario) por tanto, **podría definirse** como un conjunto de actos, trámites o actuaciones llevadas a cabo por la Administración Pública para dar transparencia a su actuar, así como garantizar el derecho a la defensa, debido proceso y participación ciudadana de los particulares (en éste caso del funcionario investigado), logrando de esa forma la materialización de algún fin que ésta se ha propuesto, materialización esta que tomará forma de acto administrativo conclusivo.[26]

Así mismo, es menester establecer, que la situación de los funcionarios públicos, y, en concreto, su régimen disciplinario, ocupa un lugar importante por su entidad cualitativa o especialidad. La jurisprudencia venezolana comparte plenamente el criterio expuesto por Araujo Juárez (2010) cuando sostiene:

> Las sanciones disciplinarias son una de las manifestaciones características de la potestad sancionatoria de *autoprotección* administrativa, y son aquellas que se imponen a las personas sometidas a una relación especial de sujeción o poder respecto a la Administración, cuando tales personas infringen la disciplina interna por la cual se rige dicha relación. Tal es el caso de las sanciones disciplinarias sobre los miembros de un Colegio Profesional, o una figura más usual en esta jurisdicción, las sanciones disciplinarias de los funcionarios públicos.[27]

De igual modo, en la sustanciación del procedimiento disciplinario de destitución, debe prevalecer a todo evento, el **Principio de Presunción de Inocencia:** previsto en el artículo 49 numeral 2° de la Carta Magna: "toda

---

[26] **De León, R.** (2011) Principios Rectores del Procedimiento Administrativo Disciplinario de Destitución de Funcionarios Públicos En, *"Revista de Derecho Funcionarial. Volúmenes 4 y 5. Septiembre – Diciembre 2011; Enero-Abril 2012."* Edición Cuatrimestral. Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. Caracas D.C., Venezuela. Págs. 43 al 92.

[27] **Araujo-Juárez, J.** (2010) "*Los Procedimientos Administrativos Especiales*." Ediciones Paredes. Caracas. Pág. 343.

persona se presume inocente mientras se pruebe lo contrario." En materia disciplinaria, la Administración Pública debe comprobar y de ello debe dejar plena constancia en el expediente administrativo, que el funcionario público investigado efectivamente, es responsable de los cargos que le fueron imputados.

Ello significa, que a la Administración no le bastaría con formular cargos en contra del funcionario, tramitar desde el punto de vista formal el procedimiento disciplinario y reconocerle en ese sentido al imputado el lapso probatorio que la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP en adelante) le establece, todo ello con la intención de apoyarse luego en la presunción de legalidad de los actos administrativos para que sea declarada procedente la destitución del investigado, **haya consignado o no algún documento en su descargo o defensa.**

La cuestión es, que adicionalmente a ello, la Administración Pública debe desarrollar por ella misma una auténtica actividad positiva, trayendo al expediente todos los medios probatorios que despejen cualquier duda acerca de la incursión o no del funcionario investigado en las causales de destitución correspondientes. De este modo, no puede apoyarse la Administración en la presunción de legalidad del acta mediante la que se formulan los cargos pues debe notarse que, si bien dicho acto administrativo goza de una presunción de legalidad, su contenido refleja o se fundamenta en meras presunciones que deben ser confirmadas o descartadas una a una en las etapas del *íter procedimental.*

Por supuesto, que durante la tramitación del procedimiento, al funcionario investigado no se le considera culpable o dicho en otros términos "responsable", lo cual no solo significa, que al mismo debe respetársele el lapso legalmente establecido en la LEFP para que pueda defenderse, sino que la Administración debe abstenerse de prejuzgar sobre el fondo del asunto, adelantando juicios de valor no comprobados, además que **tal presunción abarca cualquier etapa y grado del procedimiento.**

En consideración a los argumentos expuestos, tenemos que en ejercicio de la potestad disciplinaria, la Administración Pública, en materia de responsabilidad disciplinaria sobre los funcionarios adscritos a ella, cuenta con dos tipos de sanciones, a saber: la amonestación y la destitución (artículo 82

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

LEFP); la amonestación no implica expulsión o causal de retiro del funcionario público de la Administración Pública, por el contrario, la destitución si conlleva la expulsión del funcionario de la Administración Pública y constituye una de las causales de retiro (artículo 78 numeral 6° *ejusdem*) y con ello culmina la relación de empleo público.

De lo expuesto, se deriva que ambos tipos de sanciones son aplicables a los funcionarios públicos cuya definición está establecida en el artículo 3 de la LEFP que dice: *"Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente."*

Ahora bien, en la materia disciplinaria, con base a esta definición legal, se evidencia, que desde el punto de vista subjetivo, también la potestad disciplinaria se puede aplicar aparte de los funcionarios de carrera, a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, incluso a aquellos funcionarios de libre nombramiento más no de libre remoción. Si bien en la práctica en el caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no es típica la aplicación de las referidas sanciones o medidas disciplinarias, no obstante, la ley lo permite de ser el caso.

Sentada la definición del procedimiento disciplinario de destitución de funcionarios públicos, se puede concluir y establecer su naturaleza jurídica señalando que es un procedimiento administrativo, que es sumamente especial por su tramitación, y que es de tipo disciplinario en ejercicio de la potestad homónima la cual también es definida por Rondón de Sansó como una manifestación de la autotutela, ya que, a través de la misma Administración controla y reprime las faltas de los sujetos que se encuentran unidos a ella por una relación de servicio o por un vínculo estable o permanente, en forma tal que al actuar, manifiestan o ejecutan su propia voluntad[28]; así mismo, es menester tener en cuenta **los principios que lo rigen,** partiendo de la noción *"principium est primium"* como decían los escolásticos, lo cual quiere decir, es lo primero que actúa como origen de cuanto le sigue.

En el orden lógico, se entiende por principio, *una proposición con valor postulado o de axioma, de la cual derivan todas las demás, y como tal, su utilidad reside en que nos muestra y ayuda a entender el porqué de las cosas; en el campo jurídico, el*

porqué de las normas jurídicas.[28] Sin embargo, la doctrina no es unánime en la enumeración de estos principios, así como tampoco sus criterios de clasificación, así lo sostiene Rafael De León quien afirma que, no obstante, los principios generales, aplicables al presente procedimiento en especial, sobre todo, aquellos que revisten importancia práctica relevante para el procedimiento que aquí nos ocupa, siempre deben interpretarse en beneficio del o la funcionario (a) investigado (a).[29]

De modo que, en todo caso, los principios de veracidad y justicia, se observarán como pilares fundamentales en el presente procedimiento por expresa disposición del artículo 49 de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otro lado, en procedimientos de esta naturaleza, la Administración (en éste caso por órgano de la Oficina de Recursos Humanos) tiene la carga de la prueba por ser ésta la que está alegando los cargos, los hechos y las faltas aquí impuestas, no obstante, el funcionario investigado tiene la facultad para producir, promover y evacuar pruebas que considere pertinentes tendentes a desvirtuar los fundamentos formulados en su contra **en tiempo oportuno.**

Por otra parte, en cuanto **a la jubilación,** se analizará desde la perspectiva legal, doctrinaria y jurisprudencial; al respecto, la LEFP lo determina como una de las causales de retiro de la Administración Pública (artículo 78 numeral 4° ejusdem) y que a tenor de lo previsto en el artículo 30 *ejusdem*, sería un derecho exclusivo de los funcionarios de carrera, considerándose una situación pasiva de los funcionarios públicos una vez en el goce de la misma.

La palabra ***jubilación*** proviene del latín iusbilatio-onis y significa acción y efecto de jubilar o jubilarse; eximir de servicio por razones de ancianidad o imposibilidad física a la persona que desempeña o ha desempeñado algún

---

[28] **Rondón de Sansó, H.** Op. Cit. Pág. 45.

[29] **Moles Caubet, A.**, citado por **Rojas-Hernández, J.** (2004) "*Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador como Límites de la Potestad Administrativa Sancionatoria.*" Ediciones Paredes. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 57.

[29] **De León, Rafael.** "Principios Rectores del Procedimiento Administrativo Disciplinario de Destitución de Funcionarios Públicos". Revista de Derecho Funcionarial, Volúmenes 4 y 5, Septiembre – diciembre 2011; enero-abril 2012, Edición Cuatrimestral, Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2012. Págs. 43 al 92.

cargo civil, señalándole pensión vitalicia o recompensa por los servicios prestados[30].

De esta definición, se tienen dos supuestos para el otorgamiento: la jubilación por razones de tiempo de servicio y edad y, la jubilación por incapacidad; además, la pensión por tal concepto es de por vida, el sujeto beneficiario es un funcionario quien para poder gozar de cualquiera de ambos supuestos, debe estar en servicio activo.

Sobre estar en servicio activo, desde el punto de vista jurídico, ha sido regulado en el parcialmente vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa en su artículo 47: "*Se considera en servicio activo al funcionario que ejerza el cargo del cual es titular, o que se encuentre en comisión de servicio, traslado, permiso o licencia o se encuentre en período de disponibilidad.*"

Para abundar más este hilo de pensamiento, se tiene, que en el país, la jubilación ha sido reconocido como un derecho que implica una especie de un nuevo estatus que corresponde al funcionario retirado de la Administración cuando tiene un determinado número de años de servicios y ha alcanzado ciertos límites de edad *-tal y como se sostiene en párrafos anteriores-*, por lo que constituye entonces una forma de retiro de la Administración Pública Nacional, cuando desincorpora un sujeto del servicio público extinguiendo a su vez su investidura de funcionario.

En este sentido, el Prof. Luis Gramcko de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, cuando analiza el estatuto legal aplicable a los casos de jubilación de los jueces, señala que conforme a la doctrina explanada en reiterada jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, la jubilación constituye, **un derecho adquirido de carácter vitalicio** para los funcionarios y empleados al servicio de los organismos o entes públicos o privados y se otorgará cumplidos como sean los extremos previstos en la ley o en los convenios laborales[31].

Este autor va más allá al establecer **las características de este derecho de la jubilación**, a saber:

---

[30] **Fernández, E.** (S/A) "*Diccionario de Derecho Público*". Editorial Astrea. Pág. 447.
[31] **Gramcko, L.** Op. Cit. S/Pág.

1) Constituye un derecho adquirido, *"En general, se entiende adquirido un derecho cuando se han realizado los presupuestos de hecho necesarios y suficientes para su nacimiento o adquisición, de conformidad con la ley vigente para la época en que se cumplieron, de modo que, en su virtud, se haya incorporado inmediatamente al patrimonio de su titular"*[32].

2) Que es accesorio al sueldo, para ello cita a Bielsa quien afirma que la jubilación puede considerarse desde el punto de vista jurídico como un accesorio del sueldo, por cuanto sus peculiaridades esenciales son: la asignación fija, periódica y proporcionada de él. "La jubilación no es un favor; es el pago de una deuda".

3) El derecho a la jubilación no es simultáneo sino sucesivo a la relación laboral y se perfecciona en el momento en que se cumplen los siguientes requisitos legales: edad en el funcionario y antigüedad en el cargo o en su defecto, incapacidad física.

4) Igualmente, existe criterio unánime que afirma que las leyes de jubilación son disposiciones de Previsión Social y por ende tienen el carácter de normas de orden público y por tanto no es aplicable a ellas el principio de la irretroactividad[33].

5) Igualmente, el parecer consolidado de la jurisdicción laboral reconoce que debido a la naturaleza vitalicia del derecho a la jubilación, la acción para ejercerlo es imprescriptible, lo que prescribe es la acción destinada al cobro de las cuotas transcurridas cuando no se ejerció oportunamente el reclamo.

6) En cuanto a su adquisición, nace como expectativa de derecho vitalicio cuando el funcionario ingresa al servicio del organismo que en un futuro - cuando se realicen determinados presupuestos de hecho - tiene el deber de otorgarlo, pero que se adquiere de pleno derecho desde el mismo momento en el cual el funcionario cumpla los requisitos de edad y antigüedad establecidos en la ley, para lograr su reconocimiento de parte de la Administración.

Así mismo, **Gramcko**, expone el procedimiento para su conferimiento, el cual se inicia bien a solicitud de parte, bien de oficio. Sin embargo, resulta oportuno destacar (dice el autor), tal como lo ha precisado nuestra jurisprudencia, que la concesión de dicho beneficio por parte de la Administración constituye un simple reconocimiento o formalidad a un

[32] **Gramcko, L.** Op. Cit. S/pág.
[33] **Gramcko. L.** Op. Cit. S/Pág.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

derecho adquirido, cuyo nacimiento ya se ha perfeccionado al tiempo del cumplimiento de los requisitos de ley.

Pues bien, luego que el funcionario ha presentado su solicitud, con los recaudos requeridos ante la Autoridad Administrativa respectiva, a través de la Oficina de Personal, esta última Dirección verificará la procedencia de la jubilación solicitada, examinando los recaudos acompañados por el funcionario. Si los hallare cumplidos le otorgará su conformidad y remitirá el expediente a la máxima autoridad administrativa, quien decidirá su aprobación y remitirá de nuevo a la Dirección de Personal o de Recursos Humanos, para el cálculo respectivo de la pensión y su asignación a la partida presupuestaria correspondiente.

Luego regresará nuevamente a la máxima autoridad administrativa a los fines de que notifique al funcionario solicitante la aprobación de su jubilación y el monto de la misma. Como puede inferirse del *iter* de la tramitación, el Acto-Administrativo que confiere la jubilación es aquél mediante el cual la máxima autoridad Administrativa del organismo en cual en funcionario prestó o presta sus servicios examinan el resultado de la revisión de los recaudos practicada por lo Oficina de Personal, y aprueba la procedencia de la jubilación, y ordena hacer el cálculo del monto de la pensión y determina a cargo de cual partida presupuestaria se va a debitar, puesto que la posterior notificación que se le hace al solicitante tiene como único propósito poner en su conocimiento el reconocimiento que ya se hizo del derecho adquirido e indicarle tanto el monto de su pensión de jubilación, como la fecha a partir de la cual se hará su cobro, a los efectos de hacer efectiva su SEPARACIÓN DEL CARGO[34].

Como se puede observar, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han definido esta institución jurídica, ya que desde el punto de vista legal-formal no existe, y la ley que regula la materia, solo se establecen las condiciones para su procedencia, el procedimiento a seguir y el método de cálculo del monto de lo que será la pensión.

En Venezuela, se tiene una ley especial que regula esta materia, la cual está contenida en el Decreto N° 1440 mediante el cual se dicta el ***Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de***

[34] **Gramcko. L.** Op. Cit. S/pág.

los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal[35], en el cual en su artículo 2 define su ámbito de aplicación, además, para ser beneficiario del derecho a la jubilación, no solamente es privativo o exclusivo para los funcionarios de carrera, también tienen ese derecho ha sido ampliado a aquellos trabajadores: empleados o empleadas, obreros u obreras, contratados o contratadas, cualquiera que sea su naturaleza, al servicio de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal, tanto de los órganos y entes centralizados como descentralizados (artículo 4 numeral 1° ejusdem).

Así mismo, esta ley especial, ha determinado cuatro (4) tipos de jubilación: la jubilación ordinaria (artículo 8); la pensión por discapacidad (artículo 15); la pensión de sobreviviente (artículo 16) y la jubilación especial (artículo 21); siendo la jubilación ordinaria la situación clásica, la cual se confiere (tal y como hemos sostenido a lo largo de este texto) conforme al tiempo de servicio y la edad del trabajador (ya que el término de "trabajador" agrupa los sujetos beneficiarios de la misma).

Las precisiones anteriores eran necesarias para así abordar y comprender el contexto de las sentencias N° 1518 del 20 de julio de 2007 del Expediente N° 07-0498 y N° 1392 del 21 de octubre de 2014 del Expediente N° 14-0264, ambas de la SC-TSJ, para formular las observaciones respectivas.

3_. La Sentencia N° 1.518 del 20 de Julio de 2007 (SC-TSJ).

En cuanto a la sentencia **N° 1518 del 20 de Julio de 2007** del Expediente N° 07-0498, cuya ponente fue la Magistrada Luisa Estela Morales Lamuño, el motivo del caso fue la solicitud de **revisión constitucional de la sentencia N° 1.841** dictada el 20 de julio de 2006, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, interpuesto en su propio nombre y representación por el abogado Pedro Marcano Urriola, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por el solicitante, contra el acto emanado de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, el 3 de Marzo de 2000, en el procedimiento disciplinario seguido según expediente Nº 33-2000, mediante el cual se destituyó al actor del

[35] **Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario** de fecha 19 de Noviembre de 2014.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

cargo de Juez Superior de la Corte Décima de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y de cualquier otro que ostente dentro del Poder Judicial.

Este caso fue declarado sin lugar, no obstante, dadas las circunstancias del caso, la Sala Constitucional estima emitir un *Obiter dicta,* ***con carácter vinculante,*** con fundamento en los siguientes criterios, dice que:

> ***… V***
> ***OBITER DICTA***
> *No obstante lo anterior, ciertamente aprecia esta Sala del escrito de revisión interpuesto, que el solicitante alegó haber prestado servicios a la Administración Pública por casi veintiocho años, en atención a lo expuesto, se observa que* ***el derecho a la jubilación es un beneficio o pensión que se le otorga a los funcionarios públicos, previa la constatación de los requisitos establecidos en la ley, como lo son la edad y un determinado tiempo de servicio dentro de la Administración Pública.*** *Así pues, se observa que este derecho se encuentra consagrado incluso dentro del Texto Constitucional en el artículo 147 eiusdem, cuando establece que es la ley nacional la que se encargará de establecer el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos nacionales, estadales y municipales. En consecuencia, se observa* ***que el prenombrado derecho se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa la constatación de ciertos requisitos,*** *se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez, por la prestación del servicio de una función pública por un número considerable de años. Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que* ***esta Sala ha entendido que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución, aún cuando***

estos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que debe la Administración proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor de aquel, razón por la cual, priva dicho derecho aún sobre los actos de retiro de la Administración Pública. *En idéntico sentido, se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia* ***N° 184 del 8 de Febrero de 2002*** *(caso: "Olga Fortoul de Grau"), en la cual señaló: "… Por lo tanto, la Sala declara sin lugar el amparo por estos motivos. Ahora bien, también observa la Sala que el accionante ha invocado la violación de su derecho social a la jubilación aduciendo reunir los requisitos para ello, y haber hecho la solicitud a ese fin…"* ***Tratándose de un derecho social que no le debe ser vulnerado a la accionante, la Sala ordena se tramite dicha solicitud.*** *Asimismo, observa esta Sala que el Estado Venezolano se erige como un Estado Social de Derecho y Justicia (ex artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el cual se encuentra dirigido a reforzar la protección jurídico constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes, en consecuencia, es por lo que éste –Estado- se encuentra obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de Enero de 2002, caso: "ASODEVIPRILARA"). En atención a la referida consagración, es que considera esta Sala que debe realizar una interpretación ajustada y conforme a los principios e intereses constitucionales que debe resguardar el Estado Venezolano y por ende los órganos de administración de justicia, razón por la*

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

> *cual,* ***se advierte y se exhorta a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar aún de oficio si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste – derecho a la jubilación-.*** *En consecuencia, visto que del escrito de revisión el solicitante alega haber laborado en la Administración por un período que excede del necesario para acordar el beneficio de la jubilación, se ordena a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, verificar conforme a sus antecedentes de servicio si el referido ciudadano puede ser beneficiario de dicho derecho y, de ser procedente sea acordada la jubilación al mismo. Así se decide…*

De lo expuesto, se infiere que la Sala Constitucional, **denota el carácter social de la jubilación por norma constitucional, siendo un beneficio catalogado como derecho,** el cual para que sea otorgado al funcionario, debe cumplir los requisitos de tiempo (antigüedad en el servicio) y la edad respectiva, en consecuencia, la Sala Constitucional ratifica lo que la doctrina ha expuesto al respecto tal y como se ha abordado a lo largo del presente artículo. Por ello, es interesante además, traer a colación lo establecido por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo sobre el tema:

> Esta Corte no puede desconocer e l valor social y económico que tiene la jubilación, pues esta solo se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador, y conjugado con la edad, el beneficio de la jubilación se configura como un logro a la

> dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años.[36]

Importante contribución que hace la Sala Constitucional al derecho a la jubilación de los funcionarios públicos, ya que con ello, evidencia el supremo respeto que el Estado debe mantener a los anos de servicios, y de carrera, de los servidores públicos. Aquí la novedad, es que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración (por órgano de las Oficinas de Recursos Humanos del órgano o ente de que se trate) previo al dictamen de uno de los precitados actos, verificar ***aún de oficio*** si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste –derecho a la jubilación-, es decir, que ante el ejercicio de la potestad disciplinaria (en el caso del procedimiento disciplinario de destitución).

En este sentido, el derecho a la jubilación es un premio, un reconocimiento al esfuerzo y constancia de todos esos servidores públicos que han prestado sus servicios por tanto tiempo a todos los ciudadanos de la Republica a través de la Administración Publica. De modo tal, lo propio es que el Estado proteja a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De esta forma, en la primera etapa del procedimiento disciplinario, se debe hacer la revisión correspondiente a fin de enervar y otorgar el derecho a la jubilación del funcionario objeto de la medida de expulsión, conducta que debe ser extensiva hacia las otras medidas de expulsión de la Administración Pública en el caso de la remoción, así como en las demás causales de retiro de la misma, ya que recuérdese que existen otras causales a tal fin establecidas en el artículo 78 de la LEFP. Así para el ilustre Profesor Rojas (2007):

> De no haber transcurrido el tiempo necesario para ello, podrá proseguir el procedimiento disciplinario. En caso contrario, la Oficina de Recursos Humanos deberá ordenar

[36] **Sentencia N° 000136 de** la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 14 de abril de 2005. **Caso: Ligia de Blanco**. Juez ponente Oscar Enrique Pinate Espidel.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

> inmediatamente el cierre del expediente y del procedimiento, y ordenar el inicio de un procedimiento para otorgar la jubilación en cuestión. Pág. 286.

Además, la Sala Constitucional va más allá, asomando cuando en el caso que no haya sido verificado de oficio tal condición en esa etapa previa, puede ser constatado durante el *íter* procedimental, incluso, asoma la posibilidad que el funcionario investigado puede invocarlo a su favor durante el mismo para que sí decaiga la medida disciplinaria, así como invocar tal derecho cuando ocurran las otras causales de retiro de la Administración Pública. De igual forma, Rojas (2007):

> Consideramos incluso que, este mandato se convierte en un derecho de los funcionarios públicos, que podrían solicitar la nulidad de un procedimiento administrativo disciplinario que se haya iniciado sin la verificación de la existencia o no del derecho a la jubilación, claro está, si hay dudas razonables para ello. Pág. 287.

Así mismo, cuando la Sala Constitucional del TSJ fundamenta su criterio con carácter vinculante, conforme al artículo 335 de nuestra Carta Magna, a través del *obiter dicta* expuesto, en ejercicio del control concentrado del texto constitucional previsto en último aparte del artículo 334 de la Constitución, con base a los alcances que implica entender que el *Estado Venezolano se erige como un Estado Social de Derecho y Justicia,* cuyo examen está ampliamente analizado en la sentencia que invoca al efecto emanada de esta misma Sala, de fecha 24 de Enero de 2002, caso: "ASODEVIPRILARA", evidencia que su actuación en el caso objeto de análisis, implica el ejercicio de **"la constitucionalización del derecho",** el cual consiste en revisar si la ley en el caso objeto de examen se corresponde con los principios constitucionales y conforme a ello, brindar la solución del caso en apego al Estado Constitucional previsto en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que divisa el Principio de Supremacía Constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico que exista en la República Bolivariana de Venezuela, tarea que se extiende incluso a aquellas leyes preconstitucionales, propio del control concentrado de

la Constitución (como en el caso objeto de análisis) que ejerce la Sala Constitucional (último párrafo del artículo 334 constitucional) como del control difuso que deben ejercer los demás jueces de la República en sus respectivos tribunales o juzgados de instancia (segundo párrafo del artículo 334 constitucional).

Esta "*constitucionalización del derecho*" es concebida como paradigma, entendiéndose por tal, lo que al respecto sostiene **Kuhn**[37], citado por Giovanny Priori Posada, profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por el cual, el desarrollo de la ciencia (y podría decirse de las disciplinas en general) se produce a través de un conjunto de episodios históricos extraordinarios.

Estos episodios se presentan como innovaciones que respecto de las ideas básicas del período anterior se presentan nuevas formas de ver el mundo y, por tanto, de comprender los fenómenos de una determinada disciplina. A esos episodios extraordinarios, los denomina Kuhn "***revoluciones científicas***". Cada una de esas "***revoluciones científicas***", cambia el modo de ver y comprender el mundo. El paradigma es precisamente "***el modelo o patrón aceptado***".[38]

No es el único modelo para comprender fenómenos y resolver los problemas de una determinada disciplina de un momento determinado, pero es el más importante, es aquel que termina predominando debido a que está en mejor capacidad de responder a los problemas que se le plantean a una disciplina en un determinado momento y eso es lo que genera que termine ganando aceptación entre una comunidad científica determinada. Por tal razón, el derecho no puede estar ajeno a dichos fenómenos y, por lo tanto a las diversas revoluciones científicas y cambios de paradigmas.

---

[37] **Kunh, T., citado por Priori P., G.** "*La Constitucionalización del Derecho Procesal*". Obtenido en línea:
https://www.academia.edu/11549445/La_constitucionalizaci%C3%B3n_del_derecho_procesal
Págs. 911 y 912. [consultado en fecha 08.08.2021]

[38] **Kunh, T., citado por Priori P., G.** Op. Cit. Págs. 911 y 912.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

4_. Del Estado Constitucional, al Expediente N° AA20-C-2015-000627 del 11 de Agosto de 2016 de la SCC-TSJ.

Para *Giovanny Priori Posada*,[39] se trata de la etapa del Estado Constitucional, el que ha venido a reemplazar a la concepción del Estado de Derecho (el del Estado bajo el imperio de la ley instaurado desde la Revolución Francesa). Este cambio, no solo supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigma con todo lo que ello significa y trae consigo. De este modo, el Estado Constitucional no solo es el Estado en el que todos los actos se encuentran sujetos a la Constitución, sino además, el Estado en el que se respetan ciertos valores y principios, sin los cuales a pesar de tener una Constitución, sería imposible de sostener que se está ante un Estado Constitucional: dignidad de la persona humana, separación de poderes, protección de los derechos fundamentales, independencia de los órganos jurisdiccionales, control entre los órganos y soberanía popular.

Por ello, un Estado Constitucional requiere, que los valores y principios constitucionales tengan una actuación en el ámbito de la realidad, de modo que en ella se respeten de manera efectiva los derechos fundamentales, en los cuales los poderes y entidades del Estado no solo encuentran sus verdaderos y auténticos límites, sino también su razón de ser. Por ello, el Estado y el ordenamiento jurídico todo se convierten en expresión del Estado Constitucional.

Ahora bien, la Constitución recoge una serie de valores y principios del mismo rango, todos los cuales buscan su más alto grado de vigencia: *máxima optimización de los valores y principios constitucionales.* Ello quiere decir, que todos los principios y valores constitucionales deben procurar alcanzar el máximo grado de contenido que estos puedan lograr, en su relación con los otros. En esta convivencia se debe evitar que por hacer respetar uno de ellos, alguno de los otros se vacíe de contenido.

---

[39]**Priori P., G.** "*La Constitucionalización del Derecho Procesal*". Obtenido en línea: https://www.academia.edu/11549445/La_constitucionalizaci%C3%B3n_del_derecho_procesal Págs. 913 y 914. [consultado en fecha 08.08.2021]

De este modo, el Estado Constitucional desafía fundamentalmente a los órganos que ejercen la función jurisdiccional. En consecuencia, el Estado Constitucional ha incidido en el modo de comprender el Derecho en su conjunto y cada una de las ramas específicas, al punto de hablarse de la existencia de un auténtico fenómeno de constitucionalización del derecho[40].

Bajo este hilo de pensamiento, Hernández-Mendible[41], afirma que en los más recientes procesos de constitucionalización han generado en los ordenamientos jurídicos y en las conductas de algunas personas que posiblemente no alcanzamos a percibir en este momento, pero en ningún caso deberían llevar a perder el norte.[42]

La Constitución tiene como uno de sus *leitmotiv* garantizar que el Estado respete y proteja efectivamente los derechos y libertades de las personas, así como su dignidad, correspondiendo a éstas ejercerlos en cumplimiento de sus obligaciones y con plena responsabilidad ante los demás. Conforme a tales términos, la constitucionalización de los derechos deben ser considerados como algo positivo, en la medida que constituyen un reconocimiento al más alto nivel normativo de los mismos, pero los operadores jurídicos deben tener mucha prudencia al derivar las consecuencias de tal reconocimiento, pues no se debe olvidar que la competencia para configurar los derechos se encuentra atribuida al legislador que es el único que posee legitimidad democrática para hacerlo en el marco de la normalidad institucional que debe existir en un Estado Constitucional, quedando a los órganos jurisdiccionales la labor de efectuar la interpretación más adecuada para asegurar el real y efectivo ejercicio pleno de los derechos e incluso, de ser necesario proceder a ordenar la remoción de los obstáculos que se opongan o dificultan que ello sea posible, en aplicación de los principios *pro homine* y pro libertad.

Por ello, prosigue Hernández-Mendible, la interpretación que debe realizar el órgano jurisdiccional y en especial cuando se encuentra en la cúspide de la misma (como en el caso objeto de análisis), debe hacerla con respeto a los

---

[40] **Priori P., G.** Op. Cit. Págs. 913 y 914.

[41] **Hernández-Mendible, V.,** en el prólogo de la obra "Derecho Civil Constitucional (La Constitucionalización del Derecho Civil)" de la autoría de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillén. (2018). Editorial Jurídica Venezolana y el Centro para la Investigación y el Derecho Público (CIDEP). Caracas. Págs. 20 y 21

[42] **Hernández-Mendible, V.** Op. Cit. Pág. 21

citados estándares hermenéuticos, así como a los principios de lealtad institucional e interdicción de la arbitrariedad, a los fines de no invadir las competencias del legislador democrático y permitir que la configuración que este ha realizado de las instituciones jurídicas puedan funcionar, brindando las soluciones contempladas a los conflictos sociales que se encuentran dentro del objeto de su regulación[43].

En conclusión, sostiene Hernández-Mendible, en el marco del Estado Constitucional que formalmente existe en Venezuela y con fundamento en el principio de supremacía de la Constitución, todo funcionamiento institucional, entiéndanse los órganos que ejercen el Poder Público, deben cumplirla y hacerla cumplir, al igual que las personas, lo que impone que toda actividad e inactividad imputables a aquellos o estas sea conforme a la Constitución y de allí la necesidad de interpretarla y aplicarla según los principios que rigen la sociedad democrática. Es justamente en este contexto donde el supraprincipio de Estado social y democrático de derecho irradia todo su brillo sobre la integralidad del ordenamiento jurídico, generando de esta manera la necesidad de investigar, estudiar y reflexionar respecto a la constitucionalización del Derecho[44].

En razón de lo expuesto, la constitucionalización del Derecho debe ser vista como un fenómeno social, como un nuevo paradigma, como doctrina científica, como método hermenéutico de interpretación del texto constitucional, como proceso, y como mecanismo de protección y control de la Constitución de modo concentrado como de modo difuso según sea el caso.

Por su parte, ya la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, hizo un análisis doctrinario sobre la *Constitucionalización del Derecho* en la sentencia del expediente N° AA20-C-2015-000627 del 11 de Agosto de 2016, caso LILIAN RAFAELA APONTE RODRÍGUEZ, VALENTINA y VALERIA BONVENTO APONTE, contra la sociedad mercantil INVERSIONES INMOBILIARIA BONVENTO C.A., por Recurso de Casación, bajo la ponencia del Magistrado Guillermo Blanco Vázquez cuya lectura se recomienda realizar.

---

[43] **Hernández-Mendible, V.** Op. Cit. Pág. 21.
[44] **Hernández-Mendible, V.** Op. Cit. Pág. 21.

La sentencia N° 1.518 *in comento*, tiene en su haber **un voto concurrente** al contenido decisorio de la misma que declaró, relacionado con el *Obiter dictum*, que determinó que "el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos", por parte de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán y **un voto disidente** de la mayoría sentenciadora por parte del Magistrado Pedro Rondón Haaz.

Respecto al voto concurrente, la magistrada Zuleta de Merchán reconoce:

> …, no hay duda de que la jubilación, siendo un derecho de la seguridad social, no puede perderse ni desconocerse cumplidas las condiciones si se trata de un sistema de seguridad social basado en el reparto, o de cualquier otra condición establecida en un sistema de seguridad social concebido como servicio público de vocación universal y de carácter no lucrativo como es el modelo proyectado en el artículo 86 del Texto Constitucional; pero ello, es independiente del estatuto del trabajo y así está contemplado en el **Convenio N° 102** de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en la Gaceta Oficial N° 2.848 Extraordinario del 27 de Agosto de 1981… (Omisis).
>
> Por su parte, en el régimen estatutario del funcionario público el derecho a la jubilación, *per se*, no goza del alcance que pretende atribuirle la mayoría sentenciadora, pues el Constituyente le ha encomendado al legislador que aquilate, en la ley respectiva, los intereses de la Administración frente a la procedencia de la jubilación del funcionario público. **Con ello, se trata de evitar que la jubilación se convierta en un pretexto para eludir el régimen disciplinario al que están sometidos los funcionarios públicos.**
>
> En efecto, dispensa la sentencia concurrida -*mediante obiter dictum*- una preferencia tal a la jubilación del funcionario que se convierte, en sí misma, en una causal de irresponsabilidad

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

disciplinaria, sin considerar el precedente las inconvenientes consecuencias que tal situación acarrearía; a saber:

En primer lugar, ello lesiona el derecho a la igualdad…En segundo lugar, el precedente jurisprudencial no valora la importancia que puede llegar a tener la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario como medio probatorio para demandar la responsabilidad del Estado-administración… Finalmente**, en tercer lugar, la situación advertida por la mayoría sentenciadora pareciera apartarse del ordenamiento funcionarial,** pues no impide que el funcionario a quien se le otorgue su jubilación sin declarar su responsabilidad administrativa pueda suspender su jubilación para reingresar de nuevo a la Administración pública (vid. sent. SC/TSJ nº 165 12 de Marzo de 2005); y además, merma las potestades del Contralor General de la República para determinar y sancionar la responsabilidad administrativa, conforme al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ya que al no haber ningún pronunciamiento específico en torno a su responsabilidad disciplinaria siempre le será posible contratar sus servicios con la Administración pública.

En conclusión, el precedente establecido en el fallo del que se disiente crea una situación inédita en materia funcionarial, que lejos de llenar un vacío normativo ocasiona disparidades en el tratamiento de los funcionarios públicos en situación de jubilables para quienes no existe un régimen de excepción.

Se cree, en cambio, con todo respeto que la mayoría sentenciadora debió dejar en claro que la jubilación, siendo un beneficio de la seguridad social, no se pierde cualquiera sea la causa de terminación de la relación funcionarial

> una vez cumplido los requisitos legales. En este sentido, pueden jurídicamente coexistir la sanción disciplinaria y la pensión de jubilación, máxime cuando esta Sala, en sentencia nº 238 de 20 de Febrero de 2003, declaró inconstitucional la parte in fine del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial, que impedía la jubilación del juez destituido…

El criterio expuesto es compartido por quien aquí suscribe, en consecuencia, si bien en la etapa de inicio del procedimiento de destitución de funcionarios públicos se puede advertir la condición de jubilable del funcionario investigado, por el principio inquisitivo que reviste tal procedimiento administrativo, la Oficina de Recursos Humanos debe impulsar de oficio la investigación y sustanciar el respectivo *íter* procedimental y en el caso de ser procedente la medida disciplinaria de destitución, se emite el acto administrativo correspondiente y se suspende su ejecución habida cuenta del otorgamiento de la jubilación del funcionario objeto de la referida medida lo cual debe indicarse de modo expreso en el acto administrativo resolutorio e incorporar al mismo, el acto administrativo de otorgamiento de la jubilación.

En este sentido, se debe tener muy clara la responsabilidad en la que posiblemente haya incurrido el funcionario público para así pasar a determinarse los demás controles inherentes a eventuales responsabilidades civiles, fiscales incluso, penales que impedirían el eventual reingreso a la Administración Pública del funcionario investigado bajo los parámetros establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal incluso, bajo el examen de los supuestos previstos en el artículo 213 y siguientes del parcialmente vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa no dejando de lado considerar los alcances que en ese sentido, ha sido dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en materia de responsabilidad fiscal y la Ley contra la Corrupción.

Sobre la revisión constitucional solicitada y declarada sin lugar, la magistrada no hizo pronunciamiento alguno.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

Sin embargo, la sentencia objeto de comentarios, abre el camino para que el Legislador en el futuro cercano, profundice sobre los aspectos e interrogantes que formuló la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, para desarrollar el derecho a la jubilación y sus alcances.

Con relación al voto disidente**,** el magistrado Pedro Rondón Haaz, dijo:

> … La revisión ha debido ser estimada porque la sentencia de la Sala Político-Administrativa que tuvo por objeto contradice la doctrina pacífica de esta Sala respecto al concepto de ley más favorable, el cual no se limita a las penas sino a cualquier aspecto adjetivo o sustantivo que tenga que ver con el proceso, en este caso, sancionatorio, dentro de ellos, claramente, la prescripción. (V.gr. s.SC. n.° 1330/2004 y n.° 1442/2004 –con respecto a beneficios post procesales-). En efecto, la expresión "que imponga menor pena" no está restringida a la norma legal que establece, en relación con la que derogó, un nivel menor de la expresión del reproche, o sea, del castigo, de la sanción. En justicia, dicha oración debe ser entendida, mediante interpretación finalística, en el sentido de que será retroactiva la ley que imponga menos gravamen al reo. En tal orden de ideas, resulta indudable que habrá menos gravamen, que la ley será menos gravosa, no sólo cuando se reduzcan los términos o se modifique la cualidad de la pena, sino cuando, por ejemplo, se acorte el lapso de prescripción de la acción penal o de la pena, o bien, se cambie la naturaleza de la acción penal, de pública a privada…

Como se puede observar, el magistrado Rondón Haaz, estimó que debió considerarse la revisión constitucional, es decir, entiende que debió declararse con lugar la misma con fundamento en la jurisprudencia que cita al efecto en apego a la doctrina pacífica que ha sostenido la Sala Constitucional de aplicar la ley más favorable tanto para analizar el lapso de prescripción alegado por el accionante así como del tipo de sanción del que fue objeto que conllevó la

destitución del cargo de juez del accionante, lo cual es válido y necesario analizar. De igual modo, se observa que el voto disidente en comento no emitió opinión alguna sobre el *Obiter Dicta* en comento.

Sobre **la sentencia N° 1392** del 21 de Octubre de 2014 del Expediente N° 14-0264**,** cuya ponente fue el Magistrado Marcos Tulio Dugarte Padrón, el motivo del caso fue la solicitud de **revisión constitucional de la sentencia N° 1.775,** dictada el 21 de Noviembre de 2011 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que declaró sin lugar la apelación interpuesta contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, que declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo funcionarial que intentara contra el municipio Baruta del estado Miranda bajo el N° 1.841, en el que se negó el derecho a la jubilación del recurrente.

Este caso fue declarado con lugar con carácter vinculante, con fundamento en la sentencia N° 1.518 *in comento* y en los siguientes criterios:

> Así pues, la jubilación es un derecho constitucional previsto dentro del marco de la seguridad social que debe garantizar el Estado a todos sus ciudadanos, siendo por tanto un derecho social, reconocido por el constituyente de 1999 para consolidar las demandas sociales, jurídicas y económicas de la sociedad, considerando el sentido de progresividad de los derechos y definiendo una nueva relación de derechos y obligaciones entre sujetos que participan solidariamente en la construcción de una sociedad democrática, participativa y protagónica, lo cual requiere una interpretación acorde con su finalidad, no sujeta a formalismos jurídicos alejados de la realidad social.
>
> La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza para todos la seguridad social, la cual debe responder a los conceptos de solidaridad, universalidad, integralidad, unicidad, participación y eficiencia.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

De este modo, la jubilación es el reconocimiento de los años de trabajo prestados por una persona a otra, en este caso a un órgano del Estado, para garantizar que en los años en que declina su capacidad productiva, pueda seguir manteniendo una v.d., (sic) al garantizársele los ingresos que le permitan sufragar sus gastos durante la vejez, luego de haber satisfecho el deber constitucional de trabajar y cuando el beneficiario de esos servicios ha sido el Estado, debe honrar con el derecho a la jubilación a los funcionarios que hayan cumplido con los requisitos de edad y años de servicio público prestados, establecidos en la Ley. Ciertamente, el legislador, haciendo uso de sus potestades constitucionales ha establecido los requisitos concurrentes que se deben dar para que un funcionario público se haga acreedor del derecho a la jubilación, estableciendo como límite de edad para ello, en el caso de los hombres 60 años y 55 años en el de las mujeres, por lo cual, salvo las excepciones previstas en la propia norma, no puede otorgarse este derecho a quien no haya cumplido dicho requisito.

No obstante, una interpretación acorde con la finalidad de la institución de la jubilación debe llevar a garantizar la protección de aquellas personas que han entregado su vida productiva al Estado, por lo que si bien un funcionario al momento de su retiro de la Administración Pública podría haber prestado sus servicios por la cantidad de años establecidas en la norma, 25 años, puede no tener la edad necesaria para ser titular de tal derecho, situación que irremediablemente cambiará el transcurso del tiempo, ya que eventualmente llegará a cumplir la edad mínima requerida, aunque, como en el presente caso, puede ser que ya no esté al servicio de alguna institución pública, con lo cual quedaría desprotegido al no ser amparado por el derecho de jubilación, no obstante haber

entregado su vida productiva a la organización estatal.

En este sentido, se estaría vulnerando el derecho constitucional a la jubilación de aquellas personas que, habiendo cumplido con su deber de trabajar, prestando sus servicios a los órganos del Estado durante la cantidad de años requeridos por la Ley, no serían amparadas por tal beneficio al alcanzar su vejez. La interpretación constitucionalizante que debe hacerse del artículo 3, numeral 1 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de Los Municipios, **es que el derecho a la jubilación surge en el funcionario público en el momento en que concurren los requisitos de edad y años de servicios allí previstos, pero la Ley no exige que tal circunstancia deba ocurrir mientras el funcionario se encuentre activo al servicio del órgano público, es decir, que un funcionario que haya cumplido con el tiempo de servicio estipulado, al surgir el evento de alcanzar la edad requerida mientras se tramita algún juicio relativo a su condición de funcionario público, o para la obtención de algún beneficio relacionado con su relación laboral con el Estado, tiene el derecho a que se le otorgue la jubilación, como derecho social de protección a la vejez y en resarcimiento a haber entregado su fuerza laboral durante sus años productivos.**

De no hacerse la anterior interpretación, además se estaría vulnerando el principio de igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución, ya que tendríamos adultos mayores que prestaron la misma cantidad de años de servicios para el sector público, amparados unos por el derecho de jubilación y

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

otros no beneficiados por tal derecho, por la sola diferencia de que al momento de alcanzar la edad requerida para ello se encontrasen o no prestando servicio activo. Así las cosas, en el caso de autos, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo debió interpretar la norma legal, contenida en el literal "a" del artículo 3 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, de manera tal que garantizara el derecho constitucional a la jubilación del recurrente, ya que al comprobar, como se desprende de la propia sentencia, que había prestado sus servicios por más de 25 años y que ya tiene una edad superior a los 60 años, (la fecha de nacimiento que aparece en la cédula de identidad es 23-09-43, con lo cual ya habría cumplido los 70 años) ha debido ordenar a la Administración Pública del municipio Baruta, que tramitara lo conducente para hacerle efectivo su derecho a la jubilación, en consecuencia, debe ser declarada ha lugar la solicitud de revisión constitucional planteada y por tanto se anula la sentencia N° 1.775, dictada el 21 de noviembre de 2011 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

En virtud de lo anterior, esta Sala, con base en lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al constatar del fallo en revisión que el ciudadano accionante cumple actualmente con los requisitos previstos en el artículo 3, numeral 1 de Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de Los Municipios, ordena a la alcaldía del municipio Baruta que proceda a

> tramitar la jubilación de dicho ciudadano y pagar mensualmente dicho beneficio a partir de la publicación de la presente sentencia. Así se declara…

Ahora bien, partiendo del criterio que la jubilación es un derecho que nace de la relación laboral o funcionarial entre el empleado y el ente u órgano público para quien prestó el servicio, el cual se obtiene una vez cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio en el trabajo, establecidos en las normativas que regulen la materia, siendo ambos requisitos concurrentes, en el caso objeto de análisis, la Sala Constitucional estimó, que si en el curso del juicio descrito en la sentencia de mérito (donde el accionante ya no estaba al servicio de la Administración pública) o en casos similares donde se discuta su condición de funcionario, el accionante -ya teniendo en su haber el límite mínimo de años de servicio-, y llegare a cumplir con los requisitos de la edad para así completar lo necesario, se debe proceder al otorgamiento de la jubilación.

De esta sentencia existe un voto salvado disidente respecto al mérito de la sentencia por la magistrada Zuleta de Merchán, en los términos siguientes:

> … Ante los argumentos utilizados por la mayoría sentenciadora, cabe reiterar una vez más el criterio expuesto por esta Magistrada disidente en otras oportunidades de que **la jubilación no es un derecho constitucional, sino legal;** y las distorsiones que pudiera generar el precedente aquí establecido vía criterio vinculante es una muestra de la pertinencia de la advertida distinción. En efecto, se señala que de no aplicarse este criterio el funcionario que haya vendido su fuerza de trabajo (para utilizar la jerga marxista) y no cumpla con la edad quedaría desamparado en la vejez, confundiéndose seguridad social con jubilación. La primera sí está recogida en el ordenamiento constitucional -artículos 80 y 86- y ampara a todos (funcionarios o trabajadores) los que hayan tributado en el sistema de seguridad social, precisamente para amparar a

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

la vejez en el ocaso de la edad productiva. **La jubilación, en cambio, es un régimen propio de la Administración pública** (excepcionalmente algunas compañías la establecen como parte de su política gerencial) **estipulada vía legislación**; careciendo por ese solo hecho de carácter universal que es una condición propia de los derechos constitucionales, respecto de los cuáles el legislador cuenta con márgenes más estrechos de configuración.

La señalada confusión de instituciones es la que llevó a la mayoría sentenciadora a valorar como una intromisión inconstitucional una de las distintas manifestaciones de la actividad configurativa del legislador, como lo es el establecimiento de parámetros temporales (edad) que hagan abstracción objetiva de supuestos concretos y faciliten el establecimiento de un régimen normativo uniforme y estándar que propenda a la seguridad jurídica. Es por ello que cada vez que el legislador establece un parámetro objetivo para determinar el alcance del régimen jurídico que establece deja por fuera de ese régimen a otro conjunto de situaciones, pero no por ello la norma es inconstitucional, basta con preguntarse ¿por qué la mayoridad se alcanza a los 18 años y no a los 17? ¿Por qué la prescripción es al año y no a los once meses? Si se pretende cuestionar el alcance configurativo del legislador es necesario apelar al test de la constitucionalidad para valorar desde aspectos formales y materiales si efectivamente el enunciado normativo así concebido transgrede a la Constitución.

Descender a escenarios específicos a los que no atendió el legislador en su tabulador siempre dará la errada impresión de inconstitucionalidad (por desigualdad); pero no hará más que mover un poco más la brecha de

amparo normativo (hacia la inclusión o la exclusión) dejando por fuera a otros supuestos fácticos no considerados antes por el legislador y ahora por la interpretación del juez constitucional. Eso es lo que ocurre con la interpretación vinculante que la mayoría sentenciadora acaba de sentar. Se establece la posibilidad de que el funcionario (retirado) adquiera el derecho a la jubilación si alcanza la edad (60 años) mientras se tramita el juicio; pero ¿qué sucede con el funcionario a quien se le dicta la sentencia (poniendo fin al juicio) ratificando el retiro de la función pública un año antes de que cumpla la edad para poderse jubilar; meses antes de que cumpla la edad; días antes de que la cumpla? ¿A ellos no se les lesiona el derecho constitucional que pretende proteger la mayoría sentenciadora?

Para la Magistrada disidente la norma es clara: el funcionario es titular del derecho (legal) a la jubilación si se cumplen con los requisitos de edad y años de servicio, **y sólo se es funcionario si se está activo en el servicio o se acredita en juicio que la ruptura del vínculo fue ilegal o inconstitucional retrotrayéndose a la situación jurídica existente antes del acto: servicio activo;** en caso contrario, no se es titular del derecho a la jubilación. Sin embargo, ello no implica desprotección en la vejez, pues para su tutela se cuenta con la seguridad social cuyo elemento desencadenante, ahora sí, no pende de la vinculación con el "servicio activo" sino con las cotizaciones efectivamente reportadas y la edad.

También hay otros detalles, ya de relación funcionarial, que obvia la mayoría sentenciadora. El nacimiento del derecho a la jubilación supone implícitamente un reconocimiento a la reincorporación a la función pública del funcionario, esto es, ¿el acto de retiro es nulo de pleno derecho, con el pago

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

consecuente de los conceptos dinerarios que ello acarrea? Por otra parte, ¿qué hacer en el caso de las medidas disciplinarias, la remoción, por ejemplo? La jurisprudencia de esta Sala Constitucional invocada por la sentencia disentida (N° 1518/2007) **se refiere a que el funcionario-infractor ya es titular del derecho a la jubilación** durante el procedimiento administrativo pues cumple cabalmente con ambos requisitos. En ese escenario, ¿cuál sería el interés a tutelar: el de la función pública (ya verificado a través del procedimiento) o la expectativa del derecho a la jubilación del funcionario?

Para la Magistrada disidente esto es muy importante precisarlo, pues no es lo mismo que se cuente con el convencimiento de que el acto de retiro o de remoción es ilegal y se impugne; para luego, durante el juicio, se verifiquen acumulativamente dos cosas que den lugar a la jubilación: i) una sentencia anulatoria que ordene la reincorporación del funcionario; y ii) que el funcionario haya alcanzado la edad para la jubilación, caso en el cual no se está en presencia del supuesto que contrae en esta oportunidad a esta Sala Constitucional. Y otra muy distinta es que se haga abstracción de la legalidad del acto y simplemente se le impugne con la esperanza de que durante el trámite del juicio se alcanzará la mayoría de edad y se le solicitará al juez que ordene la jubilación (con todas las posibilidades de letargo del juicio y litigio desleal que se darán, pues, en esta hipótesis, paradójicamente el principal interesado en que el juicio no avance es el demandante).

En definitiva la Magistrada disidente está convencida que esta interpretación vinculante merecía un poco más de reflexión abstracta, lejos de las particularidades del caso en concreto para valorar las ventajas y desventajas

> que pudiera implicar, recuérdese que las pensiones de jubilación son una variable de política económica, aunado a que, como se dijo, el establecimiento de criterios objetivos para fijar el alcance de un régimen jurídico no viola en sí mismo derecho constitucional alguno…

Aquí la magistrada disidente quiere dejar por sentado que existe la distinción entre derechos adquiridos y expectativas de derechos, es decir, que el criterio asentado en la sentencia N° 1.518 tiene que ver en el caso que el funcionario, ya está en condición de jubilable, es decir, que haya cumplido con los requisitos a tal fin y se encuentra en servicio activo, y en el caso de la sentencia N° 1.392, se refiere a una expectativa en derecho debido a que no se ha cumplido uno de los requisitos para que proceda la jubilación en éste caso, el de la edad, además que el accionante ya no se encuentra en servicio activo, y que durante el tiempo que se llevó la querella funcionarial respecto a la nulidad del acto administrativo de remoción, cumplió con los años que le faltaban para completar los requisitos.

En consecuencia, la magistrada Zuleta de Merchán estima que no debe ser procedente otorgar la jubilación en los términos establecidos por la mayoría sentenciadora, estimando la salida o remedio procesal al caso que es accionar el sistema de seguridad social a la vejez que le confiere el Estado a sus ciudadanos, previo cumplimiento de los requisitos de edad y la cantidad mínima de cotizaciones necesarias (de 750 cotizaciones según la Ley del Seguro Social), a tal fin.

Lo que estima la magistrada Zuleta de Merchán está bien en el marco de una economía sólida, estable y sin inflación. Sin embargo, dadas las actuales circunstancias económicas que imperan en el país las cuales se han prolongado por mucho tiempo, la depreciación de signo monetario patrio, además de la disminución de la capacidad adquisitiva y conocido el monto de la pensión por vejez que otorga el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), que es equivalente al salario mínimo, que no alcanza prácticamente para nada, realmente no satisface la necesidad por la cual nace este derecho, que es el de una vejez digna y sufragar los gastos que esta etapa de la vida implica para cualquier persona, en consecuencia, demandar el otorgamiento de la jubilación y la pensión que ella implica, es válido debido a que la contraprestación

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

económica es mucho mayor que la de la pensión de vejez, en razón de lo cual acojo el criterio de la mayoría sentenciadora.

Finalmente, debe señalarse que no se estimó necesario analizar otras sentencias relacionadas con tales criterios, ya que las mismas se han fundamentado sobre la jurisprudencia expuesta, además que la sentencia N° 1.392 parte del criterio vinculante de la sentencia N° 1.518, solo que agregó la expectativa en derecho para otorgar el beneficio a la jubilación. Sin embargo, es tarea del Legislador, considerar los criterios expuestos en los votos disidentes como en el concurrente en comento, para mejorar el ordenamiento jurídico que regula la materia y llenar las lagunas que aún subsisten sobre la jubilación, además que como ciudadanos, también estamos en el deber de impulsar las respectivas iniciativas legislativas que reformen las leyes vigentes y se adapten a las realidades y dinámicas actuales.-

CONCLUSIONES

De lo expuesto, se puede concluir que el proceso y el procedimiento no son sinónimos, sin embargo, ambas tienen la misma finalidad: son el medio para obtener Justicia. Si bien se tiene el procedimiento judicial y el procedimiento administrativo, en la práctica se ha dado por señalar que como denominación distintiva, que el proceso es el judicial, y el procedimiento, se refiere al que se sustancia en sede administrativa. Que el procedimiento administrativo de destitución de funcionarios públicos, es u procedimiento especial por su tramitación con su debida ley especial.

Que la jubilación es una institución jurídica propia de la carrera administrativa, sin embargo, son beneficiarios de ella, aquellos trabajadores bien sean contratados, obreros, empleados, incluso, funcionarios de libre nombramiento y remoción que hayan tenido una relación remunerada con la Administración Pública conformada por todos los órganos y entes del Poder Público.

Que la jubilación es un derecho, que ha decir del criterio vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es un derecho de rango

constitucional dentro del Sistema de Seguridad Social establecido en la Carta Magna.

Que la jubilación es un derecho adquirido una vez cumplidos los requisitos de tiempo de servicio y de edad por parte del funcionario beneficiario.

Que la jubilación también constituye una expectativa en derecho, cuando se ha cumplido uno de los requisitos para su otorgamiento y se está por cumplir con el otro requisito para optar a ella.

Que antes de procederse a la destitución de funcionarios públicos, las Oficinas de Recursos Humanos deben verificar inicialmente, si el funcionario investigado es "jubilable" y en caso de ser verificada tal situación, se proceda a jubilar al funcionario en lugar de destituirlo.

Que si el funcionario es objeto de destitución o remoción y éste demanda la nulidad del acto administrativo, que ya ha cumplido uno de los requisitos para optar a la jubilación y el otro requisito lo alcanza durante el juicio, se proceda a la jubilación.

Que es necesario legislar más sobre el tema de la jubilación en el que se acojan los criterios vinculantes sentados por el Tribunal Supremo de Justicia observándose los aspectos formulados en los votos concurrentes y disidentes de los casos analizados.

Que la constitucionalización del Derecho, si bien es un fenómeno propio del cambio de paradigmas científicos, también es una técnica de interpretación de las leyes, incluso de leyes preconstitucionales con fundamento en los principios del texto constitucional, labor que deben hacer todos los jueces de la República, incluyendo a todos los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, cónsono con el actual Estado Constitucional.-

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Araujo-Juárez, J. (2002) "*Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*." 3era. Reimpresión. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas D.F., Venezuela.

Araujo-Juárez, J. (2010) "*Derecho Administrativo General. Procedimiento y Recurso Administrativo.*" Ediciones Paredes. Caracas D.C., Venezuela.

Araujo-Juárez, J. (2010) "*Los Procedimientos Administrativos Especiales*." Ediciones Paredes. Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A. (2010) "*El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*." Colección Estudios Jurídicos N° 16. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A. (1981) "*Director. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. IV. 1980-1981. El Procedimiento Administrativo. Varios Autores*." Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Caracas D.F., Venezuela.

De León, Rafael. *"Principios Rectores del Procedimiento Administrativo Disciplinario de Destitución de Funcionarios Públicos"*. Revista de Derecho Funcionarial, Volúmenes 4 y 5, Septiembre – diciembre 2011; enero-abril 2012, Edición Cuatrimestral, Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2012

Domínguez, M. (2018) "*Derecho Civil Constitucional (La Constitucionalización del Derecho Civil).*" Editorial Jurídica Venezolana y el Centro para la Investigación y el Derecho Público (CIDEP). Caracas D.F., Venezuela.

Devis, H. (S/A) "*Teoría General del Proceso Aplicable a toda Clase de Procesos*." 3era edición revisada y corregida. (Versión digital). Editorial Universidad. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.

Feltri, M. (2011) "*Teoría General del Proceso I.*" 3era. Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Fernández, E. (S/A) "*Diccionario de Derecho Público*." Editorial Astrea.

Gramcko, L. (2021) "*La Jubilación*." Obtenido en línea: http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-9.pdf [consultado en fecha 07.07.2021]

Lares, E. (2008) "*Manual de Derecho Administrativo*." XIII edición. Rodrigo, B. Actualización. Coeditado por la Sucesión de Eloy Lares Martínez y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas D.C., Venezuela.

Moles Caubet, A., citado por Rojas-Hernández, J. (2004) "Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador como Límites de la Potestad Administrativa Sancionatoria." Ediciones Paredes. Caracas D.F., Venezuela.

Peña, J. (2004) "*Manual de Derecho Administrativo adaptado a la Constitución de 1999. Volumen Primero*." 4ta reimpresión 1. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.C., Venezuela.

Peña, J. (2005) "*La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana. Colección de Estudios Jurídicos N° 10*." Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.

Priori, G. La Constitucionalización del Derecho Procesal. Obtenido en línea: https://www.academia.edu/11549445/La_constitucionalizaci%C3%B3n_del_derecho_procesal [consultado en fecha 08.08.2021]

Rojas, M. (S/A) La Jubilación y Potestad Disciplinaria (Comentarios a la sentencia 518 del 20 de Julio de 2007 de la Sala Constitucional En "*Anuario de Derecho Público del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila*." Coordinador José Ignacio Hernández G. UMA. Caracas D.F., Venezuela.

Rondón de Sansó, H. (2000). Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización/Actos Internos. Ediciones Líber. Caracas. Venezuela.

Página web oficial del Tribunal Supremo de Justicia: www.tsj.gob.ve

Página web oficial del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE): www.rae.es

Gaceta Oficial N°5.453 Extraordinario del 24-03-2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 1-07-1981. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Gaceta Oficial N°6.076 Extraordinario del 07-05-2012. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Gaceta Oficial N°4209 Extraordinario del 18-09-1990. Código de Procedimiento Civil.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06-09-2002. Ley del Estatuto de la Función Pública.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez ● Pág.: 506 – 557

Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario del 19-11-2014. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal.-

INCORPORACIÓN JUDICIAL DE LA CONVERSIÓN DE ACCIONES EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

JUDICIAL INCORPORATION OF THE CONVERSION OF ACTIONS IN THE VENEZUELAN CRIMINAL PROCEDURAL SYSTEM

Magaly Vásquez González[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.06

Fecha de Recepción: 27 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 30 de abril de 2022

RESUMEN

*En Venezuela, el Estado es titular del **ius puniendi** y de la acción penal para efectivizar la amenaza contenida en la norma penal, confiándose al Ministerio Público su ejercicio, en el caso de los delitos de acción pública. Así, el Estado tiene la obligación indelegable e irrenunciable de averiguarlos para identificar a los responsables e imponerles las referidas sanciones, siempre que de la investigación realizada, emerjan fundamentos serios que justifiquen la elevación a juicio del imputado. Si bien el Código Orgánico Procesal Penal fortaleció el rol de la víctima en el proceso penal, favoreciendo su intervención y participación en los casos de delitos de acción pública, su tutela judicial efectiva no puede suponer que pueda formularse una acusación, y sostenerla de forma autónoma con exclusión del Fiscal, tal como lo ha dispuesto la Sala Constitucional del TSJ, pues tal posibilidad supone una reforma constitucional, que permite al Ministerio Público acordar, o, solicitar, según se considere, su conversión de pública a privada, precisándose igualmente el trámite a seguir, atendiendo al particular interés de la víctima.*

Palabras Clave: Acción Penal, Víctima, Ministerio Público, acusación.

ABSTRACT

*In Venezuela, the State is the holder of the **ius puniendi** and the holder of the criminal action to make the threat contained in the criminal law effective, entrusting its exercise to the Public Ministry, in the case of crimes of public action. Thus, the State has the non-delegable and inalienable obligation to investigate them in order to identify those responsible and impose the aforementioned sanctions, provided that serious grounds emerge from the investigation carried out that justify the elevation in the judgment of the accused. Although, the Code of Criminal Procedure strengthened the role of the victim in the criminal process, favoring their intervention and participation in cases of crimes of public action, their effective judicial protection cannot mean that an accusation can be formulated, and sustain it autonomously. With the exclusion of the Prosecutor, as the Constitutional Chamber of the Supreme Court has established, since such possibility implies a constitutional reform, which allows the Public Ministry to agree, or request, as deemed, its conversion from public to private, also specifying the procedure to follow, taking into account the particular interest of the victim.*

Key Word: Penal Action, Victim, Public Ministry, Prosecution.

---

[1] Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas (UCAB). Doctora en Derecho (UCAB). Profesora de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en Pre-Grado (UCAB) y de Post-Grado en varias universidades venezolanas. Corredactora del COPP (1998) y de la Ley Especial sobre Delitos Informáticos. Actualmente Secretaria General de la UCAB (mvasquez@ucab.edu.ve)

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Magaly Vásquez González ● Pág.: 558 – 588

INTRODUCCIÓN

El presente artículo científico relativo al Análisis Jurídico de la Conversión de la Acción Penal en el Marco del Nuevo Código Procesal Penal de Venezuela, es una institución jurídica de gran relevancia y poco tratada aún, pese a que el cuerpo legal aludido lo recoge en el marco de diversas modificaciones al mismo.

De esta manera, la conversión de la acción penal de pública a privada, que no es otra cosa, que la posibilidad que tienen los sujetos de la relación procesal penal, de cambiar la acción penal pública o de oficio, a acción penal privada; posibilidad que debe cumplir ciertos requisitos de procedencia, contemplados en la misma disposición legal.

Esta institución en su aplicación práctica, ha presentado varias dificultades, no solo por parte de los administradores de Justicia, sino de los miembros del Ministerio Público Fiscal, dudas que se analizarán a lo largo de esta tesis, orientándolo a las actuales reformas que ha sufrido el Código Procesal Penal.

La aplicación del Código Orgánico Procesal Penal vigente sigue generando expectativas en la sociedad venezolana y en los actores del quehacer jurídico, pues el funcionamiento del actual sistema procesal penal, además de proyectar un esfuerzo por consolidar las nuevas instituciones procesales, debería ser el blanco de un proceso de evaluación permanente de las prácticas llevadas a cabo tanto por los operadores procesales; como por los profesionales del derecho, toda vez que éstas son el referente que permite detectar, en forma directa y objetiva, las falencias que ponen en peligro el éxito del actual sistema procesal penal y que se originan, en gran parte, en la propia ley.

En efecto, la norma penal adjetiva vigente contiene una serie de disposiciones que de la mano de los principios constitucionales los cuales dan fundamento al sistema actual, generan un ambiente jurídico propicio para llevar a cabo un análisis amplio de las instituciones procesales. En cuanto a la materia que concierne en este trabajo, la conversión de acciones se resume en pocos artículos, que necesitan ser armonizados con las restantes normas, ya que se ha tornado deficiente como para salvaguardar y garantizar los principios generales que rigen los procesos.

DESARROLLO

1_. La Acción Penal.

La institución de la conversión de acciones, en tanto constituye un supuesto de disponibilidad de la acción penal exige necesariamente una breve referencia a la naturaleza, fundamento y principios relativos al ejercicio de esta última.

Señala Daniel González Álvarez, que cuando la acción es ejercida por el Ministerio Público, más que un derecho es un deber y constituye una función o una actividad de carácter obligatorio en que el órgano actuante no asume nunca la titularidad de los intereses que se hacen valer con su ejercicio, pues tal función obligatoria e inderogable se ejercita en representación de una colectividad[2].

Teniendo el Estado el poder-deber de hacer efectiva la amenaza contenida en la norma penal cuando es quebrantada, puesto que es el titular del *derecho de penar*[3], tal derecho, denominado por Letelier "estatalidad", porque "trasunta la función pública del Estado de realizar el Derecho Penal", es "de la esencia del proceso penal de nuestros días, ya que el Estado ha reservado para sí la definición de las conductas delictuosas, la jurisdicción penal, el poder de imponer las penas y el poder de su ejecución"[4]. El Estado, ha sustentado ese poder-deber, en la "expropiación" del derecho subjetivo de la víctima confiando su ejercicio a uno u otro de sus órganos: jueces, Ministerio Fiscal, Procuraduría o Ministerio Público, según la organización institucional y el sistema procesal que se adopte.

Al referirse al contenido de la acción penal, dice Montero Aroca[5], que esta se concibe, por un lado, como una facultad o derecho meramente procesal del

---

[2] **González, D.** (1992) "*La Obligatoriedad de la Acción en el Proceso Penal Costarricense*." Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica. Pág. 55.

[3] **Goldschmidt** cit. por **Letelier, E.** (2009) Los Principios del Proceso Penal Relativos al Ejercicio de la Acción y la Pretensión: Reflexiones y Críticas a la Luz de Algunos Ordenamientos Vigentes, en "*Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte Sección: Ensayos Año 16- N° 2*." Pág. 195-228.

[4] Ob. Cit., p. 198.

[5] **Montero, J.** (1997) "*Principios del Proceso Penal*." Tirant lo Blanch. Valencia, España. Pág. 101.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Magaly Vásquez González ● Pág.: 558 – 588

ofendido o no por el delito, a constituirse como parte en el proceso penal y, por otro, como un deber del Ministerio Público a asumir también tal condición, bien solicitando el inicio del proceso o asumiendo el ya iniciado, sin que en ningún caso implique el derecho a la obtención de una sentencia condenatoria y a la imposición de una pena. En el mismo sentido enseña Díez-Picazo, que la acción penal consiste en acusar a alguien de la comisión de un delito solicitando, en consecuencia, la puesta en marcha del *ius puniendi* del Estado, en tal virtud representa la iniciación del proceso penal o, al menos, de la fase decisiva del mismo[6].

2_. Naturaleza de la Acción Penal.

Sostiene Clariá[7] que el poder de acción pertenece al Estado y por regla general debe ejercerlo un órgano público distinto del jurisdiccional, por excepción puede ejercerlo un particular. Esta afirmación es totalmente acorde con la disposición del artículo 285.4 de la Constitución venezolana, según la cual, es atribución del Ministerio Público ejercer la acción penal en nombre del Estado salvo que para intentarla o proseguirla fuere necesaria "instancia de parte".

La asunción por parte del Estado del ejercicio de la acción penal supone una evolución respecto del estadio de la violencia privada, con lo que se trata de, por una parte, evitar la persecución guiada por motivos personales y, por la otra, asegurar la objetividad e independencia propia del órgano oficial a quien se confía su ejercicio.

Siendo que el Estado es el titular de la acción penal, los **delitos públicos** o de **acción pública**, constituyen la regla en nuestra legislación, los mismos son perseguibles por denuncia de cualquier persona, de oficio por el Ministerio Público o los órganos de policía de investigaciones penales o por querella de la víctima; se identifican fácilmente por cuanto la ley no suele referirse a la forma de persecución y el desistimiento no genera efecto extintivo sobre la acción, en tanto que los **delitos privados** o **delitos de acción de ejercicio privado**, sólo son

[6] **Díez-Picazo, L.** (2000) "*El Poder de Acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*." Barcelona-España- Ariel Derecho. Pág. 11.
[7] **Vásquez González, M.** (2016) "*Procedimientos Penales Especiales*". UCAB Ediciones. Colección Letraviva. Pág. 210.

perseguibles por acusación privada de la víctima y tal disponibilidad sobre la acción penal le permite ejercerla y también extinguirla a través del desistimiento, ya sea respecto de uno o todos los delitos de esta naturaleza o de los autores o partícipes del delito, pues como indica Vélez[8], en estos casos el Estado "no se limita a conceder al ofendido el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino que le acuerda un derecho que condiciona y enerva por completo la potestad pública".

Por otra parte, deben diferenciarse los delitos de acción de ejercicio privado de los **delitos de acción pública enjuiciables a instancia de parte** también denominados **semipúblicos o semiprivados**, pues en estos la ley sustantiva ha establecido como requisito para su investigación y eventual procesamiento, es decir, como una condición de procedibilidad, que sea la víctima quien inste el inicio del proceso, lo cual puede hacer mediante denuncia o querella. En estos delitos, si bien la lesión del interés público no se ve absorbida por la afectación del interés privado, de todos modos el Estado resigna su pretensión persecutoria en aras de dar protección a un interés individual superior de la víctima, que puede verse afectado con la promoción y el desarrollo del procedimiento penal y la publicidad que ello necesariamente implica[9].

No obstante que la clasificación procesal de los delitos en públicos, semipúblicos y privados no tiene reconocimiento penal explícito, ha sido asumida por la doctrina procesal sin mayores problemas dada su utilidad para explicar el ejercicio de la acción penal y el concepto y contenido de parte procesal acusadora[10].

Por su parte, el legislador venezolano se refiere a los delitos semipúblicos -sin denominarlos así-como delitos enjuiciables previo requerimiento o instancia de la víctima (artículo 26 del COPP), precisando que se tramitarán "de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública" pero otorgando -tal como acontece en los delitos de acción privada o de ejercicio privado- efecto extintivo de la acción, al desistimiento de la víctima, el cual puede operar en

---

[8] C.P. **Vásquez González, M.** *Procedimientos Penales Especiales*, p. 211-212.

[9] **Córdoba, F.** (1993) La posición de la víctima, en: "*El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*." Compilador Julio B: J. Maier. (Págs. 81-101). Argentina. Editores del Puerto. Pág. 84.

[10] **Gómez Colomer, J.** (1996) "*Constitución y Proceso Penal. Análisis de las Reformas Procesales más Importantes Introducidas por el Nuevo Código Penal de 1995*." Colección Temas Clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. Pág. 118.

cualquier estado del proceso. Esto significa que en los delitos semipúblicos o semiprivados, si bien la instancia de la víctima constituye un requisito de procedibilidad, no están sujetos al procedimiento especial regulado en el Libro Tercero del COPP.

3_. Titularidad y Disponibilidad de la Acción Penal.

En el caso del sistema acusatorio formal adoptado por el COPP, se confió al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal (artículos 285.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -CRBV-, 11 y 24 COPP), quien por regla general está obligado a ejercerla (principio de legalidad procesal), concretándose, a decir de Cafferata, su inevitabilidad e irretractabilidad; la primera, por cuanto frente a la hipótesis de la comisión de un delito, necesariamente se tiene que poner en marcha el mecanismo estatal dirigido a la investigación, juzgamiento y castigo y, la segunda, porque puesta en funcionamiento la persecución penal, esta no puede interrumpirse, suspenderse o hacerse cesar, hasta que el juez competente decida sobre ella de forma definitiva[11].

Es importante establecer la diferencia entre el principio de legalidad procesal que, como se refirió, en el caso venezolano supone la obligatoriedad de la persecución de los delitos de acción pública de los que el Ministerio Público tenga conocimiento en tanto titular del ejercicio de la acción penal que corresponde al Estado, del principio de oficialidad que, según Cerda, Rodrigo y Hermosilla, Francisco[12], se refiere a la idea de persecución penal pública de los delitos, de oficio, sin consideración de la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona, pues el principio de oficialidad está asociado a la idea de monopolio estatal en el ejercicio de la acción penal y su antítesis teórica es el principio dispositivo.

Otra concepción doctrinal equipara el principio de oficialidad al de necesidad, pues "ante un hecho con apariencia delictiva resulta necesario que el

[11] **Cafferata Nores, J.** (2003). Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Tomo I, Editorial Mediterránea, p. 72-73.

[12] Cit. Por: **Rodríguez Vega, M.** (2013), en: Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal En "*Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*" (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre) [pp. 643 - 686] Págs. 655-656.

Ministerio Fiscal ejercite la acción penal"[13], independientemente de la forma como el proceso se hubiere iniciado, ya que "el concepto de incoación del proceso funciona independientemente del de ejercicio de la acción penal"[14]. En todo caso debe advertirse que parte de la doctrina se manifiesta en el sentido de emplear la expresión "obligatoriedad" en lugar de "legalidad", dado que la última no reflejaría la oposición con "discrecionalidad"[15].

Dado que la función penal tiene índole eminentemente pública, la pretensión punitiva del Estado que deriva del delito debe hacerse valer por un órgano público[16]. Tratándose de delitos de acción pública, perseguibles de oficio, en razón del principio de legalidad, el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable de determinar los hechos e investigarlos con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes, lo cual constituye un deber jurídico propio y no una simple cuestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima[17]. "La acción es ejercida por un órgano del Estado porque es una función pública, y encuentra tal naturaleza en los intereses que hace valer"[18]. La legalidad se asocia a interés social y por tanto debe "sujetarse a imparcialidad u objetividad"[19].

Ahora bien, en reconocimiento de que es materialmente imposible que el sistema penal tramite todas las causas que le ingresan, lo que conlleva a que de facto se verifique un proceso de selectividad espontánea que conduce a que "lo inevitable sea la disponibilidad"[20], los códigos y leyes de procedimiento penal, han establecido mecanismos que permiten racionalizar tal selectividad, fundamentalmente en casos de pequeña o mediana criminalidad, a través de figuras que flexibilizan o excepcionan el principio de legalidad procesal, como el principio de oportunidad en sus distintas modalidades, la conversión de acciones o el reconocimiento a los particulares de "parcelas más o menos amplias de actuación exclusiva, principal, autónoma o compartida", sin que deje de

---

[13] **Líbano Beristain, A**. (2011) "*Los Delitos Semipúblicos y Privados. Aspectos Sustantivos y Procesales*". Bosch Editor. Barcelona, España. Pág. 65.
[14] *Ídem*.
[15] En este sentido, **González Daniel**. Ob. Cit., p. 26; **Díez- Picazo**, Ob. Cit., p. 13.
[16] **Manzini**, Cit. P. **González Daniel**., Ob. Cit., P.32.
[17] **Cafferata**. Ob. Cit., p. 69.
[18] **González Daniel**., Ob. Cit., P.32.
[19] **Ruíz Vadillo, E.** (1995) "*Estudios de Derecho Procesal Penal*". Editorial Comares. Granada, España. Pág. 74.
[20] **Cafferata**, p. 73.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Magaly Vásquez González ● Pág.: 558 – 588

prevalecer "el *principio de oficialidad* por sobre el acusatorio puro"[21], entendiendo por este sistema procesal, aquel en el que la víctima o eventualmente la comunidad, es la legitimada para solicitar al Estado la activación de su poder punitivo.

En algunos casos, ese margen de actuación que se concede a la víctima de delitos de acción pública, opera como mecanismo para limitar los riesgos de la "expropiación" subjetiva de que es sujeto, los cuales son evidentes cuando el órgano que asume la acción con carácter exclusivo, se ubica institucionalmente en el Poder Ejecutivo, pues en estos casos el mismo puede influir o decidir sobre su ejercicio, por razones de orden político y no sustentadas en la legalidad[22]. En estos casos, no sólo se posibilita que la víctima pueda también ejercer la acción, sino que incluso se contempla una acción popular.

Si bien permitir, que la víctima ejerza la acción, no neutraliza los riesgos referidos, pues es claro que esta puede actuar mediada por un comprensible deseo de venganza, sin embargo, se trata de "una opción política a favor de la libertad y de la responsabilidad de los ciudadanos y en contra de los monopolios del Estado"[23].

La disponibilidad de la acción penal constituye una excepción al principio de legalidad procesal, posibilitando que, en los supuestos permitidos legalmente, se prescinda de su ejercicio, se limite a una o varias de las personas del proceso, a uno o varios de los hechos objeto del mismo o se ponga fin a la persecución penal ya iniciada. Conforme al marco normativo venezolano, excepcionalmente las partes (Ministerio Público, imputado y víctima), pueden ejercer tal disponibilidad.

4_. Disponibilidad de la Acción Penal por Parte del Ministerio Público.

En Venezuela, el Ministerio Público está en la obligación de ejercer la acción penal, pudiendo no hacerlo sólo en los casos en que la propia ley lo permite (oportunidad reglada)[24], a saber:

---

[21] **Letelier**. Ob. Cit., p. 200.
[22] Vid. **Montero Aroca**. Ob. Cit., p. 99.
[23] **Montero Aroca**. Ob. Cit., p. 100.
[24] Están excluidas de aplicación del principio de oportunidad, las causas que se refieran a la investigación de los delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, el delito de

1. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto, cuando el máximo de la pena exceda de los ocho años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o funcionaria, empleado público o empleada pública, en ejercicio de su cargo o por razón de él.
2. Cuando la participación del imputado o imputada, en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o funcionaria, empleado público o empleada pública, en ejercicio de su cargo o por razón de él.
3. Cuando en los delitos culposos el imputado o imputada, haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena.
4. Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Por otra parte, siendo que este sujeto procesal tiene el carácter de parte de "*buena fe*", sólo podrá acusar cuando del resultado de la investigación emerja fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, pudiendo, por el contrario, archivar las actuaciones si tal fundamento no existe, o solicitar el sobreseimiento, si estima que ha quedado acreditada alguna de las causales que lo justifican. En estos últimos dos casos, el COPP ha establecido algunos mecanismos que permiten a la víctima solicitar se ejerza el respectivo control judicial sobre esos actos conclusivos de la fase preparatoria, cuando los mismos no cubren sus expectativas.

---

corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Magaly Vásquez González ● Pág.: 558 – 588

En el caso del archivo fiscal, puede la víctima, en cualquier momento, dirigirse al Juez o Jueza de Control solicitándole examine los fundamentos de la medida. Al no tratarse propiamente de un recurso, por carecer el fiscal de jurisdicción, el único límite para tal solicitud, es la prescripción de la acción penal. En relación con el sobreseimiento, la víctima no sólo puede oponerse a tal acto conclusivo sino que podría apelar la decisión que lo decreta.

Dado que es el Estado el titular de la acción penal, representado por el Ministerio Público, este sujeto procesal está impedido, fuera de los casos taxativamente señalados (supuestos de oportunidad) de prescindir de la acción penal, por tal razón no podría el fiscal, una vez que ha acusado, retractarse y retirar la acusación y por tanto no se contempla la posibilidad de su desistimiento, lo que no obsta para que, precisamente por actuar de "buena fe", pueda solicitar la absolución del acusado, si considera que los fundamentos de su acusación fueron desvirtuados en el juicio.

En este último caso, el juez no resulta vinculado por la petición fiscal y como órgano del Estado que controla la actuación del Ministerio Público, podría dictar una sentencia de condena si concluye que esta se corresponde con lo probado en juicio, pues caso contrario, se estaría permitiendo al fiscal disponer del derecho material. En los países en los que el principio de oportunidad es la regla, el fiscal tiene disponibilidad absoluta sobre la acción, lo cual le permite retirar la acusación quedando el juez vinculado por este pedimento.

5_. Disponibilidad de la Acción Penal por Parte del Imputado y la Víctima.

Contempla el COPP (artículo 41), la posibilidad de que el convenimiento entre imputado y víctima, complementado con la reparación que el primero realiza respecto del daño causado a la segunda con ocasión del delito, conlleve a la extinción de la acción penal, siempre que se trate de alguno de los siguientes supuestos:

1. El hecho punible recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o,

2. Se trate de delitos culposos contra las personas.

En estos casos, el cumplimiento del acuerdo reparatorio extingue la acción penal respecto del imputado o imputada que hubiere intervenido en él, manteniéndose la continuación del proceso respecto de los imputados, imputadas o víctimas que no hubieren concurrido al acuerdo, por tanto, constituye un caso excepcional de disposición de la acción penal por parte del imputado y la víctima del delito, estando el fiscal obligado solo a emitir su opinión sobre la viabilidad del acuerdo reparatorio.

También constituye un caso de disponibilidad de la acción penal el cumplimiento por parte del imputado de las condiciones establecidas durante el régimen de prueba si se hubiere suspendido condicionalmente el proceso, siendo imprescindible que la víctima y el fiscal del Ministerio Público no se hayan opuesto a la aplicación de esta alternativa a la prosecución del proceso. Tales mecanismos de disposición de la acción penal operan con independencia de que se trate de un delito de acción pública, de ejercicio privado o dependiente de instancia de parte.

6_. La Víctima Sustituye al Ministerio Público

En fecha 20 de noviembre de 2003 (fallo Nº 3267[25]), la Sala Constitucional había reconocido que el entonces artículo 313 del COPP, referido a la duración de la investigación y que contemplaba el derecho del imputado a solicitarle al juez la fijación de un plazo al fiscal para que concluyera la investigación, no consagraba "*-ni ninguna otra disposición de la ley adjetiva penal- que la víctima, ante la inactividad del Ministerio Público de dar término a la investigación, pueda requerir al Juez de Control la fijación de plazo al Ministerio Público, menos aún la sanción en caso de vencimiento del lapso prudencial fijado*" precisando que "*la falta de previsión al respecto coloca a la víctima en una situación de desigualdad ante la ley y, por ende conculca su derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva*", por lo que "*en aras de garantizar la vigencia plena de los derechos constitucionales de la víctima*", dispuso "como mecanismo que le permite a la víctima instar y controlar el ejercicio de la acción por parte de su titular -el Ministerio Público- poder requerir al Juez de

[25] Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/3267-201103-01-2901.HTM

Control -sólo en los casos en que el Ministerio Público no procure dar término a la fase preparatoria del proceso con la diligencia que el asunto requiera- la fijación de un plazo prudencial para la conclusión de la investigación".

Para la fijación de dicho plazo, el Juez de Control debía oír al Ministerio Público y al imputado y tomar en consideración la magnitud del daño causado, la complejidad de la investigación y cualquier otra circunstancia que a su juicio permitiera garantizar los derechos de las partes. Este criterio fue incorporado como derecho positivo en la reforma al COPP del año 2009, modificándose el citado artículo 313.

Igualmente se dispuso en la sentencia 3267, que vencido el plazo fijado por el juez de Control o la prórroga de ser el caso, "*la víctima -si se tratare de delitos de acción pública- podrá formular una acusación particular propia contra el imputado*"; no obstante, no se precisó si la víctima, en ese caso, sustituía totalmente el rol del fiscal y si el proceso podía llegar a término sin su intervención, a quien el fallo reconocía como "*titular*" de la acción.

Si bien la Sala Constitucional sentó el criterio precedentemente citado, al no determinarse el trámite a seguir y no tener carácter vinculante, en la práctica no tuvo mayor aplicación.

Mediante sentencia Nº 1298 14/8/12[26], la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de una acción de amparo contra la decisión de un Tribunal de Alzada que declaró inadmisible por extemporáneo el recurso de apelación que intentó el Ministerio Público contra la decisión de un Juzgado de Violencia Contra la Mujer en Función de Control, Audiencia y Medidas, mediante la cual decretó el sobreseimiento de la causa seguida a un ciudadano por la presunta comisión del delito de violencia física, fundándose en la necesidad de garantizar "*los derechos a la igualdad, acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de la víctima*" y en el objeto principal de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, a saber, garantizar y promover el derecho a una vida libre de violencia, "creando condiciones para

[26] Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1268-14812-2012-11-0652.HTML posteriormente, en la reforma realizada a la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia de fecha 25 de noviembre de 2014, expresamente se incorporó en el artículo 106 que "La víctima tiene la potestad de ejercer la acusación particular propia, si vencida la prórroga extraordinaria, el o la fiscal que conoce del caso, no hubiere dictado el acto conclusivo."

prevenir, atender, **sancionar y erradicar** la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos", estableció con carácter vinculante que en el procedimiento especial de violencia contra la mujer:

> ***La víctima -directa o indirecta- de los hechos punibles investigados en dichos procesos, puede, con prescindencia del Ministerio Público, presentar una acusación particular propia contra el imputado, cuando ese órgano fiscal no haya concluido la investigación dentro de los lapsos establecidos en la ley especial para hacerlo***.

Seguidamente pasó la Sala a precisar el trámite a seguir, disponiendo que:

> La víctima podrá presentar la acusación particular propia ante el Juez de Control, con el respectivo ofrecimiento de medios de pruebas, que esté conociendo la investigación, para que éste proceda a fijar la celebración de la audiencia preliminar, conforme a las disposiciones legales establecidas en los distintos sistemas penales procesales –de acuerdo a la materia-; permitiéndose asimismo, que el imputado ejerza su derecho a la defensa a través de la oposición de excepciones, medios de prueba, y descargos necesarios. Si el Ministerio Público presenta una acusación posteriormente a la interpuesta por la víctima, antes de la celebración de la audiencia preliminar, el Juez de Control conocerá de las mismas y decidirá sobre su admisión en dicha audiencia. En el caso de que sea admitida la acusación particular propia presentada solamente por la víctima, y los medios de pruebas ofrecidos, la causa será enviada al respectivo Juez de Juicio para la celebración de la audiencia de juicio con prescindencia del Ministerio Público. Sin embargo, dicho órgano fiscal, como parte de buena fe, podrá coadyuvar con los intereses de la víctima, facilitando, entre otros aspectos, la evacuación de los medios de pruebas ofrecidos por la víctima.

El referido fallo vinculante abordó algunos de los aspectos que no reguló la sentencia de 2003. Sin embargo, al igual que su predecesora, no determinó si

la prescindencia del fiscal suponía que la acción pública se convirtiera en privada, a quién correspondía continuar la investigación, y de cuánto tiempo disponía la víctima para presentar la acusación particular propia, entre otros aspectos. Omisiones, que advirtió el Magistrado Ponente Marcos Tulio Dugarte, en su voto concurrente al señalar que el referido criterio:

> Nada dice en relación a quien realizará la investigación con la cual se enjuiciará al acusado, ya que bajo este supuesto el Ministerio Público no realizó la misma, cabe preguntarse entonces si la investigación sería de carácter privada y no pública y de ser así, quién controlaría la misma, en cuanto a la obtención de elementos de convicción tales como inspecciones, declaraciones, reconocimientos, etc., ya que no sólo con la denuncia y el reconocimiento médico se puede lograr el enjuiciamiento de una persona. Siendo ello así, a juicio de quien concurre, el criterio contenido en el fallo del cual se concurre, lejos de solventar la problemática advertida por la Sala en cuanto a la poca respuesta dada por el Ministerio Público a las denuncias recibidas en materia de violencia de género, sólo **crea un procedimiento de acusación particular propia que se aparta de los principios y garantías establecidos en la legislación de la República Bolivariana de Venezuela, que primordialmente destaca el monopolio de la acción pública en manos del Ministerio Público**. (Negrillas nuestras).

En fecha 14 de diciembre de 2018 (fallo Nº 902[27]), la Sala Constitucional, al conocer de una acción de amparo interpuesta contra la actuación realizada por un Fiscal Superior del Ministerio Público, mediante la cual ratificó la solicitud de sobreseimiento de la causa formulada por el fiscal a cargo, con ocasión de los diversos hechos delictivos atribuidos al accionante y revisar de oficio varias decisiones adoptadas en el proceso, extendió el criterio vinculante antes referido, al procedimiento ordinario y al procedimiento especial para el juzgamiento de delitos menos graves, declarando que:

[27] http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/303257-0902-141218-2018-18-0041.HTML

> si transcurriere el lapso establecido en la ley para la fase de investigación y su prórroga, si esta procediere, sin que el Ministerio Público presente el acto conclusivo, o si presentare uno distinto a la acusación, la víctima quedará legitimada para presentar acusación particular propia con prescindencia de la representación fiscal…

Atribuyendo por tanto:

> A todos los jueces y juezas de la República, con competencia penal ordinaria, la posibilidad de admitir la acusación particular propia de la víctima, en ausencia de acusación ejercida por el Ministerio Público, y convocar a la audiencia preliminar, sin que se corra el riesgo de ser desechada por este motivo, por considerar que el marco constitucional faculta suficientemente a la víctima para ejercer directamente la acción penal en los casos que sea necesario, con el objeto de evitar la impunidad y lograr la justicia sustancial, como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

En el citado fallo concluye la Sala que:

> con el fin de reforzar las garantías a la igualdad, al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de la víctima, esta Sala ratifica con carácter vinculante, dentro del marco del procedimiento ordinario, en el supuesto que el plazo prudencial a que se refiere el artículo 295 del Código Orgánico Procesal Penal, haya sido fijado por el tribunal a solicitud de la víctima, manifestando de esta manera su interés en el proceso, y el plazo en cuestión transcurra sin que el Ministerio Público presente el acto conclusivo, la víctima, esté o no querellada, podrá actuar directamente, y en consecuencia, presentar acusación particular propia en delitos de acción pública, promoviendo los medios de pruebas correspondientes, y en fin, cumpliendo con los requisitos exigidos a la acusación fiscal, previstos en el artículo 308 del Código Orgánico Procesal Penal.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Magaly Vásquez González ● Pág.: 558 – 588

Igualmente, en el caso del:

> procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos menos graves, si el Ministerio Público no presentare el acto conclusivo en el lapso de sesenta días (60) continuos siguientes a la audiencia de imputación, o, en el supuesto en que en esa oportunidad procesal el imputado se haya acogido a la suspensión condicional del proceso, o a un acuerdo reparatorio estipulado a plazos, y cualquiera de estos fuere incumplido, en el lapso de sesenta días (60) continuos siguientes a la recepción de la notificación sobre el incumplimiento de tales medidas alternativas a la prosecución de proceso (…) la víctima podrá presentar igualmente acusación particular propia, satisfaciendo los requisitos legales; con la advertencia que, el Tribunal de Primera Instancia Penal Municipal en Funciones de Control deberá conceder a la víctima la oportunidad para que presente la acusación particular propia en los términos antes expuestos; y de no presentarse la acusación, el órgano judicial podrá decretar el archivo judicial previsto en el artículo 364 *eiusdem*.

Estableció la Sala que "para el ejercicio de esta facultad, la víctima deberá en forma alternativa, presentarla en forma personal con la asistencia de abogado o representada por un profesional de la ciencia jurídica debidamente facultado mediante mandato o poder, tal como lo exige el artículo 4 de la Ley de Abogados" y que si la víctima no presenta la acusación particular propia dentro de los lapsos fijados, el Juzgado en Funciones de Control que conoce del asunto, deberá decretar el archivo judicial de acuerdo con el contenido de los artículos 296 o 364 del Código Orgánico Procesal Penal, según sea el caso.

Seguidamente pasó la Sala Constitucional a desarrollar el procedimiento a seguir si la víctima presenta la acusación particular propia, disponiendo que:

> Se celebrará la audiencia preliminar en la cual se verificará que el libelo acusatorio cumpla con los requisitos de ley, de forma y de fondo, para su admisión. En tal sentido, el Juez o Jueza en Funciones de Control respectivo deberá requerirle al Ministerio

> Público, antes de la celebración de la audiencia preliminar, la remisión inmediata del expediente contentivo de la investigación.

Por otra parte, en razón del principio de libertad de prueba, previsto en el artículo 182 del COPP, se dispone que "la víctima tendrá la mayor amplitud en su actividad probatoria en el ejercicio de la acusación particular propia, en cumplimiento de los requisitos de pertinencia, utilidad, necesidad y licitud. Asimismo, en el caso de que no existieren suficientes diligencias de investigación para proponer la acusación particular propia, la víctima podrá acudir al Juzgado en Funciones de Control, para que, a través de la figura del auxilio judicial, se recaben elementos de convicción que permitan la interposición del libelo acusatorio".

Se continúa indicando que si interpuesta la acusación particular propia por parte de la víctima, el Ministerio Público no ha acusado:

> Podrá actuar dentro del proceso penal para facilitar la evacuación de los medios de prueba que fueron admitidos en la fase preparatoria. Cualquier conflicto de intereses que se presente en esta fase entre el Ministerio Público y la víctima, deberá ser resuelto por el Juez o Jueza que conozca de la causa penal, en su condición de director del proceso.

Y si el Ministerio Público solicitare el sobreseimiento de la causa:

> la víctima (previamente notificada) podrá presentar –si a bien lo tiene- su acusación particular propia, en cuyo caso, el Juez o Jueza en Funciones de Control para decidir convocará a las partes para la audiencia preliminar, prevista en los artículos 309 y 365 del Código Orgánico Procesal Penal.

En los casos en que se decrete el archivo fiscal:

> El Ministerio Público deberá notificar al Juez o Jueza en Funciones de Control, así como a la víctima, a fin de que esta última pueda presentar acusación particular propia en los términos antes establecidos, o solicitar en cualquier momento, el examen y revisión de los fundamentos que motivaron el archivo; y si el tribunal estima procedente la solicitud de la víctima

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Magaly Vásquez González ● Pág.: 558 – 588

> ordenará el envío de las actuaciones a la Fiscalía Superior para que ordene a otro u otra Fiscal que continúe con la investigación, todo ello sin perjuicio de que la víctima pueda presentar la acusación particular propia, si el Ministerio Público no concluye la investigación dentro de los lapsos establecidos en la ley.

Posteriormente, en fecha 18 de junio de 2019 (fallo N° 141) la misma Sala Constitucional, extendió al procedimiento relativo al sistema penal de responsabilidad del adolescente el criterio vinculante precedentemente referido, al conocer de la acción de amparo constitucional incoada por el Ministerio Público contra la decisión dictada por la Sala Única de la Corte de Apelaciones de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por el Ministerio Público contra la decisión dictada por un Juzgado en Funciones de Juicio de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente del mismo Circuito Judicial, que sustituyó la medida de prisión preventiva a un adolescente y, en su lugar, decretó la medida de caución personal, en el proceso seguido al imputado por la presunta comisión del delito de homicidio calificado, por motivos fútiles con alevosía.

En el fallo en cuestión, después de analizar los supuestos de procedencia del decaimiento de la medida de coerción personal, declaró que: "constituye un hecho notorio público y comunicacional que en los últimos años ha aumentado la cifra de la comisión de hechos punibles por parte de los adolescentes, por lo que resulta complejo para el Estado venezolano mantener un mínimo deseable de impunidad del castigo de esos delitos si se resuelve la solicitud de decaimiento de la medida de prisión preventiva en forma automática y aislada", lo que conllevaría "al desconocimiento de lo señalado en el artículo 257 constitucional, que establece que el proceso constituye **un instrumento fundamental** para la resolución de la justicia", y advirtió que el juzgador en la decisión objeto de la referida acción debió ser "exhaustivo con relación a los motivos por las cuales no se había dictado sentencia en el lapso fijado en el Párrafo Segundo del artículo 581 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes".

Reiteró la Sala que aunque el procedimiento especial en materia de responsabilidad penal del adolescente se diferencia sustancialmente del

procedimiento penal ordinario, "comparte algunos aspectos, entre los cuales puede señalarse la estructura adversarial acusatorio, así como la atribución al Ministerio Público del ejercicio de la acción penal, el derecho de las víctimas a participar activamente en el proceso y de enterarse de sus resultas" y "también se encuentra irradiado por los derechos constitucionales del debido proceso, derecho a la defensa, presunción de inocencia, juicio previo, así como el derecho de las víctimas de los delitos comunes a obtener del culpable la reparación de los daños sufridos, entre otros", por lo que "en aras de la celeridad procesal, y, en atención a que la atribución constitucional del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal no fue otorgada exclusivamente a dicho órgano del poder público", esa Sala Constitucional "como máximo y último intérprete de la constitucionalidad declara con carácter vinculante que, la doctrina establecida en la sentencia N° 0902/2018 del 14 de diciembre (caso: *Jesús Gabriel Lombardi Boscán*), que permite a la víctima –directa o indirecta–, en los supuestos ahí señalados, el ejercicio de la acción penal con prescindencia del Ministerio Público, también se aplica en el procedimiento de responsabilidad penal del adolescente, en cuanto sea compatible."

Como se aprecia, con la solución procesal contenida en los tres fallos cuyo contenido fue declarado vinculante, la Sala oficializó la conversión de la acción pública en privada, institución que si bien fue considerada durante el proceso de formación del COPP, finalmente no se incorporó en la versión del texto adjetivo definitivamente aprobada.

Por otra parte, si bien en la sentencia de 2018 aclara algunos puntos no tratados en el fallo Nº 1298 14/8/12, como la oportunidad de presentación de la acusación particular propia por parte de la víctima y el auxilio judicial que puede requerir para la práctica de actos de investigación, pareciera partir la Sala de la premisa de que la víctima que actúa con prescindencia del fiscal se mantendrá en tal rol procesal hasta que el tribunal en funciones de juicio dicte la sentencia, no considerando qué sucedería si el fiscal no "coadyuva con los intereses de la víctima", por estimar que en el caso no procedía la presentación de una acusación. Tampoco se plantea la posibilidad de que la víctima resuelva no continuar adelante con la persecución penal y si el desistimiento expreso o tácito conducirá a la extinción de la acción.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Magaly Vásquez González ● Pág.: 558 – 588

En el caso de la extensión del criterio al sistema penal de responsabilidad del adolescente, se limita la Sala a remitir al criterio de 2018, por lo que valen en relación con este procedimiento, las mismas consideraciones precedentemente formuladas.

7_. Conversión de Acciones.

En un importante número de códigos de procedimiento penal de la región no obstante estar confiada al Ministerio Público Fiscal el ejercicio de la acción penal por delitos de acción pública, se posibilita que la víctima pueda acusar en defecto de aquél, en algunos casos disponiéndose la continuación del proceso en los términos en que lo haría el fiscal o contemplándose un procedimiento particular.

Así, en el **caso chileno**, el Código Procesal (Ley 19696), regula (artículo 258), la figura del forzamiento de la acusación y a tales efectos prevé que si el querellante particular se opone a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez debe disponer la remisión de los antecedentes al fiscal regional, para que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa y en caso de decidir que procede la formulación de la acusación igualmente deberá resolver si lo hará el fiscal que ha conducido la investigación u otro fiscal.

Si por el contrario, el fiscal regional ratifica la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez puede disponer que la acusación sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que el Código lo establece para el Ministerio Público, o proceder a decretar el sobreseimiento. Puede también el querellante solicitar al juez que lo faculte para proceder conforme a lo indicado si el Ministerio Público, al término de la investigación, comunica la decisión de este órgano de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

En el mismo sentido, el Código Procesal Penal de **Guatemala**, en su artículo 26, dispone que las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme al procedimiento especial allí regulado y siempre que no produzcan impacto social, cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la

persecución penal, conforme el criterio de oportunidad; cuando el delito requiera de denuncia o instancia particular, el Ministerio Público lo autorice, porque no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantice una persecución penal eficiente; o cuando concurran estas exigencias y se trate de un delito contra el patrimonio. En este último caso, si hubiere pluralidad de agraviados, será necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno asuma la acción penal.

El artículo 71.3.f del Código Procesal Penal de **Costa Rica** reconoce como uno de los derechos procesales de la víctima "solicitar la conversión de la acción pública en acción privada, así como a desistir de sus querellas o acciones", en tal sentido el Ministerio Público puede autorizar tal conversión (artículo 20) cuando no exista un interés público gravemente comprometido y se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos.

El Código de Procedimiento Penal de **Ecuador**, en su artículo 37, contempla la posibilidad de transformación de las acciones por delitos de acción penal pública en acciones privadas, a pedido del ofendido o de su representante, siempre que el Fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido, si se tratare de un delito contra la propiedad –en este caso si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno haya presentado la acusación particular- o en los delitos de instancia particular.

Por su parte, el artículo 17 de Código Procesal Penal de **El Salvador**, después de precisar los modos de ejercicio de la acción penal. ya sea que se trate de delitos de acción pública, acción pública, previa instancia particular o acción privada, contempla la posibilidad de que la conversión de acciones se produzca de pleno derecho, cuando han expirado los lapsos legales para que el fiscal presente el requerimiento respectivo o se pronuncie sobre el archivo de las investigaciones.

Igualmente, prevé el artículo 29 *ejusdem*, la transformación de las acciones públicas en acciones privadas a petición de la víctima, siempre que la Fiscalía

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Magaly Vásquez González ● Pág.: 558 – 588

General de la República lo autorice[28], cuando el fiscal decida archivar la investigación por falta de pruebas para incriminar al presunto responsable; porque se trate de un delito que requiera instancia particular; de un delito contra la propiedad siempre que el delito no se ejecute bajo la modalidad de crimen organizado o exista un interés público gravemente comprometido, en atención a situaciones tales como la vulnerabilidad de la víctima o la existencia de violencia en contra de ésta–en este caso, si hubiere pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas ellas, aunque sólo una asuma la persecución penal-. transcurrido el lapso legal (cinco días) sin que el fiscal superior se pronuncie sobre la procedencia de la conversión se entenderá autorizada tácitamente la misma, salvo que se haya presentado requerimiento. Resuelta la conversión, la acción penal caducará si dentro del plazo de tres meses de notificada la víctima o de verificada la autorización tácita no se presenta la acusación. Estas reglas aplican en los casos de conversión como efecto de la aplicación de un criterio de oportunidad (artículo 18, numerales 2 al 5), cuales son:

> 2) Cuando se trate de un hecho que produzca una mínima afectación del bien jurídico protegido, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, salvo que se trate de delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos o municipales, autoridad pública o agentes de autoridad, en el ejercicio de sus funciones.
>
> 3) Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho un daño físico o psíquico, grave o irreparable, que le incapacite para el ejercicio de sus actividades o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño moral de difícil superación.
>
> 4) Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En este caso la conversión procederá hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en el que se resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal. Si la sentencia no satisface las

[28] Constituye causa de nulidad absoluta la falta de autorización del fiscal en los casos de conversión de la acción penal pública.

expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la persecución, el fiscal reanudará el trámite.

5) Cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad mortal e incurable en fase terminal.

La víctima notificada de la conversión de la acción pública en privada, producto de la aplicación de un criterio de oportunidad, puede recurrir de tal resolución ante el fiscal superior. En este caso, el plazo de caducidad de la acción privada comenzará a contarse a partir de la comunicación de la decisión sobre el recurso interpuesto, si ésta fuese desestimatoria.

Es de advertir que la actual regulación salvadoreña, precedentemente referida, fue modificada en la reforma del 16 de enero de 2009, reforma que se sustentó en la necesidad de reafirmar:

> El carácter de órgano persecutor del delito de la Fiscalía General de la República, así como del ejercicio democrático de la promoción de la acción penal; y la función del Órgano Judicial, como garante de los derechos fundamentales de las personas y de la potestad de juzgar.

Es el Código de Procedimiento Penal de **Colombia** (reformado mediante Ley 1826 de 2017), el que regula más exhaustivamente la institución de la conversión de acciones; así, el artículo 66, después de declarar que el Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución y el Política y en ese código, y, por tanto, no podrá suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en aplicación del principio de oportunidad, el cual está sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías, contempla la posibilidad de conversión de la acción penal pública a privada, en cuyo caso la investigación y la acusación corresponden al acusador privado.

En tal sentido, el artículo 550 (modificado por el artículo 5 de la Ley 1959 de 2019) se refiere a las conductas punibles susceptibles de conversión de la acción

penal, a saber, las que se tramiten por el procedimiento especial abreviado, a excepción de aquellas que atenten contra bienes del Estado y cuando se trate del delito de violencia intrafamiliar, contemplándose en las normas subsiguientes como legitimados para solicitar la conversión a los querellantes legítimos y las demás autoridades que expresamente la ley faculta para ello. Si concurrieren múltiples víctimas, debe existir acuerdo entre todas ellas sobre la conversión de la acción penal y en caso de desacuerdo, el ejercicio de la acción penal le corresponderá a la Fiscalía.

Si una vez iniciado el trámite de conversión aparece un nuevo afectado, este se podrá adherir al trámite de acción privada. El acusador privado hará las veces de fiscal y se seguirán las mismas reglas previstas para el procedimiento abreviado contemplándose que en todo lo que no haya sido previsto de forma especial respecto de las facultades y deberes del acusador privado, se aplicará lo dispuesto en relación con el fiscal, lo cual incluso conlleva a la calificación por su parte del ejercicio de la acción como función pública transitoria, quedando sometido al mismo régimen disciplinario y de responsabilidad penal que se aplica para los fiscales.

Si el fiscal acepta la solicitud de conversión, debe señalar la identidad e individualización del o los indiciados, los hechos que serán objeto de la acción privada y su calificación jurídica provisional, prohibiéndose la conversión si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando no se acredite sumariamente la condición de víctima de la conducta punible.
b) Cuando no esté plenamente identificado o individualizado el sujeto investigado;
c) Cuando el indiciado pertenezca a una organización criminal y el hecho esté directamente relacionado con su pertenencia a esta;
d) Cuando el indiciado sea inimputable;
e) Cuando los hechos guarden conexidad o estén en concurso con delitos frente a los que no procede la conversión de la acción penal pública a acción privada;
f) Cuando la conversión de la acción penal implique riesgo para la seguridad de la víctima;
g) Cuando no haya acuerdo entre todas las víctimas de la conducta punible.

h) Cuando existan razones de política criminal, investigaciones en contexto o interés del Estado que indiquen la existencia de un interés colectivo sobre la investigación;

i) Cuando se trate de procesos adelantados por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

j) Cuando la conducta sea objetivamente atípica, caso en el cual el Fiscal procederá al archivo de la investigación.

Autorizada la conversión de la acción penal, la investigación y la acusación corresponden al acusador privado. Excepcionalmente, el acusador privado podrá solicitar autorización para la realización de actos complejos de investigación ante el juez de control de garantías, en cuyo caso, el juez, además de verificar el cumplimiento de los requisitos legales, valorará la urgencia y proporcionalidad del acto investigativo y de encontrarlo procedente, ordenará coordinar su realización al Fiscal que autorizó la conversión de la acción penal o al que para el efecto se designe. Realizada la investigación, tanto la evidencia recaudada como la información obtenida serán puestas a disposición del acusador privado por el Juez, respetando los protocolos de cadena de custodia.

Dado que las resultas de la investigación están amparadas por la reserva, el acusador privado está impedido de divulgarla a terceros ni utilizarla para fines diferentes al ejercicio de la acción penal, so pena de incurrir en alguna de las conductas previstas en el Código Penal. Si se le sorprendiere en actos de desviación de poder por el ejercicio de los actos de investigación se revertirá inmediatamente el ejercicio de la acción y se compulsarán las copias penales y disciplinarias correspondientes.

Ordenada la conversión de la acción pública a privada, el fiscal debe entregar los elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenida al apoderado del acusador privado, respetando la cadena de custodia.

En cualquier momento de la actuación, de oficio o por solicitud de parte, el fiscal que autorizó la conversión podrá ordenar que la acción privada vuelva a ser pública y desplazar en el ejercicio de la acción penal al acusador privado, en cuyo caso retomará la actuación en la etapa procesal en que se encuentre. De la misma manera se procederá cuando el acusador privado sea sorprendido en actos de desviación de poder por el ejercicio de los actos de investigación o se

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Magaly Vásquez González ● Pág.: 558 – 588

verifique una ausencia permanente del abogado de confianza del acusador privado.

CONCLUSIONES

En definitiva, en los códigos de procedimiento penal en los que se permite la conversión de acciones, hay un elemento común: que se trate de delitos que no comprometan gravemente un interés público y, si hubiere concurrencia de víctimas, debe contarse con el acuerdo de todas, por tanto, no se trata de supuestos ilimitados que permitan que, en defecto del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, la víctima le sustituya en el poder de persecución penal. Distinta es la situación venezolana pues la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido de forma absoluta la posibilidad de que la víctima asuma la continuación del proceso con prescindencia del fiscal, aun cuando se le haya facultado jurisprudencialmente para solicitar auxilio judicial para la práctica de las pruebas que estime necesarias. A estos efectos la afirmación:

> ... en el caso de que no existieren suficientes diligencias de investigación para proponer la acusación particular propia, la víctima podrá acudir al Juzgado en Funciones de Control, para que, a través de la figura del auxilio judicial, se recaben elementos de convicción que permitan la interposición del libelo acusatorio…

Contenida en la sentencia Nº 902 14/12/2018, debe interpretarse que quién determina la carencia de "*suficientes diligencias de investigación*" es la víctima y no el juez, pues si fuere este último, con ello estaría asumiendo una función instructora que comprometería su imparcialidad, rasgo esencial del sistema acusatorio, quedando impedido de poder realizar el control formal y material sobre la acusación que la víctima presente.

Esa nueva posición jurídica de la víctima supone unas cargas que difícilmente puede asumir si previamente no se había querellado y por tanto no

estaba en la obligación de hacerse asistir jurídicamente, siendo así, podría no estar en condiciones de determinar la pertinencia de las pruebas que puede solicitar en orden a acreditar los extremos de la acusación, por lo que el reconocimiento de su derecho a acusar en defecto del fiscal, puede, por falta de las competencias investigativas, conducir a una decisión judicial que no cubra sus expectativas, propiciándose con ello su revictimización.

En tal virtud se estima, frente a la tesis amplia acogida por la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que faculta a la víctima para el ejercicio de la acción penal con prescindencia del Ministerio Público, se impone la adopción legislativa de la tesis moderada que, tal como aplica para el principio de oportunidad, permita a la víctima ejercer exclusiva y autónomamente la acción respecto de ciertas categorías delictivas, previa autorización del Ministerio Público.

Tal autorización constituiría una ratificación del principio de oficialidad en tanto sería el órgano llamado constitucional y legalmente a ejercer la acción penal en nombre del Estado, el que podría aprobar la conversión en privada de la acción pública, pues aunque la Sala utiliza como fundamentación para justificar la acusación de la víctima con prescindencia del fiscal, el supuesto del artículo 285 Constitucional según el cual las atribuciones allí conferidas al Ministerio Público "no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los o las particulares o a otros funcionarios o funcionarias de acuerdo con esta Constitución y la ley", es de advertir que ni la Constitución ni la ley posibilitan que la víctima pueda sustituir al fiscal en el caso de los delitos de acción pública.

Por otra parte, si la víctima recobra en esos casos la titularidad de la acción penal, su desistimiento expreso o tácito debe tener efecto extintivo sobre la acción poniéndole fin a la persecución penal. Igualmente habría que determinar si tal conversión implica que el procedimiento se deba tramitar conforme a las reglas para el enjuiciamiento de los delitos de acción de ejercicio privado o si continuará desarrollándose bajo los lineamientos del procedimiento ordinario, pues el reconocimiento de un mayor ámbito de participación y facultades para la víctima no puede tener como contrapartida una merma en los derechos del imputado que podría verse impedido de contar con una etapa en la que se controle la acusación particular propia, además de enfrentarse a un sujeto procesal que no tiene el

carácter de parte de buena fe que rige la actuación fiscal y que le obliga a la investigación no solo de lo que perjudica sino también lo que pueda favorecer al imputado.

En tal virtud, consideramos, no obstante que ello podría ser interpretado como una limitación de los derechos de la víctima, que permitir "plena autonomía a la acusación privada, significa, en ciertas circunstancias, convertir la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en algo igual o semejante a un juicio por delito de acción privada, contraviniendo, por lo tanto, la decisión legislativa -presupuesta y tomada de antemano por el legislador- de que corresponde la persecución penal estatal. La representación privada de un interés estatal no es una figura adecuada y sólo constituiría un juego de palabras: a ella le faltaría la objetividad y legalidad que se requiere de la actividad desarrollada por órganos del Estado, en este caso, por la fiscalía" [29].

En el caso venezolano, la opción escogida por el constituyente y el legislador para hacer efectivo el principio de legalidad procesal enmarcado en el sistema acusatorio formal que rige en el país, ha sido el establecimiento de la oficialidad de la acción penal confiando su ejercicio al Ministerio Público, por lo que en resguardo de esa misma legalidad solo sería posible trasladar la titularidad a la víctima si la ley lo contempla mediando además la aceptación de aquél.

Llama la atención que la reforma al COPP del 17 de septiembre de 2021 nada dice en relación con el criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional en relación con el procedimiento ordinario y el procedimiento por delitos menos graves. Por otra parte, la propuesta de regulación legal podría materializarse toda vez que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuya reforma fue publicada en Gaceta Oficial N° 6.684 de fecha 19 de enero de 2022, agregó un nuevo aparte al artículo 25, relativo a las competencias de la Sala Constitucional, disponiéndose que las facultades de esa Sala no abarcan la modificación del contenido de las leyes, por lo que "*en resguardo de la seguridad jurídica, si la interpretación judicial da lugar a una modificación legislativa, la Sala deberá así referirlo para que la Asamblea Nacional, en uso de sus facultades*

[29] **Maier, J.** (2003) "*Derecho Procesal Penal. Tomo II. Parte General. Sujetos Procesales*." Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. Págs. 626-627.

constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar". Si bien tal disposición no tiene efecto retroactivo, es claro el reconocimiento de que la modificación de normas legales, tal como ha sido frecuente por la Sala Constitucional, compromete la seguridad jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cafferata, J. (2003) "*Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Tomo I."* Editorial Mediterránea. Buenos Aires, Argentina

Córdoba, F. (1993) *La Posición de la Víctima*, en "El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Compilador Julio B: J. Maier. (pp. 81-101)." Editores del Puerto. Argentina.

Díez-Picazo, L. (2000) "*El Poder de acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*." Ariel Derecho. Barcelona-España.

Gómez, J. (1996) "*Constitución y Proceso Penal*." Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995. Colección Temas clave de la Constitución española. Tecnos. Madrid, España.

González, D. (1992) *La Obligatoriedad de la Acción en el Proceso Penal Costarric*ense. Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica.

Letelier, E. (2009) Los Principios del Proceso Penal Relativos al Ejercicio de la Acción y la Pretensión: Reflexiones y Críticas a la Luz de Algunos Ordenamientos Vigentes, en: "*Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte Sección: Ensayos Año 16- N° 2*."

Líbano, A. (2011) "*Los Delitos Semipúblicos y Privados. Aspectos Sustantivos y Procesales*, Bosch Editor. Barcelona, España.

Maier, J. (2003) "*Derecho Procesal Penal, Tomo II, Parte General, Sujetos Procesales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina.

Montero, J. (1997) "*Principios del Proceso Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, España.

Rodríguez, M. (2013) Sistema Acusatorio de Justicia Penal y Principio de Obligatoriedad de la Acción Penal, en "*Revista de Derecho de la Pontificia*

Universidad Católica de Valparaíso XL (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre)". [pp. 643 - 686].

Ruíz, E. (1995) "*Estudios de Derecho Procesal Penal*." Editorial Comares, Granada, España.

Vásquez, M. (2016) "*Procedimientos Penales Especiales*." UCAB Ediciones, Colección Letraviva.

Código Procesal de Chile. Ley 19696. 12 de octubre de 2000.

Código Procesal Penal de Guatemala. Decreto No. 10-2019.- Reformas al Decreto No. 51-92 del Congreso de la República.

Código Procesal Penal de Costa Rica. Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996.

Código Procesal Penal de El Salvador. Reforma del 16 de enero de 2009.

Código de Procedimiento Penal de Colombia reformado mediante Ley 1826 de 2017.

Código de Procedimiento Penal de Ecuador. Registro Oficial Suplemento 360 de 13-ene-2000 Última modificación: 29-mar-2010.

Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria del 24 de marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Gaceta Oficial Nº 6.644 Extraordinario del 17 de septiembre de 2021. Ley Orgánica de reforma del Código Orgánico Procesal Penal.

Gaceta Oficial Nº 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022. Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 3267. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 20 de noviembre de 2003. Magistrado Ponente Jesús E. Cabrera Romero. **Caso Francesco Porco Gallina Pulice**.

Sentencia N° 1268. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 14 de agosto de 2012. Magistrado Ponente Carmen Zuleta de Merchán. **Caso Yaxmary Elvira Legrand**.

Sentencia N° 902. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 14 de diciembre de 2018. Magistrado Ponente Carmen Zuleta de Merchán. **Caso Jesús Gabriel Lombardi Boscán**.

Sentencia N° 141. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 18 de junio de 2019. Magistrada Ponente Carmen Zuleta de Merchán. **Expediente 17-0627**.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código… ● Pág.: 589 – 616

LA VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL Y LA EXTRADICIÓN EN LOS ANTE-PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

THE SPATIAL VALIDITY OF THE CRIMINAL LAW AND EXTRADITION IN THE PRELIMINARY DRAFTS OF THE CRIMINAL CODE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE

Wilmen Yohan Romero[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.07

Fecha de Recepción: 18 de diciembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 15 de marzo de 2022

RESUMEN

Las propuestas de reforma en cuanto a validez espacial y extradición en los anteproyectos de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia son vistas a través de un análisis comparativo. El estudio busca hallar las virtudes de ambas propuestas de reforma en cuanto a la validez espacial de la ley penal y la extradición, para lo cual se insertan en el conjunto de principios que rigen ambas instituciones en el Derecho Penal. En esta materia el anteproyecto de Angulo Fontiveros no representa una superación del actual Código Penal. En cambio, el anteproyecto de Carrasquero, ***mutatis mutandi****, se presenta técnicamente mejor elaborado en este aspecto.*

Palabras Clave: Validez Espacial, Extradición, Reforma.

ABSTRACT

The reform proposals regarding spatial validity and extradition in the preliminary draft of the Criminal Code of the Supreme Court of Justice is seen through a comparative analysis. The study seeks to find the virtues of both reform proposals in terms of the spatial validity of criminal law and extradition, for which they are inserted into the set of principles that govern both institutions in Criminal Law. In this matter, the draft of Angulo Fontiveros does not represent a separation from the current Penal Code. On the other hand, Carrasquero´s preliminary draft, ***mutatis mutandi****, is technically better elaborated in this aspect.*

Key Word: Spatial validity, extradition, reform

INTRODUCCIÓN

A continuación, se presentan algunas reflexiones sobre el tratamiento que se otorga a la validez espacial de la ley penal y a la extradición en los

[1] Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV-2004). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas con Mención Honorífica (2010-UCV). Doctorando en Derecho (UCV). Investigador adscrito a la Sección de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales de la UCV. Profesor de Derecho Penal General en la UCV.

anteproyectos de Código Penal presentados por el Tribunal Supremo durante la década pasada. Hay que acotar que, hasta el momento, el máximo tribunal solo ha manifestado expresamente su apoyo institucional al que fuera presentado por el entonces Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros. En cambio, el anteproyecto presentado también por el entonces Magistrado Francisco Carrasquero no ha sido avalado en términos formales. Sin embargo, es evidente que el anteproyecto fue presentado en su momento, aunque no contó con la divulgación del que le antecedió.

Las consideraciones que se presentan forman parte de un estudio en el cual se hacen algunas observaciones a la parte general del anteproyecto Carrasquero, el cual se encuentra en proceso de redacción. De momento, reconociendo que ambos anteproyectos dejan en manifiesto que el máximo tribunal se viene interesando en la necesidad de reforma del actual Código Penal, se ofrece algunas ideas que pudieran coadyuvar en la revisión de los dispositivos referidos a la validez espacial de la ley penal y a la extradición en tales propuestas.

Si bien no se cree que la reforma del Código Penal sea una necesidad automática por la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, puede aceptarse que al menos una revisión de su parte general es menester en tiempos en los cuales la dogmática de la teoría del delito ha ido ofreciendo hallazgos que tornan vetusto el actual Código Penal. Esta idea requiere mayor desarrollo, sobre todo porque las propuestas tecnicistas y esnobistas cada vez ganan mayor terreno.

DESARROLLO

1_. El Tratamiento en el Ante-Proyecto de Código Penal de Angulo Fontiveros.

El anteproyecto de Código Penal (CP) de 2004 de Angulo Fontiveros, que contó con la colaboración de otros juristas[2], se destaca por ser una enjundiosa propuesta de compilación de leyes penales. Dicha propuesta, si bien debe ser

[2] Buenos ejemplos son los juristas José Luis Tamayo, Miguel Villarroel, Gladys Hernández y Mónica Fernández.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código… ● Pág.: 589 – 616

considerada un aporte para la discusión en torno a la reforma integral del Código Penal, ha sido objeto de variadas críticas.[3]

Particularmente, en el caso de las propuestas en cuanto a validez espacial de la ley penal, el anteproyecto adolece de originalidad y rigor técnico. En cuanto a los supuestos de territorialidad y extraterritorialidad (principio real, de nacionalidad y de justicia mundial), prácticamente reproduce el Código Penal de 1964, y con ello, se hace tributario de las críticas formuladas a aquél.

Por lo que se refiere a la regulación de la extradición, el anteproyecto se aparta en varios aspectos del CP de 1964. Sin embargo, no lo hace en los términos más acordes.

1_. *La Regulación Sobre Validez Espacial de la Ley Penal.*

En cuanto a la regulación de los principios de territorialidad y extraterritorialidad, y su semejanza con el CP de 1964, se citan ambas normas:

Principios	Código Penal vigente	Anteproyecto de 2004
Territorialidad	Art. 3°- Todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana.	Art. 11.- Territorialidad. Quien cometa un delito o falta en el territorio de la República será penado según la ley venezolana, salvo las excepciones establecidas en este código y en los tratados, pactos y convenciones internacionales ratificados por Venezuela. A los efectos de la ley penal constituye el territorio de la República lo consagrado en el artículo 11 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

[3] Que sistematiza la valoración del anteproyecto, el Anteproyecto de Código Penal –Comentarios-, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.

"Extraterritorialidad"	Artículo 4°- Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana: 1. Los venezolanos que, en país extranjero se hagan reos de traición contra la República y los que, unos contra otros, cometan hechos punibles según sus leyes. 2. Los súbditos o ciudadanos extranjeros que en país extranjero cometan algún delito contra la seguridad de la República o contra algunos de sus nacionales. En los dos casos anteriores se requiere que el indiciado haya venido al espacio geográfico de la República y que se intente acción por la parte agraviada, o por el Ministerio Público en los casos de traición o de delito contra la seguridad de Venezuela. Requiérase también que el indiciado no haya sido juzgado por los Tribunales extranjeros, a menos que habiéndolo sido hubiere evadido la condena. 3. Los venezolanos o	Artículo 12.- Extraterritorialidad. Los delitos intentados o consumados en el exterior podrán enjuiciarse en el país y se les aplicará la ley venezolana. Están sujetos a enjuiciamiento en la República Bolivariana de Venezuela y se castigarán de acuerdo con la ley penal venezolana: 1.- Los venezolanos que en país extranjero se hagan reos de traición contra la República y los que unos contra otros cometan hechos punibles según sus leyes. 2.- Los súbditos o ciudadanos extranjeros que en su país o en otro cometan algún delito contra la seguridad de la República o contra algunos de sus nacionales. En los dos casos anteriores se requiere que el reo o imputado haya venido territorio de la República y que se intente acción por la parte agraviada o por el Ministerio Público en los casos de traición o de un delito contra la seguridad de Venezuela. Requiérese también que el imputado no haya sido

	extranjeros que, sin autorización del Gobierno de la República, fabriquen, adquieran, o despachen armas o municiones con destino a Venezuela, o favorezcan en alguna manera su introducción en el territorio venezolano. 4. Los venezolanos que, en país extranjero, infrinjan las leyes relativas al estado civil y capacidad de los venezolanos. 5. Los empleados diplomáticos, en los casos permitidos por el Derecho Público de las Naciones, de conformidad con lo que establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 6. Los empleados diplomáticos de la República que desempeñen mal sus funciones, o que cometan cualquier hecho punible no enjuiciable en el lugar de su residencia por razón de los privilegios inherentes a su cargo. 7. Los empleados y demás personas de la dotación y la marinería	o esté siendo juzgado o esté por los Tribunales extranjeros a menos que habiéndolo sido hubiere evadido la condena. 3.- Los venezolanos o extranjeros que sin autorización del Gobierno de la República, fabriquen, adquieran o despachen armas o municiones con destino a Venezuela o favorezcan en alguna manera su introducción en el territorio venezolano. 4.- Los venezolanos que en país extranjero infrinjan las leyes relativas al estado civil y capacidad de los venezolanos. 5.- Los empleados diplomáticos, en los casos permitidos por el Derecho Público de las Naciones, de acuerdo con lo consagrado en la Constitución. 6.- Los empleados diplomáticos de la República que desempeñen mal sus funciones o que cometan cualquier hecho punible no enjuiciable en el lugar de su residencia por razón de los privilegios inherentes a su cargo. 7.- Los empleados y

	de los buques y aeronaves de guerra nacionales por la comisión en cualquier parte, de los hechos punibles. 8. Los Capitanes o Patronos, demás empleados y la tripulación y marinería, así como los pasajeros de los buques mercantes de la República, por los hechos punibles cometidos en Alta Mar o a bordo en aguas de otra nación, salvo, siempre, respecto de los pasajeros, lo que se establece en el segundo aparte del numeral 2 del presente artículo. 9. Los venezolanos o extranjeros venidos a la República que, en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieren sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena. 10. Los venezolanos que, dentro o fuera de la República, tomen parte en la trata de esclavos. 11. Los venezolanos o extranjeros venidos al	demás personas de la dotación y la marinería de los buques y aeronaves de guerra nacionales por la comisión de hechos punibles en cualquier parte. 8.- Los Capitanes o Patronos, demás empleados y la tripulación y marinería, así como los pasajeros de los buques mercantes de la República, por los delitos cometidos en alta mar o a bordo en aguas de otra nación, con excepción de lo indicado en el segundo párrafo del numeral 2 de este artículo. 9.- Los venezolanos o extranjeros venidos a la República y que en alta mar o en el espacio aéreo internacional cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieran sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena. 10.- Los venezolanos que dentro o fuera de la República tomen parte en la trata de esclavos. 11.- Los venezolanos o

	espacio geográfico de la República que, en otro país, falsifiquen o tomen parte en la falsificación de moneda de curso legal en Venezuela o sellos de uso público, estampillas o títulos de crédito de la Nación, billetes de banco al portador o títulos, de capital y renta, de emisión autorizada por la ley nacional. 12. Los venezolanos o extranjeros que de alguna manera favorezcan la introducción, en la República, de los valores especificados en el numeral anterior. En los casos de los numerales precedentes queda siempre a salvo lo dispuesto en el aparte segundo, numeral 2, de este artículo. 13. Los Jefes, Oficiales y demás individuos de un ejército, en razón de los hechos punibles que cometan en marcha por territorio extranjero neutral, contra los habitantes del mismo. 14. Los extranjeros que entren en lugares de la República no abiertos al comercio exterior o que, sin derecho, se apropien	extranjeros venidos al territorio de la República que en otro país falsifiquen o tomen parte en la falsificación de moneda de curso legal en Venezuela o sellos de uso público, estampillas o títulos de crédito de la nación, billetes de banco al portador o títulos, de capital y renta, de emisión autorizada por la ley nacional. 12.- Los venezolanos o extranjeros que de alguna manera favorezcan la introducción, en la República, de los valores especificados en el numeral anterior. En los casos de los numerales precedentes se tomará en cuenta lo señalado en el segundo párrafo del numeral 2 de este artículo. 13.- Los jefes, oficiales y demás individuos de un ejército, en razón de los delitos que cometan en marcha por territorio extranjero neutral, contra los habitantes del mismo. 14.- Los extranjeros que entren en lugares de la República no abiertos al comercio exterior o que sin derecho se apropien de sus producciones

	sus producciones terrestres, marítimas, lacustres o fluviales; o que sin permiso ni títulos hagan uso de sus terrenos despoblados. 15. Los extranjeros que infrinjan las cuarentenas y demás disposiciones establecidas en beneficio de la salud pública. 16. Los extranjeros o venezolanos que, en tiempo de paz, desde territorio, buques o aeronaves extranjeras, lancen proyectiles o hagan cualquier otro mal a las poblaciones, habitantes o al territorio de Venezuela, quedando a salvo lo expuesto en los dos apartes del numeral 2 de este artículo.	terrestres, marítimas, lacustres o fluviales o que sin permiso ni títulos hagan uso de sus terrenos despoblados. 15.- Los extranjeros que infrinjan las cuarentenas y demás disposiciones establecidas en beneficio de la salud pública. 16.- Los extranjeros o venezolanos que, en tiempo de paz, desde territorio, buques o aeronaves extranjeras, lancen proyectiles o hagan cualquier otro mal a las poblaciones, habitantes o al territorio de Venezuela, quedando a salvo lo expuesto en los dos apartes del numeral 2 de este artículo.

Dejando de lado las fallas gramaticales del anteproyecto, así como la mejor referencia a «*territorio*» que hace en varios de los numerales del artículo 11, la propuesta es sustancialmente idéntica al artículo 4 del CP de 1964. Como se decía, el anteproyecto de 2004, con ello, se hace tributario de las críticas planteadas por la doctrina al CP vigente, ya que varios de los supuestos previstos como casos de extraterritorialidad, constituyen en realidad supuestos de territorialidad de la ley penal.[4]

[4] Al respecto, **Sosa Chacín**: "Como hemos dicho, el Código Penal consagra el principio de territorialidad en su artículo 3° que viene a ser una norma general, aplicable a todos los casos que pueda[n] ser en el mismo comprendidos. Se podría suponer entonces que todos los casos específicos contemplados en el artículo 4° *eiusdem*, son supuestos de hechos cometidos en el extranjero para los cuales se declara la posible aplicación extraterritorial de la ley penal venezolana. Y es que el fin el artículo debería ser exclusivamente éste. Sin embargo, el artículo 4° además de contener los supuestos de extraterritorialidad que permite nuestro ordenamiento

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código… ● Pág.: 589 – 616

Ha perdido una valiosa oportunidad de sistematizar de mejor manera los principios referidos a la validez espacial de la ley penal. Luego de las críticas que se han planteado a la actual redacción del artículo 4 del CP vigente, era la oportunidad para plasmar esas posiciones críticas en un anteproyecto que, en su conjunto, se presenta como una propuesta innovadora.

2_. La Propuesta Sobre Extradición.[5]

A pesar que el anteproyecto en algunas de sus propuestas requeriría de una reforma constitucional, sin embargo, en el caso de la extradición, se enmarcó en la misma línea del CP vigente y de la Constitución de 1999 al prever, por ejemplo, la «*no entrega del nacional*».

El alegato de la nacionalidad para negar la entrega en extradición desvirtúa el carácter de instrumento que se le concede en la cooperación en lucha internacional contra el delito. La propuesta sobre extradición la sintetiza el artículo 16 del anteproyecto, así:

> La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser procesado en Venezuela o por acusación privada de la víctima o iniciativa del Ministerio Público si el delito que se le atribuye está tipificado en la República. No procederá la extradición de un extranjero:1.- Por delitos no tipificados en la ley venezolana.2.- Por delitos políticos. 3.- Por delitos que sean sancionados en el país

---

jurídico-penal, contempla algunos supuestos particulares con los cuales el legislador lo que hace es ratificar el principio general de territorialidad que rige esta materia". **Sosa, J.** (2000) "*Teoría General de la Ley Penal*." 2ª Edición. Liber. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 277. Prácticamente, existe consenso en la literatura venezolana de que la sistematización de los principios de extraterritorialidad, en el Código Penal vigente, es errónea y debe mejorarse. Además de Sosa Chacín, se han manifestado en ese sentido, por ejemplo, Arteaga Sánchez, Chiossone, Mendoza Troconis y Rodríguez.

[5] Artículo 16.- Extradición. La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser procesado en Venezuela o por acusación privada de la víctima o iniciativa del Ministerio Público si el delito que se le atribuye está tipificado en la República. No procederá la extradición de un extranjero: 1.- Por delitos no tipificados en la ley venezolana. 2.- Por delitos políticos. 3.- Por delitos que sean sancionados en el país solicitante con pena de muerte o cadena perpetua. En estos casos se condicionará la entrega del solicitado a que la eventual pena por aplicar no sea de muerte ni exceda del límite constitucional de treinta años fijado en Venezuela.

> solicitante con pena de muerte o cadena perpetua. En estos casos se condicionará la entrega del solicitado a que la eventual pena por aplicar no sea de muerte ni exceda del límite constitucional de treinta años fijado en Venezuela."

Tal como se ha dicho, el anteproyecto se inserta en la tradición constitucional y legal de Venezuela de negar la extradición de nacionales. Ello, al inscribirse en una vetusta concepción de la soberanía, se aparta, a la vez, de las modernas tendencias que consideran que, en un mundo globalizado, no tiene asidero alguno la no entrega de nacionales.

El fundamento de la soberanía para la no entrega de nacionales, cuando se desagrega en materia de extradición se hace en: i) la garantía del juez natural; ii) la duda en cuanto a la transparencia sobre el funcionamiento de otros sistemas de justicia.

Cabe destacar, que la visión anquilosada sobre la no entrega de nacionales ya había sido abandonada en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1974, presentado por los importantes penalistas Jorge Sosa Chacín y José Miguel Tamayo, así como por la Convención de Caracas de 1981.[6] [7] Recoge el Proyecto Sosa-Tamayo:

---

[6] **Arteaga, A**. (2006) "*Derecho Penal Venezolano."* Décima Edición. McGraw-Hill, Caracas D.F., Venezuela.

[7] Ya en su texto de 1945, **Jiménez de Asúa**, proponía un régimen facultativo cuando afirmaba: "A nuestro entender, debería comenzarse por un régimen facultativo concediendo a los Estados requeridos la posibilidad de no entregar a su ciudadano cuando, por motivos muy varios, recelase que no había de ser enjuiciado por el país requirente con la debida imparcialidad". **Jiménez de Asúa, L.** (2009) "*La Ley y el Delito*." Editorial Atenea, Caracas D.F., Venezuela. Pág. 255. Por su parte, **Mendoza Troconis**, ya se manifestaba contrario a tal principio en los siguientes términos: "Pero estos argumentos no son dignos de ser aceptados porque hay desmedro en contribuir a la lucha internacional por el castigo de los delitos; ni debe desconfiarse de la justicia de los tribunales extranjeros, que ha alcanzado alto grado de perfección y concede eficaces garantías de enjuiciamiento; ni debe reconocerse derecho a vivir en el país a los delincuentes; esta prerrogativa la tiene solo los hombres honestos y pacífico; por último, aunque el argumento de sustracción del nacional a sus jueces naturales está amparado por la superlegalidad del estatuto constitucional y a él se acoge el Dr. Celestino Farrera, se ha estimado, en buena razón, que los "jueces naturales" son los de la comisión del delito, que pueden reunir con éxito y más económicamente las pruebas necesarias". **Mendoza, J. R.** (1963) "*Curso de Derecho Penal Venezolano (Parte General*). *Tomo I*." 4ta Edición. Empresa El Cojo S.A., Caracas D.F., Venezuela. Pág. 283. Debe advertir, que de Mendoza Troconis se toma la postura que sostiene en cuanto a desmontar los mitos que se expresan para justificar la no entrega de nacionales, sin embargo, aunque le otorgamos el beneficio de inventario en su idea completa,

No entrega de nacionales	Proyecto de Reforma del Código Penal de Sosa-Tamayo	Convención de Caracas de 1981
	Artículo 8. La extradición de un venezolano solo podrá concederse de conformidad con los tratados o convenios internacionales que se hayan celebrado con base estricta reciprocidad, y siempre que la Corte Suprema de Justicia la considere procedente. Caso de ser negada, deberá ser enjuiciado en Venezuela, mediante querella de la parte	Artículo 7: Nacionalidad. 1. La nacionalidad del reclamado no podrá ser invocada como causa para denegar la extradición, salvo que la legislación del Estado requerido establezca lo contrario. 2. Tratándose de condenados, los Estados Partes podrán negociar entre sí acuerdos de entrega mutua de nacionales para que estos

creemos que deben ser valoradas con prudencia ciertas expresiones en las que se apoya. Más recientemente, de modo terminante sobre la inconveniencia de seguir sosteniendo el principio de no entrega de nacionales, escribe **Arteaga Sánchez**: "… mantener hoy día el principio de no entrega de nacionales por considerar que ello afecta la soberanía, resulta insostenible si depende del Estado del nacional la decisión sobre la entrega, previo al examen del cumplimiento de las exigencias que sirven de fundamento a la solicitud, siendo necesario recalcar la necesidad de contribuir eficazmente al respecto del orden entre naciones, en razón de las normas internacionales que demandan la sanción penal ante conductas que afectan las bases de la convivencia entre los pueblos". **Arteaga, A.** Ob. cit. pág. 14. Por su parte, **Modolell**, ha expresado la dificultad que entraña el principio de no entrega de nacionales incluso en casos de delitos que impliquen una cooperación de Venezuela, previa aprobación de la ley respectiva, ante la Corte Penal Internacional. Escribe: "… en cuanto al principio de no entrega de nacionales, el mismo tiene rango constitucional y resulta más ventajoso para el reo, por lo tanto no puede ser evitado por la futura ley de cooperación. Su derogatoria supondría necesariamente una modificación previa de la Constitución". **Modolell, J. L.** (2008) "*Temas Penales*." UCAB, Caracas D.F, Venezuela. Pág. 234-235. Finalmente, también se opone en Venezuela a la permanencia del principio de no entrega de nacionales Alejandro Rodríguez, en los términos siguientes: "… esta prohibición constitucional resulta incompatible con el estado actual del Derecho Internacional sobre la materia, como quiera que lo que se persigue hoy en día es más bien permitir por las más distintas vías el juzgamiento de quienes han incurrido en conductas delictivas, incluso independientemente de la existencia de un nexo jurisdiccional…". **Rodríguez, A.** (2006) "*Síntesis del Derecho Penal*." Ediciones Paredes. Caracas D.F. Venezuela. Pág. 117.

	agraviada o a petición del Ministerio Público, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley venezolana	cumplan sus penas en los Estados de su nacionalidad.

Con lo anterior, queda claro que ya ha habido intentos de superar la tradicional idea de no entrega de nacionales. En un mundo en cual las relaciones entre Estados difícilmente puedan seguir planteándose alejadas de principios de coordinación y reciprocidad, difícilmente pueda seguir teniendo aceptación generalizada tal idea.

En el Derecho comparado, países con ciertas afinidades culturales con Venezuela, ya han incorporado la entrega de sus nacionales en su legislación o en su práctica jurisprudencial[8]. Sobre el caso chileno, escribe Garrido Montt:

> En el pasado había reticencia a entregar a los nacionales a una potencia extranjera, por la desconfianza respecto del trato que podía darles aquel país, debido a los nacionalismos de algunas culturas. La tendencia actual es no distinguir sobre la nacionalidad del extraditado; los tribunales de Chile han adoptado esta doctrina…"[9]

En los tiempos actuales, escudarse en el **nacionalismo** para negar la entrega de personas relacionadas con la comisión de delitos es, cuando menos, un argumento obsoleto y un obstáculo a la modernidad en el intento de extender las redes de unión y coordinación en la prevención y represión del delito. La extradición, de hecho, es una institución pensada para superar

[8] Dispone el artículo 35 de la Constitución de Colombia: La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley. *Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana*. La extradición no procederá por delitos políticos. No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma. (Cursivas Nuestras). Sobre el caso de Colombia, **Fernández, J.** (2004) "*Derecho Penal Fundamental* 1." 3ra Edición. Ibáñez. Bogotá, Colombia.

[9] **Garrido, M.** (1997) "*Derecho Penal. Parte General. Tomo I.*" Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Pág. 145.

el nacionalismo mal entendido y lograr la superación de fronteras en el castigo de los delitos.

Otra crítica que pudiera plantearse al Anteproyecto de Fontiveros se relaciona con la forma de redacción del numeral 3 del citado artículo. No está previsto, por ejemplo, el principio de representación para los casos en los cuales no se conceda la extradición de extranjeros, porque los delitos por los cuales hayan sido requeridos tengan asignada pena de muerte o pena perpetua y el Estado requirente no hubiese dejado constancia (formalizada) de su compromiso de conmutar la pena original.

En el fondo, la forma de redacción del anteproyecto, así como del actual CP tienen el inconveniente de no tener suficientemente claro el sentido normativo (naturaleza jurídica de la extradición). En Venezuela, partiendo del conjunto normativo, puede decirse que es un proceso mixto (administrativo y judicial). Sin embargo, hay países en los cuales es, pura y simplemente, un procedimiento administrativo.

Por ello, pretender que en países en los cuales el poder judicial no participa directamente en la solicitud de extradición, se reciba un compromiso de conmutación de pena a través de la autoridad administrativa que sí tiene competencia en el proceso de extradición, es, cuando menos, producto de la idea de creer que todos los países tendrán un procedimiento de extradición similar al nuestro. En los países en los cuales exista una verdadera separación de poderes, resulta cuesta arriba demandar un compromiso de conmutación de pena a quien no tiene competencia para ello.

En otro orden de ideas, cabe precisar que, para el supuesto en que se niega la extradición de un extranjero, no queda claro en el anteproyecto cuál sería la forma de proceder del Estado venezolano. Por razones lógicas, el deber ser es que el Estado se comprometa con el Estado requirente (y la comunidad internacional) a juzgar o ejecutar la pena (ajustada al ordenamiento venezolano) de la persona requerida. En ese sentido, el principio de representación deber ser claramente establecido.[10]

[10] Sobre el principio de representación, escribe Bacigalupo: "Se trata de un principio que tiene carácter subsidiario: interviene cuando, cualquiera sea la razón, no tiene lugar la extradición, y autoriza que el Estado que tiene al autor en su poder lo juzgue aplicándole su ley penal".

Por lo que se refiere al tratamiento que propone el anteproyecto del principio de no entrega por delitos políticos, representa un cambio, no menor, con relación al actual artículo 6 del CP. En Venezuela, el actual CP y varios de los Tratados de extradición que son ley venezolana, contienen la no entrega por delitos políticos. A ese respecto, la mayor dificultad relacionada con tal principio tiene que ver con la dificultad en la conceptualización del delito político.

La propuesta del anteproyecto, al referirse a los delitos políticos[11], es de restricción, pues al suprimir la expresión "ni por infracciones conexas con estos delitos", limita, ampliamente, la noción delitos políticos a los delitos políticos propios (o puros, como los denomina Arteaga Sánchez). Debe valorarse con prudencia tal restricción, ya que, además del CP, existen unos Tratados que, en casos concretos, según los Estados Partes involucrados en un proceso extradicional, darán la pauta de qué entender por delitos políticas.

Ante tales discrepancias, una reforma al tratamiento de los delitos políticos debe realizarse en el ordenamiento jurídico en su conjunto. En caso contrario, el tratamiento que otorgue el CP sin reformar otros instrumentos normativos únicamente será fuente para los casos que no involucren a Estados con los cuales Venezuela haya suscrito Tratados de extradición.

Se advierte, que hay que valorar con prudencia tal restricción, porque, parece olvidar el proyectista que, aparte de la problemática en la definición de los delitos políticos, en lo que no hay duda es que los Estados pueden perseguir delitos tenidos como "*comunes*" con base en motivaciones políticas. En otras palabras, puede tratarse de casos en los cuales los hechos son delitos comunes, pero la persecución de uno o más Estados sea por motivos claramente políticos.[12]

Bacigalupo, E. (1999) "*Derecho Penal. Parte General*." 2da Edición. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

[11] Ampliamente sobre la noción de delito político, **Sosa, J.** (2000) "*Teoría de la Ley Penal*." 2da Edición. Ediciones Liber. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 340-347.

[12] Es clarificante, por ejemplo, el artículo 4 del Tratado de extradición entre Venezuela y Chile: "… 5) Cuando con arreglo a la calificación del Estado requerido se trate de delitos políticos, o delitos conexos con ellos, o cuando de las circunstancias que inciden en el caso aparezca que la extradición se solicita por motivos predominantemente políticos".

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código… ● Pág.: 589 – 616

Por lo demás, otras críticas que pudieran plantearse al Anteproyecto de Fontiveros tienen que ver con no aprovechar la oportunidad de sistematizar los principios de la extradición en un solo cuerpo normativo,[13] así como cuestiones de estilo en la redacción que pudieran dificultar la comprensión del mensaje normativo.

2_. El Tratamiento en el Ante-Proyecto de Francisco Carrasquero.

El Anteproyecto de Código Penal presentado por Francisco Carrasquero en el año 2009 también contó con la colaboración de importantes juristas.[14] No aparece como patrocinado por el Tribunal Supremo de Justicia y cuenta con menor difusión. Sin embargo, en conjunto, se presenta como una propuesta que supera importantes carencias técnicas del Anteproyecto Fontiveros.

No obstante, al igual que la propuesta de Fontiveros, también adopta una propuesta de maximización del Derecho Penal, a pesar de declarar entre sus principios inspiradores el de «mínima intervención».

1_. La Propuesta Sobre Validez Espacial de la Ley Penal.

Las disposiciones sobre validez espacial de la ley penal, en términos generales, es cónsona con el estado actual del tratamiento que en el derecho comparado se le otorga a ese ámbito de validez de la ley penal. En ese sentido, partiendo como regla del principio de territorialidad de la ley penal, luego enuncia los supuestos de extraterritorialidad de la ley penal. El siguiente cuadro recoge tal propuesta:

Concepto	**Propuesta**
Principio de territorialidad de la ley penal	Artículo 20. Principio de territorialidad**.** La ley penal venezolana se aplicará a los venezolanos o extranjeros que la

[13] Considerando que el Anteproyecto consta de 1038 artículos, no parecía un inconveniente la extensión del mismo para ser enjundioso en cuanto a los principios.
[14] Destacan, por ejemplo, Federico Fuenmayor y Jorge Núñez.

	infrinjan en el territorio y demás espacios geográficos de la República Bolivariana de Venezuela.
Lugar de comisión del delito	Artículo 21. Lugar de comisión de la conducta. La conducta punible se considera realizada: 1. En el lugar en el cual se ejecutó total o parcialmente la acción. 2. En el lugar en el cual debió realizarse la acción omitida. 3. En el lugar en el cual se produjo o debió producirse el resultado.
Territorialidad por extensión	Artículo 22. Territorialidad por extensión. La ley penal venezolana se aplicará a toda persona que la infrinja a bordo de buques o aeronaves venezolanas, sin perjuicio de lo previsto en tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados por Venezuela.
Extraterritorialidad de la ley penal	Artículo 23. Extraterritorialidad. Asimismo, la ley penal venezolana se aplicará 1- A los venezolanos o extranjeros que, fuera del territorio nacional, cometan uno o varios delitos contra la independencia y seguridad del Estado, la administración pública, el orden socioeconómico excepto los delitos previstos en los Capítulos V y X del Título XIII de este código, o falsifiquen moneda de curso legal en Venezuela o sellos de uso público, estampillas o títulos de crédito de la República Bolivariana de Venezuela, o favorezcan la introducción en ésta de estos valores. 2- A los venezolanos y extranjeros que, sin autorización del Gobierno Nacional, fabrique, adquieran o despachen armas o municiones, con

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código… ● Pág.: 589 – 616

	destino a Venezuela, o favorezca su introducción en el territorio o espacio geográfico venezolano. 3- A los venezolanos o extranjeros que, fuera de los casos previstos en los numerales anteriores, hayan cometido en el exterior uno o varios delitos contra la República. 4- Al personal que se encuentre al servicio de la República, que goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa uno o varios delitos fuera del territorio nacional. 5- Al personal que se encuentre al servicio de la República, que no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa uno o varios delitos fuera del territorio nacional. 6- A los venezolanos o extranjeros que cometan uno o varios delitos contra venezolanos fuera del territorio nacional. 7- A los venezolanos o extranjeros que cometan hechos tipificados en ley penal venezolana, como genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos de guerra, terrorismo y los delitos previstos en la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

En cuanto a la propuesta sobre el principio de territorialidad de la ley penal, la forma de redacción da a entender que el proyectista parte del carácter constitutivo de la ley penal. Ante tal planteamiento, es importante destacar que la mayor parte de la doctrina se pronuncia en cambio a favor del carácter sancionatorio de la misma. El Derecho Penal no crea los bienes jurídicos,[15] sino

[15] Expresa **Fernández Carrasquilla**: "Dado que los recursos específicos del derecho penal (penas y medidas de seguridad) son los más severos de que dispone el orden jurídico, al mismo está

que refuerza con su intervención la protección por ser intereses fundamentales; pero que los proteja de riesgo o lesión ante ataques graves no significa que los cree.

Sobre el lugar de comisión del delito (*locus commisi delicti*), se mencionan tres supuestos que engloban dos de las teorías: teoría de la actividad[16] (art. 21, numerales 1 y 2), y teoría del resultado [17](numeral 3). Por tratarse de un asunto ya abordado, por ejemplo, en el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante),[18] es importante advertir que ello será así sin perjuicio de lo que dispongan pactos, tratados o convenciones suscritos y ratificados por Venezuela.

La propuesta de territorialidad por extensión, consignada en el artículo 22, refiere que se aplicará la ley penal venezolana a quienes la «*infrinjan*» a bordo de buques o aeronaves venezolanas. No hay duda de que tales buques o aeronaves son parte del territorio venezolano, pues hacia ellos se extiende también el ejercicio de la soberanía de Estado. Tampoco existen dudas sobre que la ley penal venezolana deberá aplicarse en buques o aeronaves al servicio oficial del Estado.

Distinto es el caso de las naves y aeronaves mercantes o civiles, cuyo tratamiento debe enmarcarse, como lo advierte la propuesta, en el marco que se les da en tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por Venezuela.

El artículo 23 del Anteproyecto, se refiere a los supuestos de extraterritorialidad de la ley penal venezolana: principio de personalidad,[19] principio real (numerales 1 al 6) y principio de justicia universal.

---

confiada y reservada la misión de reforzar con sus sanciones la coactividad de las restantes ramas del Derecho y, mejor aún, del total ordenamiento jurídico". **Fernández, J.** (2007) "*Derecho Penal Fundamental 1*." Tercera Edición. Ibáñez. Bogotá, Colombia. Pág. 134. En igual sentido, escribe:

[16] "… el delito se ha cometido allí donde el autor ha realizado su acción…". **Muñoz, F.** (2004) "*Derecho Penal. Parte General*." Tirant lo Blanch. Valencia, Venezuela. Pág. 155.

[17] *Ibídem*. "…el lugar donde éste se produce es aquél en el que debe considerarse comedido el delito".

[18] Artículo 302: Cuando los actos de que se componga un delito se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, sin constituye por sí solo un hecho punible. De lo contrario, se dará preferencia al derecho de la soberanía local en el que el delito se haya consumado".

[19] En Venezuela, distingue entre principio de personalidad (género) y principio de nacionalidad (especie), **Sosa Chacín**. Escribe: "El principio de personalidad supone la aplicación de la ley del

En el caso del numeral 7, debe precisarse que la idea de aplicar la ley penal venezolana, con independencia del lugar de comisión, en los casos de delitos relacionados con drogas ilegales debe ajustarse al tratamiento que se otorga al derecho internacional. Por otra parte, parece preferible regular ese supuesto de forma diferenciada al resto de los delitos a los cuales se refiere dicho numeral. No es un adecuado mensaje normativo pretender equiparar los delitos como el genocidio, los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra[20] a los delitos sobre drogas ilegales. El asunto no parece casual, al contrario, puede enmarcarse en la tendencia jurisprudencial de las Salas Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de considerar que el tráfico internacional de drogas es un supuesto de delito de lesa humanidad.[21]

Hay que advertir, que el citado numeral, al colocar en el mismo plano los delitos previstos en el Estatuto de Roma, los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas y el terrorismo, transmite un mensaje que distorsiona el tratamiento que a cada una de tales categorías delictivas se le otorga en el Derecho Penal Internacional y en el Derecho Penal Transnacional. Por muy reprochable que se presenten determinados delitos, hay que tener prudencia en su equiparación a crímenes que tienen una génesis histórica particular, y en los cuales se lesiona a la humanidad como un «*todo*».

Estado a un sujeto en razón de características personales y particulares del mismo, independientemente de que el hecho lo haya cometido fuera del territorio del Estado. Tal sería el caso de las personas que están revestidas con fueros y rangos diplomáticos. El principio de nacionalidad es una sub-especie del anterior y supone que la persona que cometió el hecho punible sea nacional del Estado que dictó la ley. Según esto, se entiende que al autor del hecho se le deberá aplicar la ley del Estado del cual es nacional sin importar el lugar donde lo haya cometido." **Sosa, J.** Ob. cit. Pág. 269.

[20] Se obvió, tal vez por error material, el crimen de agresión.

[21] Críticamente sobre la posición de las Salas Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, escriben **Malaguera y Ferreira** (2004) "… ninguno de los delitos previstos en la LOSSEP, son de lesa humanidad, por lo que la interpretación que realiza el TSJ del artículo 29 de la Constitución de la República, de que estos los "conceptúa expresamente", además de ser totalmente errada, deviene en una hermenéutica que se vale, tan como lo sostiene Martínez, de una manipulación por parte de quienes tienen el poder de interpretación Pág. 5); ni siquiera en los casos del literal k (**del Estatuto de Roma**), como se afirma en la sentencia de la Sala Constitucional del 12 de septiembre de 2001, en razón de que los actos inhumanos a que se refiere el mencionado literal, deben realizarse como parte de un ataque sistemático y generalizado". **Malaguera, J. L.** - **Ferreira, F.** (2004) *Los crímenes de Lesa Humanidad y el Tráfico de Drogas Ilícitas*, En "*Revista CENIPEC N° 23*." Universidad de Los Andes. Pág. 117-118. (Agregado propio).

2_. *Sobre la Extradición.*

Las disposiciones sobre la extradición las contiene el Anteproyecto Carrasquero entre los artículos 25, 26 y 27.

> **Artículo 25. Fuentes.** La extradición se podrá solicitar o conceder de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el presente Código, en el Código Orgánico Procesal Penal, así como también en los tratados, pactos y convenciones que contengan normas relativas a la extradición y que hayan sido suscritas y ratificadas por Venezuela y en la costumbre internacional.

Por otro lado el artículo 26 menciona:

> La extradición no podrá concederse en los siguientes casos:
> 1. Cuando la persona reclamada tenga la nacionalidad venezolana.
> 2. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito en la legislación venezolana o en la legislación del Estado requirente.
> 3. Cuando el delito amerite una pena privativa de libertad inferior a un año según la ley del Estado requirente.
> 4. Cuando el Estado requirente pretenda juzgar a la persona reclamada por un delito distinto al que motivó la extradición, cometido con anterioridad al hecho, sin perjuicio de lo que dispongan los tratados, pactos y convenciones sobre extradición, suscritas y ratificadas por Venezuela.
> 5. Cuando el delito que motiva la solicitud de extradición sea de naturaleza política o un delito conexo a éste.
> 6. Cuando la persona reclamada haya sido juzgada en Venezuela, por el mismo hecho que motiva la solicitud.
> 7. Cuando haya sido negada por Venezuela, al Estado requirente, una anterior solicitud de extradición planteada contra la persona reclamada, siempre que se trate del mismo delito.
> 8. Cuando el delito merezca pena de muerte en el Estado requirente, o amerite una pena cruel, inhumana, degradante, infamante o superior a los treinta años.

> 9. Cuando la acción penal o la pena que merezca el delito se encuentren prescritas conforme a la ley venezolana o a la del Estado requirente.

Finalmente, el artículo 27 señala:

> **Artículo 27. Ley penal sucedánea.** En el caso del numeral 1 del artículo anterior, la persona reclamada podrá ser enjuiciada en Venezuela, siempre que el hecho constituya delito en la ley venezolana.

La enunciación de las fuentes de la extradición que propone el artículo 25 del Anteproyecto de Carrasquero, salvo por la referencia al propio código y a la costumbre internacional, guarda cierta similitud con el vigente artículo 382[22] del COPP.

Debe valorarse de forma positiva el agregado de la costumbre internacional como fuente de la extradición. Sin embargo, al igual que ya lo advertía Arteaga Sánchez[23] para referirse a la enunciación de fuentes planteada en el COPP, se hace extrañar en el Anteproyecto la referencia a los principios del Derecho Internacional como fuente de la extradición.

En la propuesta del artículo 25 del Anteproyecto, la referencia a los principios del Derecho Internacional cobra mayor sentido por la expresa mención que se hace relativa a que son fuentes de la extradición los tratados, pactos y convenciones que contengas normas relativas a la extradición y que

---

[22] La extradición se rige por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República y las normas de este título".

[23] Escribe **Arteaga** "Lamentablemente, lo dispuesto por el Código Orgánico Procesal Penal se quedó corto en el enunciado de las fuentes de la extradición, siendo así que se imponía la misma referencia a los principios de Derecho Internacional y a la costumbre entre los Estados". La enunciación que plantea el COPP se complementa, como afirma el propio Arteaga, con la referencia que se hace en el artículo 385 a las «normas de derecho internacional aplicable». **Arteaga, A.** "*La Extradición en Venezuela*." 2da Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 107. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 5.

hayan sido suscritos y ratificados por Venezuela. El Derecho Internacional no solo se contiene de normas, sino también de principios y valores.

En el fondo, la propuesta del Anteproyecto, aunque loable en su intención de ampliar las fuentes y de zanjar la discusión sobre si los tratados debían o no considerarse fuente exclusiva de la extradición, puede terminar generando el efecto contrario: que se piense que las normas de los tratados, pactos y convenciones, así como la costumbre internacional, agotan el contenido del Derecho Internacional que puede ser fuente de la extradición. Precisamente, por ello resulta conveniente la expresa mención a los principios del Derecho Internacional.[24]

En cuanto al artículo 26 del Anteproyecto, aborda, en la misma línea que otras áreas de la propuesta de Código, el asunto de la extradición desde los principios. Sin embargo, el ánimo expositivo del proponente, no se ve acompañado, al menos para el caso de la extradición, del necesario orden y rigor que facilite la labor del intérprete y del aplicador de la ley.

El numeral 1 de dicho artículo, por razones lógicas y concordancia con la Constitución, reafirma el principio de la no entrega de nacionales. Sobre tal principio, ya se hizo referencia.

En cuanto al numeral 2, recoge el principio de doble incriminación. No obstante, el tratamiento que propone no es el más adecuado, ya que, sin sentido alguno, refiere que el Estado requirente, para que proceda la extradición, debe plantear la solicitud por hechos que sean considerados como delitos según su legislación. A primera vista, cualquiera puede pensar que lo hace para expresar

[24] Bastaría con la expresión principios del Derecho Internacional, sin que sea necesario referir el catálogo de los mismos. En cualquier caso, al hacerse la incorporación, el intérprete debe tener un conocimiento claro de los mismos. Enuncia tales principios, la **Resolución 2625 (XXV)** de la Asamblea General de las Naciones Unidas: a) el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas; b) el principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia; c) la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta; d) la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta; e) el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos; f) el principio de la igualdad soberana de los Estados; y g) el principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código… ● Pág.: 589 – 616

la prohibición de que se plantee una solicitud de extradición por faltas y, expresar con ello, el principio de mínima gravedad.

Sin embargo, a dicho principio se refiere expresamente en el numeral siguiente. Además, no tiene sentido alguno que la legislación de un país se pretenda que unilateralmente surta efectos en otro, y ello es precisamente lo que parece creer el proyectista al dictar pautas a un país sobre en cuáles condiciones debe requerir la extradición. Se supone que ello es un asunto a decidir por cada país. Una cosa es, que Venezuela, siguiendo la tradición del tratamiento de la extradición en el mundo, exprese que no entregará a una persona por hechos que no sean considerados como delitos según la legislación venezolana, y otra, distinta, es pretender que se impongan reglas a otros Estados sobre los supuestos en los cuales puede pedir la extradición.

Sobre el numeral 3 que, como se ha dicho, recoge el principio de mínima gravedad, el cual, en modo alguno, puede ser reformado de forma unilateral por el Estado venezolano, pues el mismo es recogido en varios de los tratados sobre extradición vigentes para Venezuela. Por ello, una reforma sobre el límite inferior o superior de la pena del delito objeto de la extradición pasa, necesariamente, por una revisión de los tratados que expresen dicho principio.

El numeral 4 del Anteproyecto, más allá de ser la declaración de una buena intención, representa, también, un intento errático de importar los principios de la extradición, en su tradición o en los tratados, al cuerpo normativo de un Código Penal. Ahora, en la interpretación propiamente del dispositivo, no tiene sentido alguno que el legislador afirme que, sobre la base de una suposición, no entregará a la persona requerida. ¿Cómo se puede saber que el Estado requirente pretende juzgar a la persona por un delito distinto a aquel por el cual ha solicitado la extradición? ¿Se pretende que el propio Estado requirente lo informe con el requerimiento? Peor aún: en la propuesta se pretende que el Estado requirente decline su soberanía y renuncie a cualquier persecución de otros delitos por cuales, eventualmente, pudiera seguirse algún proceso penal en contra de la persona requerida.

El numeral 5, siguiendo también la tradición legal venezolana, reafirma la no entrega por delitos políticos ni por delitos conexos con estos.

El numeral 6 del anteproyecto, recoge el principio de prohibición de persecución penal dos veces por un mismo hecho, o como lo denomina Zaffaroni, «*prohibición de doble punición*».

El numeral 7, prevé la expresa prohibición de entrega cuando el Estado requirente, por razones lógicas según los propios principios de extradición que enuncia el Código, a pesar de ello, vuelve a plantear una solicitud de extradición por el o los mismos delitos habiendo tenido una respuesta inicial negativa.

Por lo que se refiere al numeral 8, en la misma línea jurisprudencial trazada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se propone que, en aquellos casos en los que se reciba una solicitud de extradición por un país en el cual estuviere vigente, por el delito que motiva la petición de extradición, la pena de muerte, una pena cruel, inhumana, degradante, infamante o superior a los treinta años, no podrá concederse la extradición[25]. Esta propuesta, sin embargo, debe ser analizada con cautela.

En este caso, es preferible dejar sentado que el Estado condiciona la entrega a la existencia de un compromiso diplomático por parte del Estado requirente de compurgar la pena que se considere inhumana, y ajustarla a un tipo de pena que no sea groseramente desproporcional a las penas previstas por el Estado venezolano. Esa sería una alternativa. En la extradición, como instrumento internacional, las visiones unilaterales no son recomendables.

El numeral 9 del anteproyecto, es consecuente con el principio aceptado de que no procede la extradición cuando hayan prescrito la pena o la acción penal del delito por el cual se pide la misma.

Finalmente, el artículo 27 del anteproyecto –en lo que llama Ley penal sucedánea- prescribe que, cuando fuere negada la extradición de una persona por ser de nacionalidad venezolana, el Estado venezolano «*podrá*» enjuiciarle siempre que el hecho constituya delito según la ley patria.

---

[25] Puntualmente sobre esta prohibición, prescribe el artículo 6 del Código Penal: "No se acordará la extradición de un extranjero acusado de un delito que tenga asignada en la legislación del país requirente la pena de muerte o una pena perpetua". Como puede verse, el anteproyecto, siguiendo las limitaciones en calidad y cantidad de pena que propone la Constitución en sus artículos 44 y 46, prescribe que, cuando el Estado requirente tenga penas (en su cualidad o cantidad) de aquellas que prohíbe el Estado venezolano, será improcedente la extradición.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código… ● Pág.: 589 – 616

El cambio que propone el anteproyecto con relación al artículo 6 del Código Penal vigente es significativo. En el artículo 6 se expresa «*deberá ser enjuiciado en Venezuela*», lo cual implica que el Estado asume la obligación ante el Estado requirente de juzgar a la persona cuando, en virtud de la nacionalidad, se ve impedida de declarar procedente la extradición, teniendo en cuenta el agregado de la solicitud de parte agraviada o del Ministerio Público.

El anteproyecto, en cambio, se refiere a una potestad del Estado venezolano el enjuiciamiento o no del nacional cuya extradición ha sido negada. Nuevamente el proyectista pasa por alto que existen normas en tratados o pactos internacionales que, para ser reformadas o derogadas, no basta con la declaración unilateral de un Estado.[26]

CONCLUSIONES

Los anteproyectos del Tribunal Supremo de Justicia se enmarcan en una interesante iniciativa de actualización del Código Penal. Es normalmente aceptado que dicho cuerpo normativo requiere una profunda revisión.

Sin embargo, aún se hace extrañar en Venezuela el minucioso estudio sobre lo que es necesario reformar. Desmontar el fetiche de la ley, así como la necesidad de reformarla cuando desilusiona representa un reto en la cultura jurídica venezolana. No es casual que Venezuela haya contado con veintisiete constituciones. El culto a la ley, sin un adecuado trabajo de cultura jurídica, aúpa la mistificación de las normas.

Ambas propuestas de Código Penal, partiendo del cambio constitucional como premisa, consideran como una especie de verdad apodíctica la necesidad de reformar el código. Es curioso que, a la par de afirmarse que se trata de un novedoso texto constitucional, a pesar de declarar lo contrario en sus exposiciones de motivos, reflejan una importante reducción de los espacios de

[26] Dispone el artículo 345 del **Código Bustamante**: "Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos **estará obligada a juzgarlo**. (Destacado propio). El citado artículo ni siquiera fue objeto de reserva por parte de Venezuela. Sobre el punto, *in extenso*, **Salcedo, J.** (2004) *Extraterritorialidad*, en Anteproyecto Código Penal –Comentarios- Tribunal Supremo de Justicia, En "*Colección Serie Normativa N°. 5*." Caracas D.F., Venezuela.

libertad de la Constitución que afirman como novedosa en materia de derechos humanos.

El problema parece ser de fondo: la concepción de la Constitución como base para la intervención punitiva y no como propuesta para la construcción e ideación de límites al poder punitivo. Ambas concepciones son completamente distintas en su punto de partida y de llegada.

Los anteproyectos, aunque reiteramos constituyen un loable esfuerzo, al momento de proyectar la Constitución de 1999 en el Código Penal, parecen diluirse en la retórica discursiva de concebir los derechos como fuente y no como límites al poder punitivo.

Ello, que parece un detalle minúsculo, termina llevándolos a un punto en el que nada tienen que ver con la propuesta de fondo del constitucionalismo contemporáneo, y que se refiere a la constitucionalización del orden jurídico, y no al revés. La parte general y la parte especial, en general, se contraponen. Ello, de modo especial en el Anteproyecto de Carrasquero, cuya parte general, con las objeciones del caso, se inscribe en una tendencia principista. Sin embargo, su parte especial reproduce, en tendencia expansionista y con ciertas mejoras técnicas, el Anteproyecto Fontiveros.

Por lo que se refiere al tratamiento de la extradición, ameritarían, el de Carrasquero sobre todo, ciertas precisiones que permitan una adecuada proyección del estado actual del tratamiento de la extradición en los tratados de los cuales forma parte Venezuela evitando, claro, regulaciones unilaterales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arteaga, A. (2006) "*Derecho Penal Venezolano.*" Décima Edición, McGraw-Hill, Caracas D.F., Venezuela.

Arteaga, A. (2013) "*La Extradición en Venezuela*." 2da Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 107. Caracas D.F., Venezuela.

Bacigalupo, E. (1999) "*Derecho Penal. Parte General*. 2da Edición. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.

Fernández, J. (2004) "*Derecho Penal Fundamental 1.*" 3ra Edición. Ibáñez. Bogotá, Colombia.

Garrido, M. (1997) "*Derecho Penal. Parte General. Tomo I.*" Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile.

Jiménez de Asúa, L. (2009) "*La Ley y el Delito.*" Editorial Atenea. Caracas D.F., Venezuela.

Malaguera, J. L. y Ferreira, F. (2004) Los Crímenes de Lesa Humanidad y el Tráfico de Drogas Ilícitas, En *"REVISTA CENIPEC N° 23."* Universidad de Los Andes (ULA). Mérida, Venezuela.

Modolell, J. L. (2008) "*Temas Penales.*" UCAB. Caracas D.F., Venezuela.

Mendoza, J. R. (1963) "*Curso de Derecho Penal Venezolano (Parte General), Tomo I.*" 4ta Edición. Empresa El Cojo. Caracas D.F., Venezuela.

Muñoz, F. (2004) "*Derecho Penal. Parte General.*" Tiran lo Blanch. Valencia, España.

Rodríguez, A. (2006) "*Síntesis del Derecho Penal.*" Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.

Salcedo, J. (2004) *Extraterritorialidad*, en Anteproyecto Código Penal – Comentarios- Tribunal Supremo de Justicia, En "*Colección Serie Normativa N°. 5.*" Caracas D.F., Venezuela.

Sosa, J. (2000) "*Teoría General de la Ley Penal.*" 2ª Edición Liber. Caracas D.F., Venezuela.

Zaffaroni, E. (2002) Derecho Penal. Parte General, 2ª Edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina.

Anteproyectos y Proyectos.

Anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia (2004). TSJ. Caracas D.F. Venezuela.

Anteproyecto de Código Penal del Magistrado Francisco Carrasquero (2009).

Proyecto de Reforma del Código Penal Sosa-Tamayo de 1974. Ediciones Congreso de la República de Venezuela.

Legislación.

Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario, de fecha 13 de Abril de 2005. Código Penal Venezolano.

Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 990, de fecha 9 de Abril de 1932. Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante).

Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de Febrero de 2009. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Gaceta Oficial N° 27.632, de fecha 4 de Enero de 1965. Tratado de Extradición entre Venezuela y Chile.

Constitución Política de Colombia (1991). Edición especial preparada por la Corte Constitucional de Colombia. www.corteconstitucional.gov.co

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional… ● Pág.: 617 – 655

PANORAMA CONTEMPORÁNEO DE LA CODIFICACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL DESDE LA PERSPECTIVA INTERAMERICANA Y VENEZOLANA

CONTEMPORARY PANORAMA OF THE CODIFICATION OF COOPERATION INTERNATIONAL JUDICIAL IN CRIMINAL MATTERS FROM THE PERSPECTIVE INTERAMERICAN AND VENEZUELAN

Miguel Ángel Gómez Ortiz[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.08

Fecha de Recepción: 31 de enero de 2022 **Fecha de Aprobación:** 04 de mayo de 2022

RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito general examinar doctrinariamente la cooperación judicial como institución del derecho procesal internacional contemporáneo. Partiendo de la premisa de que la cooperación judicial internacional es una institución con elementos procesales comunes para administrar justicia en las relaciones jurídicas privadas y penales con elemento extranjero. Todo con el objetivo específico de delinear el panorama de la codificación de esta institución procesal en materia penal desde la perspectiva interamericana y venezolana. Razón por la cual, se limita a describir a grandes rasgos desde una visión dogmática y comparada el marco normativo vigente conformado por las normas internacionales, especialmente las interamericanas, y las normas venezolanas que regulan la cooperación judicial internacional en materia penal. Por tanto, la cuestión que se aborda se ubica dentro de la problemática general que representan los cambios mundiales para el derecho internacional privado.

Palabras Clave: Derecho Procesal Internacional, Cooperación Judicial Internacional, Codificación del Derecho Internacional Privado.

ABSTRACT

The general purpose of this article is to examine judicial cooperation as an institution of contemporary international procedural law. Starting from the premise that international judicial cooperation is an institution with common procedural elements to administer justice in private and criminal legal relationships with a foreign element. All with the specific objective of delineating the panorama of the codification of this procedural institution in criminal matters from the inter-American and Venezuelan perspective. For this reason, it is limited to describing broadly from a dogmatic and comparative perspective the current regulatory framework made up of international standards, especially inter-American ones, and the Venezuelan standards that regulate international judicial cooperation in criminal matters. Therefore, the issue being addressed is located within the general problem that global changes represent for private international law.

---

[1] Politólogo (ULA-1998). Abogado (ULA-1999). Profesor Titular de la Universidad de Los Andes (ULA) en Introducción a las Ciencias Políticas, Introducción a la Sociología Política y Fundamentos Políticos del Derecho Internacional (Ciencias Políticas), e Introducción al Derecho (Derecho). *Magister Scientiarum* en Ciencias Políticas (ULA-2006). Doctor en Ciencias Políticas (LUZ-2015).

Key Word: International Procedural Law, International Judicial Cooperation, Codification of Private International Law.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la problemática general que representan los cambios mundiales para el derecho procesal internacional como área del derecho internacional privado (DIPr), el presente artículo tiene como propósito examinar a grandes rasgos desde una perspectiva dogmática y comparada: la doctrina, las características y principales reglas de la cooperación judicial internacional, enfocándose en la codificación interamericana y venezolana de esta modalidad de cooperación jurídica internacional en materia penal.

En la historia de la comunidad internacional siempre han surgido diversos tipos de prácticas privadas y delictivas que tienden a superar las capacidades jurídicas de los Estados superponiéndose a las fronteras nacionales. Sin embargo, las fuerzas que están configurando el mundo contemporáneo obligan a la comunidad internacional a reforzar la codificación del DIPr, para enfrentar exitosamente los retos que representan el aumento exponencial de todo tipo de prácticas transfronterizas y el consecuente aumento de las relaciones jurídicas vinculadas a legislaciones extranjeras (Consejo Permanente de la Organización de Estado Americanos [CPOEA], 2003; Clerc, 2013, Ochoa *et al*, 2019).

Como parte de esta problemática jurídica la comunidad internacional del siglo XXI debe responder sin espera a los desafíos que representan el incremento de la criminalidad transnacional (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC], 2021), y el consecuente aumento de los procesos penales con elemento extranjero. Por lo cual, se impone la necesidad de una actividad procesal *ad hoc* basada en el principio de cooperación jurídica internacional para hacer efectiva la justicia penal estatal e internacional. Función que puede cumplir idóneamente la cooperación judicial internacional (Arbonés, 1992; Opertti, 1996, Rodríguez, 2012; Ochoa *et al*, 2019).

Desde la última década del siglo XX, se puede observar la enorme importancia que se le reconoce a la cooperación judicial internacional en materia penal. En efecto, dejó de ser un tema exclusivamente académico y doctrinario para convertirse en un tema de la agenda internacional. Lo que se evidencia en la copiosa codificación internacional, especialmente en la codificación

interamericana, que intenta armonizar un enorme y complejo cúmulo de normas emanadas de las más diversas fuentes de derecho nacional e internacional (Opertti, 1996; Fernández, 1999 y 2000; Mansilla, 2015; Villalta, 2005 y 2010; Villalta, 2006 y 2013). Sin obviar, los esfuerzos nacionales por codificar el DIPr y sobre todo la cooperación internacional en materia penal.

Para estudiar la codificación de la cooperación judicial internacional se debe tener presente que se trata de una institución procesal en la que se intersecan distintas áreas legales, se vinculan tradiciones legislativas heterogéneas, se relacionan diversas fuentes de derecho nacional e internacional, y pueden intervenir múltiples instituciones judiciales subnacionales, nacionales, regionales y universales (Arbonés, 1992; Opertti, 1996, Ochoa *et al*, 2019; Prado, 2002; Rodríguez, 2012; Stocco, 2003). Lo que define la codificación de esta institución como uno de los mayores desafíos para los Estados, ya que para su efectiva eficacia procesal exige superar la concepción espacial de la jurisdicción, la concepción territorial del derecho penal (Opertti, 1996), y la visión dominante de la cooperación internacional como *comitas Gentium* (Rodríguez, 2012).

En el marco de estos planteamientos en el presente artículo, se intenta delinear cuestiones como la ubicación, delimitación, definición, concepto y reglas de la cooperación judicial internacional como institución esencial de derecho procesal internacional. Todo para dar respuesta a la pregunta sobre: ¿Cuál es el panorama de la codificación de la cooperación judicial internacional en materia penal en el marco normativo interamericano y venezolano? Por lo cual, se plantea como objetivo específico describir estáticamente a grandes rasgos la evolución de la estructura normativa vigente de la cooperación judicial internacional en materia penal consagradas en el derecho convencional interamericano y la legislación nacional venezolana.

Así, dentro del contexto actual del derecho procesal internacional se estudia específicamente la cooperación judicial como una forma diferenciada de cooperación jurídica internacional. Bajo el supuesto de que es una institución procesal necesaria para garantizar la acción jurídica valida y eficaz de los Estados y la comunidad internacional en el mundo contemporáneo. Por lo cual, se puede decir que el derecho procesal internacional ha evolucionado "desde la época de la hostilidad recíproca", pasando por la "reciprocidad" entre soberanías

judiciales (Balestra, 1997, Pág. 214), hasta llegar a la época actual definida por la cooperación judicial internacional.

Se pretende así realizar una descripción de la estructura normativa de la cooperación judicial internacional desde una perspectiva dogmática y comparada (Arbonés, 1992, Págs. 2-4). Mediante un enfoque metodológico cualitativo, soportado en un diseño de investigación documental, por lo cual, el análisis e interpretación de la cooperación judicial internacional se basa en datos secundarios recogidos en documentos doctrinarios y legales de carácter nacional y extranjero. Desarrollado del siguiente modo:

Primero, definiendo teórica y conceptualmente esta modalidad de cooperación internacional como institución procesal internacional común en materia privada y penal en el epígrafe 1. Segundo, definiéndola en materia penal en el epígrafe 2. Tercero, definiéndola metodológicamente su estudio desde una perspectiva dogmática y comparada en el epígrafe 3. Cuarto, relacionando brevemente la evolución de la codificación emanada de las diversas fuentes de producción normativa internacional que rigen en el contexto jurídico interamericano en el epígrafe 4. Y quinto, describiendo brevemente la codificación venezolana vigente de la cooperación judicial internacional en el epígrafe 5.

No se aborda en este estudio la funcionalidad de dicha estructura normativa en las circunstancias jurídicas en las que operan actualmente en el contexto jurídico y político interamericano ni venezolano. Quedando para estudios posteriores cuestiones dogmáticas como los criterios jurisprudenciales y doctrinarios que conforman el ordenamiento jurídico convencional interamericano y el venezolano en cuanto a la cooperación judicial internacional en materia penal se refiere, entre otras cuestiones estructurales y funcionales también importantes.

El presente estudio se justifica dada la imponderable relevancia que tiene la cooperación judicial internacional desde el punto de vista de la justicia procesal, ya que esta institución se ve como un instrumento idóneo que permite la cooperación interestatal para la realización de la justicia sin sacrificar la soberanía nacional frente a los desafíos que representan los actos ilícitos transnacionales (García, 2002; Rodríguez, 2012).

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional… ● Pág.: 617 – 655

DESARROLLO

1_. Cooperación Judicial como Institución de Derecho Procesal Internacional.

El primer problema teórico y metodológico que presenta el estudio dogmático de la cooperación judicial internacional, es su concepto, definición, ubicación y delimitación dentro del derecho procesal internacional como componente principal del DIPr. Esta dificultad se debe a que este tipo de cooperación jurídica internacional se define y materializa en un entramado jurídico *sui generis* que surge como producto de normas cuyas fuentes son nacionales, interestatales, internacionales y supranacionales, dificultando su ubicación y relación exacta dentro del derecho procesal internacional (García, 2002, Pág. 51).

En este sentido, es necesario tener presente que el derecho internacional "conforma la matriz normativa originaria instituyente" que regula "las relaciones entre los estados" y se clasifica en público y privado. Razón por la cual constituye un entramado legal conformado primariamente por "las relaciones jurídicas de base interestatal" para ampliarse hasta incluir todas las relaciones jurídicas que se pueden establecer entre los diversos "sujetos de derecho internacional". De este modo, sus características principales lo definen contemporáneamente como un derecho "convencional", "de cooperación", "de coordinación", y "de integración-asociación-armonización" (Clerc, 2013, Págs. 17-18).

En el contexto del DIPr contemporáneo, la cooperación judicial internacional se considera como una institución fundamental de derecho procesal internacional, tanto en materia de relaciones jurídicas privadas como penales (Clerc, 2013, Pág. 18; Gatti, 2018, Pág. 162; Orejudo, 2013, Pág. 690). Los significados de esta afirmación y su alcance jurídico no siempre resultan obvios, por lo cual, es prudente aclarar desde el inicio que en la literatura especializada para denominar el conjunto de actos contenciosos que conforman la cooperación entre las administraciones de justicia nacionales, se suelen usar expresiones equivalentes como «cooperación procesal internacional», «asistencia judicial internacional» (García, 2002; Villalta, 2013), «cooperación procesal judicial», «cooperación internacional al proceso» (Rodríguez, 2012), «cooperación jurisdiccional internacional» (Stocco, 2003), entre otras. Y específicamente en materia penal se usan expresiones como «asistencia o cooperación interjudicial penal» (Opertti, 1996).

Sin embargo, para efectos del presente artículo se considera que la expresión «cooperación judicial internacional» describe fielmente la actividad procesal internacional que se desarrolla mediante el compromiso interestatal para cumplir con los fines de la administración de justicia en materia civil y penal superando racionalmente los límites jurisdiccionales impuestos por la soberanía territorial.

La cooperación judicial internacional adquiere mayor claridad conceptual dentro del marco teórico del amplio y complejo campo jurídico al que pertenece. El gran jurisconsulto internacionalista Sánchez de Bustamante (1943), definió el DIPr "como el conjunto de principios que determinan los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados, cuando ha de aplicarse a relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a más de una legislación." Pág. 11.

Esta definición fue elaborada con el propósito de incluir al "derecho penal" como una "rama" del DIPr (*Ídem*), y definir "la competencia jurisdiccional" como una de las "instituciones" a las que "se extiende" la "competencia legislativa" limitada a ser "un capítulo del derecho procesal internacional" (*Ibídem*, Pág. 12). Definición que conserva su vigencia doctrinaria en el siglo XXI a pesar del tiempo transcurrido (Cardoza, 2008, Págs. 11-12; Mansilla, 2015, Pág. 14; Villalta, 2005, párr. 3; Sáenz, 2016, Págs. 6-9). Tal y como se puede observar en un enunciado más reciente que considera al DIPr como "el sistema normativo del que deriva la ley aplicable a las llamadas relaciones jurídicas internacionales y, por lo mismo, sujeta a más de una jurisdicción" (Clerc, 2013, Pág. 18).

La vigencia de la definición dada por Sánchez de Bustamante, se mantiene incluso a pesar de que el sistema savigniano que da bases al DIPr (Scotti, 2013, Pág. 18) concebido como un "Derecho de conexión" haya sufrido una "crisis" tan profunda durante las tres últimas décadas del siglo XX, que empezando el siglo XXI, el DIPr ya se concebía desde "una visión sustantiva" que negaba su "función auxiliar… como un Derecho de conexión" y afirmaba que el mismo tenía "una función material,… consistente en dar una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses que se suscitan en las relaciones jurídico-privadas" que presentan "un elemento de internacionalidad" (Fernández, 2000, Pág. 1-2).

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional… ● Pág.: 617 – 655

Asimismo, el derecho procesal internacional se continúa considerando como "una parte del Derecho Internacional Privado que resuelve conflictos de leyes procesales" (Villalta, 2013, Pág. 49). Si bien dentro del DIPr el derecho procesal internacional "trata de establecer el derecho procesal aplicable por el tribunal previamente designado como competente en la controversia y a la cuestión sometida a su jurisdicción" (Balestra, 1997, Pág. 201). Para comprender la cooperación judicial internacional en la actualidad se debe reconocer que el derecho procesal internacional se funda en la existencia de "procesos nacionales que requieren de la cooperación jurisdiccional de otros Estados" (Opertti, 1996, Pág. 180).

En este sentido, la cooperación internacional como principio constitutivo del derecho internacional se proyecta en la "competencia judicial internacional", el "derecho aplicable", y la "eficacia extraterritorial de decisiones" como "sectores" fundamentales del derecho internacional privado (García, 2002, Págs. 13-14). Por tanto, el derecho procesal internacional no sería posible sin la cooperación jurídica internacional y el DIPr terminaría careciendo de sentido.

Dentro de la complejidad del derecho procesal internacional contemporáneo, la cooperación jurídica internacional se puede definir dogmáticamente como "toda reglamentación que organice los distintos mecanismos de colaboración entre autoridades judiciales y administrativas de los distintos Estados, orientados a una efectiva realización de los fines del DIPr" (García, 2002, Pág. 54). En la práctica internacional constituye "un mecanismo dirigido a la obtención de colaboración o asistencia mutua entre los estados", que "permite a las autoridades nacionales gestionar diligencias en territorio extranjero o requerido e integrarlas al proceso judicial o administrativo de su estado" (Red de Recuperación de Activos GAFILAT [RRAG], 2015, Pág. 19).

De este modo, la cooperación jurídica internacional procesalmente comprende todo el conjunto de "actos procesales originados en el marco de un litigio caracterizado por presentar elementos conectados a ordenamientos jurídicos extranjeros", basados en la cooperación entre un Estado "requirente del auxilio, donde cursa el juicio principal" y un Estado "requerido que ejecuta el acto solicitado" (Rodríguez, 2012, Pág. 2). Por lo cual, la cooperación jurídica internacional, puede realizarse mediante un acto "judicial, particular",

diplomático, "consular, postal o de la Autoridad Central", y puede ser impulsada mediante "un exhorto, carta o comisión rogatoria" (*Ídem*).

Convencionalmente la cooperación jurídica internacional continúa desarrollándose como *comitas Gentium*, determinado que como vínculo jurídico interestatal siga siendo vista sustantivamente como "una relación de cooperación recíproca" entre Estados, regulada ordinariamente por fuentes "de derecho interno" y "derecho internacional… que contienen reglas relativas al proceso" con efectos extra-territoriales (*Ibídem*, Pág. 185).

De esta forma, en la práctica a pesar de la gran modernización codificadora internacional que han tenido los diversos sectores del DIPr desde mediados del siglo XX, la cooperación jurídica internacional sigue considerándose cortesía internacional, porque "nada obliga a un Estado a incorporarse sin reservas a una nueva convención por el solo hecho de no quedar fuera de un pretendido proceso modernizador" (Fernández, 1999, Pág. 179).

Sin embargo, en el contexto jurídico internacional, y principalmente en contexto jurídico interamericano contemporáneo, la cooperación jurídica internacional ha tenido su mayor desarrollo como parte de un "núcleo jurídico complejo en que el derecho internacional público da el marco formal entre los Estados, el derecho de la integración provee los acuerdos, el derecho internacional privado indica la ley y la jurisdicción y el derecho procesal el cómo del juicio" (Opertti, 1996, Pág. 188).

Así, dada su teoría y práctica la cooperación jurídica internacional presenta como rasgos definidores de cualquiera de sus modalidades, los siguientes:

1) "En cuanto a su objeto" tiene como fines "el establecimiento de canales o cauces de comunicación entre las autoridades judiciales y administrativas de los diferentes Estados" (García, 2002, Pág. 52).

2) "En cuanto a la técnica" se vale de los medios proporcionados por "los respectivos Derechos internos de los Estados partes" del "Convenio internacional o los instrumentos jurídicos emanados de los organismos de integración" (*Ídem*).

3) En cuanto a la afectación del derecho nacional, no pretende sustituir a las normas internas de los Estados, sólo establece el alcance de la cooperación exigida (*Ídem*).

4) En cuanto a la autoridad estatal que aplica las normas, los órganos judiciales y administrativos de los Estados intervienen directamente en la aplicación de las normas a título principal (*Ibídem*, Págs. 52-53).

5) "En cuanto a su finalidad esencial", los convenios que rigen la cooperación judicial internacional "se encuentran… orientados a la realización de determinados derechos o intereses de los particulares en el ámbito internacional" (*Ídem*).

Como se aprecia la cooperación jurídica internacional incluye todo tipo de colaboración que se pueden prestar entre sí los Estados por medio de sus órganos diplomáticos, administrativos o judiciales en un proceso internacional. Mientras que la cooperación judicial internacional implica sólo los actos de colaboración procesal realizados por los órganos judiciales.

Por tanto, la cooperación judicial internacional es una modalidad de la cooperación jurídica internacional, y se puede definir como "la colaboración o asistencia legal mutua entre Estados, con el objeto de practicar las diligencias que sean necesarias en el desarrollo de un proceso que se ventila en el territorio de otro Estado" (Villalta, 2013, Pág. 52). Quedando enmarcada "únicamente en el ámbito del proceso judicial, y tiene por objeto facilitar el ejercicio de la función jurisdiccional de los Estados (administración de justicia), suprimiendo los inconvenientes derivados de la existencia de fronteras respecto al ejercicio de dicha función" (García, 2002, Pág. 54).

Así, la cooperación judicial internacional se manifiesta como una institución procesal de derecho internacional privado debido a que permite coordinar "soberanías legislativas diferentes" evitando el típico "conflicto de leyes o de jurisdicciones" que se presentan en juicios que contienen elementos extranjeros (Balestra, 1997, Pág. 13). No busca resolver "la designación… del tribunal competente" o el establecimiento del "derecho procesal aplicable" como problemas típicos de jurisdicción (Balestra, 1997, Pág. 201). Sino que más bien se comporta como auténtica institución de derecho procesal internacional al coordinar las soberanías judiciales impidiendo que la soberanía estatal se

convierta en obstáculo para el cumplimiento de los fines de la administración de justicia en los litigios privados y penales con elemento extranjero.

2_. La Cooperación Judicial Internacional en Materia Penal en el Mundo Contemporáneo.

Durante la historia de la comunidad internacional siempre han surgido diversos tipos de prácticas delictivas transfronterizas que tienden a superar las capacidades punitivas de cualquier Estado. Sin embargo, las fuerzas que configuran el mundo contemporáneo en la misma medida que diluyen las fronteras nacionales también vinculan los sistemas jurídicos estatales.

La globalización, la integración, la transnacionalización, el aumento de las migraciones humanas, entre otras fuerzas mundiales, se conjugan potenciando la dilución de las fronteras estatales como una verdadera peculiaridad del siglo XXI (Concejo Permanente de la Organización de Estados Americanos [CPOEA], 2003, Clerc, 2013; Gatti, 2018; Ochoa *et al*, 2019). Por tanto, el contexto mundial contemporáneo tiende a producir en la comunidad internacional el aumento constante de las "relaciones jurídicas con elementos de extranjería" (Ochoa *et al*, 2019, Pág. 93) como una característica más del mundo actual, y generan "una interdependencia que requiere cada vez una mayor armonización y estandarización del derecho internacional privado" sobre todo en América Latina (CPOEA, 2003, Pág. 3).

Por lógica el contexto mundial contemporáneo también propicia el aumento ineludible y exponencial de la criminalidad transnacional con poder para superar las capacidades de cualquier Estado para hacer cumplir efectivamente la justicia penal codificada en sus propios ordenamientos jurídicos. "Todo ello supone desafíos de gran trascendencia para los Estados, a la hora de organizar una cooperación penal internacional eficiente" que "sin dejar de lado las reglas del debido proceso,… impidan que los delincuentes se valgan de la transnacionalidad de su accionar para lograr la impunidad" (Gatti, 2018, Pág. 160).

En el contexto del derecho procesal internacional contemporáneo, la posibilidad de enjuiciar delitos tipificados por normas internacionales y

nacionales que terminan vinculando legislaciones extranjeras sólo es posible mediante la cooperación jurídica internacional. Sobre todo porque el DIPr en materia penal tiene por objeto "las normas emanadas del ámbito interno de los Estados, o de convenciones internacionales según las cuales se reprimen aquellos crímenes o delitos cometidos por nacionales o extranjeros… cuyos efectos se producen en un ámbito sujeto a otra soberanía legislativa" (Balestra, 1997, Pág. 237). Mientras que la cooperación judicial en materia penal se puede definir como "un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa que involucra a dos o más Estados y que tiene por finalidad la persecución y la solución de un hecho delictivo ocurrido en territorio cuando menos, de uno de tales Estados" (Villalta, 2013, Pág. 51).

La cooperación judicial internacional también en materia penal es una institución en constante evolución. Desde los años cincuenta la cooperación jurídica internacional viene diversificándose y ampliándose, desde "los procedimientos de extradición y de tramitación de cartas rogatorias y exhortos internacionales", hasta "el cumplimiento de sentencias extranjeras" y la "transferencia… de detenidos o condenados de un país a otro." Sin embargo, esta evolución aún continúa al estar pendiente "la consideración de procedimientos dirigidos a posibilitar el *desplazamiento de las autoridades judiciales* del Estado requirente hacia el requerido, a fin de intervenir directamente en la actuación de diligencia procesales de investigación" (Prado, 2002, Pág. 139).

Dada la dimensión transnacional de la criminalidad internacional y la interdependencia jurídica del mundo contemporáneo, garantizar la eficacia de la cooperación judicial internacional ya no es posible sólo mediante el tradicional derecho convencional interestatal, se requiere también de instrumentos de alcance regional, supranacional y universal (UNODC, 2013, Pág. 1).

Por esta razón, la cooperación jurídica internacional en materia penal se apoya en una estructura legal en la que se superponen normas nacionales, tratados bilaterales y multilaterales, resoluciones de las Naciones Unidas, y normas de integración supranacionales, que regulan las asistencia judicial internacional entre los diferentes sujetos de derecho internacional, tanto en el contexto de la jurisdicción estrictamente internacional como en las jurisdicciones nacionales (Cárdenas, 2018, Pág. 3).

Por lo cual, es pertinente afirmar que el derecho penal debe evolucionar aún más desde una concepción territorialista hasta llegar a una concepción basada en la cooperación judicial internacional "con miras a mejorar en la prestación del servicio de justicia" (*Ibídem*, Pág. 164).

En este sentido, una cuestión ineludible al estudiar la cooperación judicial internacional en materia penal, es determinar el fundamento de su obligatoriedad para los Estados. De modo general cualquier modalidad de cooperación jurídica internacional se fundamenta en la visión interestatal predominante que la supone como un acto de "mera cortesía, ligado a la reciprocidad" y que se cumple "por simple razón de utilidad" (Gatti, 2018, Pág. 164). Predomina de esta forma la idea de que por "su naturaleza jurídica" la misma consiste en "un acto de solidaridad entre Estados soberanos" (Prado, 2002, Pág. 143).

Dada esta visión interestatal predominante todavía, la cooperación judicial internacional al momento de confirmarse como derecho positivo sigue considerándose como una institución ligada al derecho internacional público. Debido a que su fundamento jurídico sigue encontrándose principalmente en el derecho convencional interestatal, basados en que los Estados están "obligados a cooperar recíprocamente en el ámbito del proceso con elemento extranjero" siempre que exista un tratado internacional vinculante, en caso contrario, se considera como "un acto discrecional" de "«cortesía internacional»" (García, 2002, Pág. 58). Por lo cual, doctrinariamente se ha postulado que la cooperación judicial internacional debe tener fundamentos constitucionales para que el auxilio judicial interestatal sea un instrumento procesal que permita cumplir con el principio de tutela judicial efectiva (García, 2002; Rodríguez, 2012).

Sin embargo, tomando en cuenta su copiosa codificación internacional, y sobre todo interamericana, con las correspondientes expresiones de estas normas como parte del derecho positivo interno de los países, un sector doctrinario está empezando a establecer que "la asistencia penal internacional es un deber del Estado rogado" y no tanto una facultad discrecional estatal, debido a que el Estado requerido "debe explicitar y fundar las razones del rechazo del pedido de colaboración (Gatti, 2018, Pág. 165). Incluso hay quienes sostienen que el "*fundamento científico*" de la cooperación judicial internacional "es la comunidad jurídica de los Estados que supone un grado de civilización común entre ellos y

permite la aplicación tanto del derecho como de las decisiones de tribunales extranjeros competentes para resolver casos particulares cuyo reconocimiento o ejecución debe solicitarse en el extranjero" (Balestra, 1997, Pág. 214-215).

En cualquiera de las hipótesis doctrinarias y legales, la cooperación judicial internacional se decanta como un elemento esencial para la eficacia del proceso internacional en materia penal. La misma se ofrece como el instituto procesal que impide que un proceso con elemento extranjero se paralice por causa de "la limitación recíproca que en materia de soberanía ostentan los Estados" (Rodríguez, 2012, Pág. 18).

Su invocación presupone la existencia de un proceso civil o penal que vincula órganos y sistemas judiciales extranjeros mediante "actos procesales" que proyectan "sus efectos fuera de los límites jurisdiccionales para los que inicialmente fueron previstos" (*Ídem*). Esta situación procesal establece la necesidad de que los "Estados… participen de la práctica cooperacional", configurando una estructura fundamental en la que participan "al menos dos Estados prestos a facilitarse la asistencia, uno activo, requirente de la colaboración," y "otro pasivo, requerido de la ayuda" (*Ibídem*, Pág. 19).

En consecuencia, la cooperación judicial internacional en materia penal se puede ver como la respuesta inter-estatal a las limitaciones que la soberanía territorial impone a la jurisdicción y competencia de las autoridades judiciales nacionales que persiguen y sancionan la criminalidad internacional contemporánea (Prado, 2002, Pág. 137). En este sentido, frente a la agilidad de la criminalidad internacional para poder cumplir con "los objetivos de la actividad procesal", mediante diversos instrumentos vinculantes de derecho convencional inter-estatal se viene estableciendo un marco jurídico internacional con "el objetivo común de crear condiciones propicias para la acción coordinada de los Estados en favor de la eficacia de la justicia penal interna de cada país" (*Ídem*).

Entre dichos instrumentos están "los acuerdos y convenios suscritos a iniciativa de las Naciones Unidas" que "tienen cobertura global", los "que se han elaborado bajo el auspicio de la actual Unión Europea o de la Organización de Estados Americanos" que tienen "una influencia regional", y "los múltiples acuerdos y tratados bilaterales… suscritos entre los países que comparten zonas

de frontera o que registran tradicionales vínculos de amistad o intercambio cultural, comercial o migratorio (*Ibídem*, Pág. 141).

Con mayor precisión en el ámbito de la comunidad internacional contemporánea, la cooperación judicial en materia penal para las relaciones estrictamente interestatales "constituye una garantía… para todos los Estados" que se rige por el principio de "cooperación internacional y su regulación a través de convenciones bilaterales o multilaterales" principalmente (Opertti, 1996, Pág. 196). En las cuales, se han establecido como "sujetos típicos" de la "asistencia interjudicial penal" a los Estados exclusivamente, y reconocido a los particulares la facultad de impulsarla sin llegar a tener facultades como "sujetos activos" o para oponerse a ella (*Ídem*).

Así, la cooperación judicial internacional en materia privada y penal se manifiesta "como un balance entre el interés legítimo de los Estados de no ver" interrumpidos los procesos judiciales "en sus fronteras, el deber de todos ellos de cooperar para que tal circunstancia no acontezca y el derecho de los particulares a gozar de las garantías del debido proceso" (*Ibídem*).

Mientras que en el contexto de los ordenamientos positivos nacionales hace posible que los Estados garanticen con eficacia "los derechos y garantías constitucionales que" orientan los procesos judiciales internacionales, como son la igualdad jurídica, el debido proceso y "la tutela judicial efectiva" independientemente de la "nacionalidad o domicilio" de los afectados (*Ibídem*, Pág. 3).

De acuerdo con Opertti (1996), Prado (2002) y Gatti (2018), quienes se basan en el entramado de derecho conformado por normas emanadas de fuentes nacionales, interestatales, interamericana, supranacionales y universales, el patrón de reglas procesales que rigen los distintos actos de cooperación judicial internacional es el siguiente:

1) Es un "deber recíproco de los Estados" (Opertti, 1996, Pág. 195). Para garantizar la procedencia de la cooperación judicial internacional "en todos los textos se prevé la obligación de prestar asistencia y en caso de que ello no sea posible informar los motivos" por parte de los Estados requeridos como titulares de la legitimación pasiva (Gatti, 2018, Pág. 191).

Por tanto, en todos los casos de cooperación judicial internacional se aplica la regla de "reciprocidad ante la ausencia de instrumento legal que regule el acto de asistencia requerido" (Gatti, 2018, Pág. 143). De lo cual, se desprende que en principio la cooperación judicial se rige por las normas internacionales vinculantes para los Estados requeridos y subsidiariamente se aplican las reglas de cortesía y reciprocidad internacional.

2) La legitimación activa para realizar la solicitud de cooperación judicial internacional la tienen las "autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos, lo que permite adecuar la regulación a los sistemas procesales penales inquisitivos o acusatorios y en definitiva también a la etapa del proceso en que se solicite la asistencia" (Gatti, 2018, Pág. 191).

3) Para simplificar la cooperación judicial internacional los Estados deben designar un "organismo especial" para "desarrollar los procedimientos activos o pasivos de colaboración", denominado generalmente como "*Autoridad Central*" (Prado, 2002, Pág. 142), "otorgándole además funciones de comunicación entre ellas" (Gatti, 2018, Pág. 191).

4) En principio sólo las autoridades del Estado requerido tienen competencia jurisdiccional para realizar los actos procesales solicitados mediante cooperación judicial internacional. Pero las autoridades del Estado requirente pueden concurrir y estar presentes (Gatti, 2018, Pág. 191-192). De este modo, tanto el Estado "requirente como requerido, son responsables… por el cumplimiento de la solicitud" de cooperación judicial (Opertti, 1996, Pág. 196).

5) Respecto del particular afectado o "concernido" por las medidas solicitadas mediante cooperación judicial internacional, no se le reconoce ningún tipo de participación procesal activa para oponerse, obtener, suprimir o excluir las pruebas solicitadas (Gatti, 2018, Pág. 192). Sin embargo, se requiere el "consentimiento expreso del procesado o condenado" cuando la cooperación implica "su desplazamiento territorial al extranjero" (Prado, 2002, Pág. 142-143). Y en el traslado internacional de testigos e imputados es necesario garantizar su "retorno al Estado de origen" mediante "salvoconducto" (Opertti, 1996, Pág. 196).

6) "La doble incriminación no es exigida como regla general y sólo debe cumplirse para las medidas susceptibles de ocasionar gravamen" (Gatti, 2018,

Pág. 192). Por lo cual, "se diferencia del proceso de extradición" (Opertti, 1996, Pág. 195). Y, procede su "verificación… únicamente en las medidas de segundo y tercer grado" (Prado, 2002, Pág. 142), es decir, cuando "se trate de medidas" de "naturaleza coercitiva" que puedan afectar a "las personas" o sus "bienes" (Opertti, 1996, Pág. 195).

7) Constituyen "causales para denegar la cooperación" (Gatti, 2018, Pág. 191) "los casos de delitos políticos, militares o tributarios" (Prado, 2002, Pág. 143), "el principio "*non bis ídem"*, o "cuando la solicitud es contraria al orden público" y "a la seguridad o intereses esenciales del Estado" requerido (Gatti, 2018, Pág. 191). Tampoco está permitida la cooperación judicial internacional "en la persecución de personas por razones de discriminación o represalia" por razones de "sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión u opiniones políticas" (Prado, 2002, Pág. 143).

8) "La ley del Estado… requerido es la que se aplica tanto a la forma como al fondo… de la cooperación" solicitada (Opertti, 1996, Pág. 196). Por tanto, las solicitudes de cooperación judicial se ejecutarán en principio de acuerdo con "las formas y requisitos que la legislación del Estado requerido" establece para las mismas (Prado, 2002, Pág. 143). En este sentido, "la regulación en materia de confidencialidad, principio de especialidad, asignación de los costos, medidas a cumplirse, y formalidades son similares" (Gatti, 2018, Pág. 192).

3_. El Estudio Dogmático y Comparado de la Cooperación Judicial Internacional.

El estudio dogmático y comparado de la codificación de la cooperación jurídica internacional procede en "dos corrientes generales de actuación del método comparativo (estática y funcional" (Fernández, 1999, Pág. 158).

De este modo, un estudio dentro de la corriente estática, buscaría realizar una descripción comparada de la estructura normativa internacional y nacional de la cooperación judicial internacional. Mientras que un estudio dentro de la corriente funcional, buscaría realizar una explicación del modo en que opera la cooperación judicial internacional en las circunstancias jurídicas reales que

determinan la armonización de dicho entramado normativo (Arbonés, 1992; Fernández, 1999; Opertti, 1996).

Desde el punto de vista dogmático y comparado, comprender la cooperación judicial internacional "con sus diferentes avenidas, la civil y la penal", requiere teórica y metodológicamente estudiar "los puntos de contacto significativos" entre ramas del derecho tan diferentes como son los derechos internacionales público y privado, el derecho de integración regional, el derecho constitucional, el derecho público, el derecho penal, y por su puesto el derecho procesal, entre otros (Opertti, 1996, Pág. 179).

En medio de esta complejidad resulta obvio que "*el simple cotejo normativo*" de instituciones procesales pertenecientes a sistemas positivos subnacionales, nacionales, regionales y universales, no "proporciona los resultados sincréticos" requeridos para establecer, como es deseable comparativa y dogmáticamente, los "principios" e "instituciones" que integran un sistema procesal internacional positivo perfectamente coordinado. Por lo cual, siempre es mejor optar por contribuir modestamente a entender que las "resignaciones de soberanía" estatal que permiten la "armonización" de las instituciones procesales internacionales existentes" (Arbonés, 1992, Págs. 1-3).

Dentro del contexto teórico y metodológico esbozado hasta aquí, al momento de estudiar la cooperación judicial internacional, es importante determinar su importancia, aspectos procesales admitidos en los tratados internacionales vinculantes para los Estados (Monroy, 2007, Pág. 296) y la legislación interna que regulan esta modalidad de cooperación jurídica internacional, determinando si la cooperación judicial requerida es de primer, segundo o tercer grado y sus características principales. Todo bajo la perspectiva de que la cooperación procesal internacional constituye un área jurídica en la que se intersecan diversas ramas del derecho como son los derechos internacionales público y privado, los derechos nacionales público, civil, penal y el derecho procesal (Prado, 2002).

En el contexto jurídico internacional contemporáneo es fácil intuir que existen diversas formas de cooperación judicial internacional en materia penal, por ejemplo, la que se puede dar entre los Estados, entre éstos y los organismos judiciales supranacionales, e incluso entre estos últimos. De este modo, en función de los sujetos de derecho internacional que intervienen en la relación de

colaboración contenciosa, se puede decir que existe la cooperación judicial interestatal y la cooperación judicial supranacional. La primera sería la que se da estrictamente entre los Estados, y la segunda se daría entre un organismo judicial supranacional y los Estados (Prado, 2002, Págs. 153-154).

Estudiar la codificación de la cooperación judicial internacional, es de la mayor importancia porque contribuye a conocer las norma internacionales y nacionales que se debe aplicar obligatoriamente cuando se presentan ante los tribunales nacionales y locales, rogatorias de colaboración judicial por parte de jueces de otro Estado. Es decir, contribuye a que los jueces y demás operadores jurídicos nacionales asuman que la cooperación judicial internacional consagrada en los tratados internacionales ratificados por un país, "constituye una obligación legal a la que el juez debe sujetarse y cumplir" (Stocco, 2003, Pág. 49). Asimismo, afianzar el conocimiento del derecho codificado que regula la cooperación judicial internacional en materia penal mejora su eficacia como como institución para la realización de los fines del proceso.

El estudio dogmático y comparado de la cooperación judicial internacional implica describir en detalle la codificación internacional y nacional de aspectos procesales como "los tipos de actos que pueden practicarse, cómo han de realizarse, cuál es el Derecho aplicable o la jurisdicción competente, a través de que vías puede concretarse, el medio para cooperar, los lapsos procesales para la práctica de las solicitudes, etc." (Rodríguez, 2012, Pág. 5).

Positivamente todos estos elementos procesales se encuentran regulados y definidos en "las disposiciones, prácticas o costumbres previstas en la normatividad jurídica, incluyendo leyes, prácticas y criterios jurisprudenciales" que integran el "ordenamiento jurídico" conformado por "fuentes internacionales y nacionales de carácter regulatorio,… así como las complementarias que conforman la doctrina y la jurisprudencia" (*Ibídem*, Pág. 6). Por lo cual, no se puede perder de vista que la cooperación judicial internacional está regida por "una pluralidad de regímenes que se suceden y superponen" (García, 2002, Pág. 59). Lo que conlleva a que las modalidades de cooperación judicial internacional previstas para el procedimiento civil sean extensibles y aplicables en materia penal (RRAG, 2015), guardando las respectivas diferencias entre un procedimiento y otro.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional… ● Pág.: 617 – 655

Dado que "la teleología de la cooperación procesal internacional es evitar la impunidad" que se generaría por la ineficacia una sentencia de ejecución extraterritorial basados en "la incompetencia territorial que tendría el juez que la dictó" los convenios interestatales tienden a establecer que "el juez peticionario" tenga "la posibilidad de que se lleven a efecto sus resoluciones desde el emplazamiento hasta la ejecución de la sentencia" incluyendo "actos de mero trámite" (Mansilla, 2015, Pág. 21). Los actos que comprenden la cooperación judicial internacional en materia penal, incluyen "citar a un testigo", "ordenar la citación de una persona para emplazarla a juicio", "embargo cautelar", "cierre de una cuenta bancaria (*Freezing*)", "levantamiento del secreto bancario", "la confiscación de un bien", "el embargo de un depósito bancario u otro valor financiero", entre otros (Opertti, 1996, Pág. 180).

De modo general, los actos que comprenden la cooperación judicial internacional se pueden clasificar según el grado y la materia objeto de la cooperación solicitada. El grado de cooperación se puede definir como el "grado de involucramiento,… compromiso y… naturaleza del vínculo entre el sistema jurídico cooperador y el del solicitante" (Opertti, 1996, Pág. 180). Por lo cual, el grado de la cooperación judicial internacional determina "los requisitos" que cada Estado establece "para tolerar los efectos del acto en los confines de su territorio o jurisdicción" (Rodríguez, 2012, Pág. 15). Según la materia la cooperación judicial internacional se puede clasificar en "cooperación procesal civil" y "cooperación procesal penal internacional" basados en que "los principios que" las "rigen no son idénticos" (Opertti, 1996, Pág. 181).

De acuerdo con Gatti (2018), los grados de cooperación judicial internacional en materia penal se definen en función del nivel de afectación de los derechos de los destinatarios de las medidas requeridas y de la coerción a ser usada para su cumplimiento. Así, los tres grados de "cooperación procesal penal internacional" se expresan generalmente del siguiente modo:

1) "Un primer nivel relativo a auxilio de mero trámite tal como puede ser el cumplimiento de notificaciones, intimaciones, emplazamientos o citaciones. Se trata de casos donde se verifican actos que afectan en modo mínimo al Estado requerido a los destinatarios de las medidas y donde no se requiere el uso de coerción" (Gatti, 2018, Pág. 167).

2) "Un segundo nivel" donde se ubican las "diligencias probatorias" diferenciadas por el grado de "perjuicios" o afectación de derechos de "las personas destinatarias de las mismas, tales como los allanamientos o registros" (Gatti, 2018, Pág. 167).

Se trata de litigios que requieren actos que vinculan en mayor grado al "*Estado requerido*" y a "*los destinatarios de las medidas*" que obviamente requieren "*el uso de la coerción*". "En estos casos, además de exigirse el cumplimiento de los requerimientos formales, de regla habrá de exigirse que se cumpla el requisito de la doble incriminación" (*Ídem*).

3) Un tercer nivel donde se ubica el "auxilio cautelar, el que puede estar referido tanto a instrumentos como productos del delito, incluyendo la incautación y entrega de bienes decomisados o entrega de documentos en los que por la afectación de derechos que suponen e injerencia en la espera del tribunal requerido habrá de exigirse también el requisito de la doble incriminación" (Gatti, 2018, Pág. 167).

En esta clasificación de los actos de cooperación judicial internacional se incluyen solo los "mecanismos formales" para "la asistencia legal mutua" admitidos generalmente "por las distintas jurisdicciones para la obtención, suministro de información y pruebas que soporten el decreto de medidas provisionales y para la aplicación de órdenes y sentencias extranjeras" en cada de una de las fases del proceso penal con elemento extranjero (RRAG, 2015, Pág. 20).

Así, por ejemplo, "en la fase de investigación, las solicitudes de cooperación internacional" pueden estar "dirigidas a la obtención de pruebas, la ejecución de medidas provisionales o la utilización de técnicas de investigación respecto de las cuentas bancarias, órdenes de registro e incautación y toma de declaraciones, entre otros" (*Ídem*).

De modo general la cooperación judicial internacional en materia penal presenta como características formales, las siguientes: 1) En cuanto al propósito lo que se busca es "obtener pruebas para utilizarlas en un proceso judicial y en confiscaciones", así como la "aplicación de órdenes de restricción y sentencias de confiscación" (RRAG, 2015, Pág. 27). 2) En cuanto al tipo de asistencia puede tratarse de "medidas de investigación coercitivas (como órdenes de registro) y

otras formas de asistencia legal (como la aplicación de medidas provisionales o sentencias de confiscación)" (*Ídem*). 3).

En cuanto al proceso de contacto entre las autoridades judiciales, generalmente es indirecto ya que se realiza a través de las "autoridades centrales en cada jurisdicción" o mediante "cartas rogatorias a través del Ministerio de Asuntos Exteriores" que reenvían las solicitudes de cooperación a los jueces competentes como "puntos de contactos adecuados" (*Ídem*). 4) En cuanto a los requisitos, las solicitudes pueden "incluir doble incriminación, reciprocidad, especialidad, investigación criminal en curso o vínculo entre los activos y el delito" (*Ídem*). 5).

En cuanto a los efectos jurídicos que producen los actos de cooperación judicial, "las pruebas son admisibles ante el tribunal" permitiendo "la aplicación de órdenes" (*Ídem*). 6) En cuanto a las limitaciones y desventajas de la cooperación judicial, se destaca que "requiere mucho tiempo y recursos" y el cumplimiento de "requisitos que son frecuentemente difíciles de cumplir", y "posibles filtraciones" (*Ídem*).

4_. Panorama de la Codificación Interamericana de la Cooperación Judicial Internacional.

La codificación internacional de la cooperación jurídica interestatal ha sido parte de la necesidad de legislar los elementos vinculados al derecho procesal internacional. Razón por la cual, tanto en Latinoamérica como en Europa desde el siglo XIX el "ideal de la codificación" siempre ha intentado "llegar a un acuerdo para adoptar una reglamentación común de las relaciones de tráfico privado externo" tanto en sus aspectos sustantivos como procesales en todas las materias que comprenden el DIPr (Fernández, 1999, Pág. 168). Sin embargo, lo más se ha logrado es que de las normas internacionales en materia se deriven principios generales que regulan la cooperación judicial internacional, más no se ha aprobado "un marco normativo general, aplicable" a "toda clase delitos" (Gatti, 2018, Pág. 187).

La complejidad de la codificación de la cooperación jurídica internacional se puede observar en la interacción complementaria de las normas producidas

históricamente en los diferentes ámbitos del DIPr. La evolución del marco normativo internacional que regula positivamente la cooperación jurídica internacional responde a la forma en que se complementan y coordinan en la comunidad internacional las fuentes jurídicas de alcance universal, regional, subregional, multilateral y bilateral desde el segundo tercio del siglo XIX hasta el presente en el campo del DIPr (Villalta, 2006; Rodríguez, 2012). Por lo cual, la codificación internacional del DIPr se puede entender como "los procesos" de "unificación/armonización… del derecho" que "regula el tráfico jurídico externo" en todos los ámbitos en que se produce (Fernández, 1999, Pág. 213).

Históricamente en el continente americano la "Codificación del derecho internacional público y privado" se ha considerado como uno de los "principios" que contribuyen "al desarrollo del derecho internacional" (Monroy, 2007, Pág. 302). La codificación del DIPr en el contexto jurídico interamericano comprende simultáneamente temas sustantivos y procesales en materia privada y penal. Por tanto, la codificación interamericana de la cooperación procesal internacional se decantan en normas específicas que pretenden regular y resolver la "jurisdicción", el "conflicto de leyes" y la "ejecución de sentencias" como "temas de derecho procesal tradicional" (CPOEA, 2003, Pág. 3), sin dejar de lado los temas nuevos.

La codificación del DIPr en el derecho internacional positivo americano se puede definir como el producto de un largo periodo histórico que se inicia en el Congreso de Panamá (1824-1826) conformando por un "conjunto de principios, normas y doctrinas que rigen el comportamiento de los Estados Americanos" mediante mecanismos como la "codificación del Derecho Internacional Público y Privado" con el propósito de promover la "armonización legislativa en la región" (Villalta, 2006, Pág. 70), de normas internacionales y nacionales generadas por países cuyas legislaciones se inscriben en el derecho románico-germánico y el *common law* (Fernández, 1999). Codificación histórica que ha venido evolucionando continuamente por medio de las Conferencias Internacionales Americanas (1889-1954) (Monroy, 2007, Pág. 303) y las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional privado desde 1975 (Villalta, 2010, Pág. 224-227). Y que actualmente se sigue desarrollando para regular el "fomento del Libre Comercio" aunado a normas para regular "la Internacionalización del Crimen Organizado y de fenómenos como el Terrorismo, la Narcoactividad, la

Corrupción, el Tráfico de Armas y la Explotación Ilícita de los Recursos Naturales" (Villalta, 2006, Pág. 70).

Precisando un poco la codificación del DIPr interamericano puede definirse como el proceso de producción normativa internacional que busca la unificación, armonización y estandarización de las normas sustantivas y procesales sobre conflictos de leyes en el continente americano (CPOEA, 2003; Villalta, 2010). Sin dejar de tener presente que la codificación del DIPr en los países latinoamericanos se caracteriza principalmente por la falta de "organización" de "las relaciones entre los textos provenientes de los distintos ámbitos de producción jurídica" (Fernández, 1999, Pág. 213).

De tal forma que durante todo este proceso histórico la cooperación jurídica internacional siempre ha estado presente en la codificación del DIPr interamericano y latinoamericano, por ejemplo, mediante "el reconocimiento mutuo de documentos y decisiones judiciales" (Fernández, 1999, Pág. 168). Lo cual confirma que la cooperación judicial internacional también ha estado presente en la codificación interamericana como institución procesal.

Siguiendo a Fernández (1999) se puede caracterizar la codificación del DIPr interamericano por la "*importancia concedida a los Tratados de Montevideo y al Código de Bustamante*", la "subregionalización" producida por los "textos convencionales" de sistemas de integración como Mercosur, la "internacionalización" observada "en la jerarquía supralegal que distintos ordenamientos le van reconociendo a las convenciones internacionales", la "universalización" manifestada en la "significativa influencia de los criterios plasmados en las convenciones adoptadas en los foros codificadores de vocación universal", y la "homogenización" progresiva e "indirecta que se va produciendo con las reformas de los sistemas estatales de DIPr de la región." Pág. 212.

De tal forma que en la diversa y copiosa codificación americana del DIPr se puede llegar al extremo que para algunos Estados latinoamericanos, la vigencia que conservan los Tratados de Montevideo y el Código de Bustamante frente a las nuevas convenciones interamericanas, los acuerdos de integración subregional y regional y la suscripción de nuevos tratados multilaterales y bilaterales, puede representar un verdadero conflicto de leyes internacionales al momento de determinar cuál tiene preeminencia cuando se requieran su aplicación en las materias que regulan.

Sin embargo, gracias a la articulación que debe predominar en el derecho convencional internacional, presentado un caso como este es lógico buscar la solución de cualquier eventual contradicción entre normas internacionales, basándose en "el parámetro que brinda la Convención de Viena… de 1969 sobre el derecho de los tratados en su art. 30.3º, donde se consagra el principio *lex posterior derogat prior"* (Fernández, 1999, Pág. 180-181).

La necesidad americana de codificar interestatalmente el DIPr y los diversos elementos que conforman el proceso internacional, empezó a manifestarse desde las propuestas fallidas del Congreso de Panamá de 1826 y de las Conferencias de Lima de 1847, 1861 y 1867 (Villalta, 2006, Pág. 73).

Esta codificación resultó ser tan necesaria para la vida jurídica de la comunidad internacional y de los nacientes Estados latinoamericanos que fue retomada en el Tratado de Lima de 1878 y los Tratados de Montevideo de 1889, y empezó a concretarse como normas internacionales positivas y universales en las Convenciones de La Haya de 1896 y 1905, para continuar en Sudamérica con el Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros de 1911, el Código Bustamante de 1932 y los Tratados de Montevideo de 1940. Adquiriendo un verdadero impulso legislativo internacional desde mediados del siglo XX, después de fundada las Naciones Unidas, que ha fortalecido permanentemente la codificación internacional de la cooperación jurídica internacional (Rodríguez, 2012, Págs. 28-31).

De este modo, dentro del proceso codificador global que se viene desarrollando desde el siglo XIX hasta el presente, en el contexto jurídico americano se viene delimitando el complejísimo campo del DIPr mediante una codificación internacional que ha evolucionado progresivamente en función de las circunstancias interestatales que se van imponiendo en cada etapa histórica. Se puede decir que este proceso de codificación interamericana experimenta entre 1824 y 1970 "una primera etapa… eminentemente conflictual" que se desarrolla "a través de la elaboración de normas meramente atributivas que determinaban la ley aplicable" en una determinada relación jurídica con elemento extranjero (Villalta, 2006, Pág. 90).

Así, durante el siglo XIX el DIPr latinoamericano logró evolucionar desde las "reglas para la solución del conflicto de leyes" codificadas al principio como derecho civil nacional hasta la pretensión de codificar interestatalmente

"materias relativas al estado y capacidad de las personas, matrimonio, régimen sucesorio, jurisdicción en materia penal, ejecución de sentencias extranjeras y legalización" haciéndose presente desde el principio la necesidad de cooperar judicialmente entre los Estados (Villalta, 2006, Pág. 73).

Incluso antes que terminara el siglo XIX el derecho internacional privado ya se había convertido en un campo jurídico tan amplio que para su regulación interestatal en la región fue necesario desglosar su codificación en Montevideo (1889) en sendos tratados internacionales *ad hoc* para regular las materias de derecho civil, comercial, penal y procesal internacionales, así como la "propiedad literaria y artística,… marcas de comercio y fábrica,… ejercicio de profesiones liberales,… [Y] la aplicación de leyes extranjeras" (*Ibídem*, Págs. 73-75).

Durante las primeras décadas del siglo XX el campo del DIPr siguió ampliándose en el derecho interestatal americano, incluyendo materias como arbitraje, legalización de documentos, extradición, "patentes de invención, dibujos y modelos industriales, y ejecución de actos extranjeros", "Protección de Marcas de Fábrica, Comercio, Agricultura y Nombres Comerciales" (Villalta, 2006, Pág. 75).

Ya para 1928 el Código de Bustamante, condensaba las normas interestatales existentes en materias civil, mercantil, penal y procesal en un solo código de derecho internacional privado, incluyendo materias como arbitraje internacional y unificación de la legislación de poderes personales. Y antes de llegar a mediados del siglo XX, ya se habían codificado materias como la "nacionalidad, nacionalidad de la mujer", así como los "derechos civiles y políticos de la mujer", "navegación comercial" y comercio terrestre (*Ibídem*, Pág. 76).

Iniciada la segunda mitad del siglo XX el derecho internacional privado americano pretendió evolucionar con la intención de sintetizar en un solo código el "*Civil Law*" con el "*Common Law*" mediante la armonización de sus tres principales codificaciones, a saber "las disposiciones del Código de Bustamante, los Tratados de Montevideo y las normas contenidas en el *Restatement of the Law of Conflict of Laws*" (Villalta, 2006, Pág. 77). Pero este propósito terminó siendo fallido como consecuencia de las reservas y objeciones que presentaron algunos Estados americanos (*Ibídem*, Pág. 79-90).

Desde la década de los setenta del siglo XX "la intensificación de las relaciones interamericanas" y "los cambios socioeconómicos" hicieron "necesario actualizar el derecho conflictual en el continente americano así como la renovación del mismo Derecho internacional Privado, a efecto de que" estuviera "en concordancia con las realidades y avances tanto regionales como universales" (Villalta, 2006, Pág. 90). Por lo cual, surgió una segunda etapa en el proceso de codificación del derecho internacional privado, que continúo desarrollándose mediante convenciones interamericanas *ad hoc* aprobadas en el "marco las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho internacional Privado, (CIDIP)" (*Ídem*).

Durante esta segunda etapa del proceso codificador interamericano del DIPr, se han aprobado 30 documentos normativos internacionales (Villalta, 2005; Villalta, 2010), "sobre diversos asuntos relativos a la cooperación jurídica y judicial entre Estados para la seguridad en las relaciones civiles, de familia, comerciales y procesales en las CIDIP" (Villalta, 2005, Pág. 9), celebradas en Panamá (CIDIP I de 1975), Montevideo (CIDIP II de 1979), La Paz (CIDIP III de 1984), Montevideo (CIDIP IV de 1989), México (CIDIP V de 1994), Washington (CIDIP VI de 2002), Washington (CIDIP VII de 2009) para regular casi todas las materias en que se pueden agrupar los elementos sustantivos y procesales de las relaciones jurídicas con elemento extranjero. Entre ellas se deben referir por regular la cooperación judicial internacional en materia penal las convenciones sobre "Exhortos y Cartas Rogatorias", "Recepción de Pruebas en el Extranjero", "Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros", "Cumplimiento de Medidas Cautelares", "Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras", "Recepción de Pruebas en el Extranjero", "Restitución Internacional de Menores", "Tráfico Internacional de Menores" (Villalta, 2006, Pág. 79-84; Villalta, 2010, Págs. 224-227).

De este modo, en los últimos 50 años la codificación interamericana del DIPr se ha caracterizado por la pretensión de superar los obstáculos para la coordinación de normas internacionales y nacionales que se originan "de países pertenecientes a distintas familias jurídicas" y que se expresan como "un problema plagado de factores técnicos, históricos y políticos" que terminan articulando "la relación entre las convenciones interamericanas de DIPr y todos los otros instrumentos multilaterales y bilaterales reguladores del tráfico privado

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional… ● Pág.: 617 – 655

externo a los que se encuentran vinculados los países americanos" (Fernández, 1999, Págs. 179-180).

Para Fernández (1999), desde la CIDIP I de Panamá en 1975 "los temas se repartían entre cuestiones comerciales y procesales," Pág. 209, por lo cual, era previsible que empezando el siglo XXI la codificación interamericana en las CIDIP del DIPr debía producirse equilibradamente sobre cuestiones comerciales, "producción jurídica", "civiles, procesales y de cooperación internacional" Pág. 210, respondiendo a "condicionantes" como la "tradición del DIPr americano", "la acusada dialéctica integración/globalización", "las consecuencias" de "las realidades y las realizaciones existentes… a escala mundial" y "subregional." Pág. 209. Sin embargo, los efectos de la globalización expresada como "aumento exponencial de las transacciones comerciales" lograron imponerse como principal condicionante en la codificación del DIPr en la CIDIP VI celebrada en Washington en 2002.

Actualmente la codificación del DIPr en las CIDIP se produce bajo las circunstancias que imponen la globalización, las integraciones subregionales, y el estancamiento del ALCA y la irrupción que se produce con la entrada en la escena de las relaciones interamericana de los actuales procesos revolucionarios de la región.

5_. Panorama Contemporáneo de la Cooperación Judicial Internacional en la Legislación Penal Venezolana.

Venezuela no está exenta de cumplir con el deber de cooperación jurídica internacional que en materia penal se impone por su pertenencia a la comunidad internacional, y sobre todo por la necesidad que se deriva de las circunstancias que imponen las fuerzas que están configurando las relaciones internacionales para hacer frente a la delincuencia transnacional, el terrorismo, el narcotráfico, la corrupción, y el lavado de dinero, entre otras prácticas ilícitas internacionales. Todas estas prácticas criminales, dentro de la complejidad normativa que se deriva de la soberanía nacional para el tráfico jurídico penal internacional contemporáneo, obliga a que la eficacia de la codificación positiva interestatal del derecho procesal internacional requiera de la armonía entre la codificación internacional y nacional que regula la cooperación judicial internacional. Más

concretamente esto significa que los órganos judiciales de cualquier país, requieren para cumplir eficazmente con las solicitudes de cooperación procesal de un marco jurídico positivo adecuado, entre otras condiciones jurídicas y políticas que desbordan los objetivos del presente artículo.

Bajo estas premisas, el Estado venezolano debe responder a la necesidad de coordinar su propia legislación penal con la copiosa codificación internacional, sobre todo interamericana y subregional, para garantizar la seguridad y eficacia jurídica de la cooperación judicial internacional, tanto pasiva como activa, en función de su propia jurisdicción nacional y de las jurisdicciones extranjeras.

En otras palabras, Venezuela debe promover la fluidez del tráfico jurídico procesal internacional en materia penal sin importar la situación jurídica y política en la que se encuentre el país, con el propósito de evitar convertir el territorio nacional en resguardo de inmunidad para la criminalidad transnacional organizada y la criminalidad transfronteriza informal. Es decir, para evitar que el territorio nacional se convierta en una garantía de impunidad para los imputables como autores de delitos que generan procesos penales internacionales, como son: "falsificación de moneda", "genocidio", "terrorismo,… piratería, trata de blancas, narcotráfico", "destrucción de cables submarinos", "el contrabando, la injuria, el homicidio de un lado a otro de la frontera", entre otros (Balestra, 1997, Págs. 239-243).

En Venezuela como en otros países de América Latina (Stocco, 2002, Págs. 248-250), predomina la visión estatal y doctrinaria de la cooperación judicial internacional como *commitas Gentium*, constituyendo en principio la clave de interpretación judicial de la legislación venezolana en materia de cooperación procesal interestatal. Tal y como se puede corroborar en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana de 1998, que prevé en su artículo 1 cuando se trata de procesos con elemento extranjero en materia privada se procede aplicando jerárquicamente "las normas de Derecho Internacional Público,… en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicaran las normas de" DIPr; "a falta de ellas,… la analogía… y finalmente se regirá por los principios de" DIPr "generalmente aceptados" (Venezuela, 1998).

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional… ● Pág.: 617 – 655

Así, en materia procesal privada un rasgo que denota "*la práctica forense venezolana*" es "*la dificultad de comprender que el auxilio judicial en un proceso internacional no implica negación de la soberanía nacional*" (Rodríguez, 2012, Pág. 20). Esta visión de la cooperación judicial internacional, se expresa en una práctica judicial que pretende "afirmar" "la soberanía nacional" cuando niega, desconoce u obstaculiza las "solicitudes de cooperación internacional" basados en el "convencimiento de que la acción de cooperar no constituye un deber en sentido jurídico" (*Ídem*, Pág. 22). Estos elementos dan como resultado que en el país aunque pueda existir "un consistente marco normativo" se genere "la práctica de una cooperación judicial internacional ineficiente" (*Ibídem*).

Para comprender la enorme importancia de esto hay tomar en cuenta que para el derecho procesal internacional cada sistema judicial estatal se convierte en una instancia que impulsa, interrumpe o hasta paraliza los juicios penales de delitos con elementos internacionales. Por lo cual, el retardo procesal en el cumplimiento de las solicitudes de cooperación judicial internacional bien sean pasivas o activas, puede traer como consecuencia la futilidad de un juicio penal por razones vinculadas al tiempo, ineficacia de medidas cautelares, y dificultades probatorias, por ejemplo.

Así, resulta gravísimo que en materia privada "el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria en nuestro país" tenía hasta el año 2012 "en promedio un tiempo de conclusión que" podía "ir desde los 6 hasta los 18 meses" (Rodríguez, 2012, Pág. 3). Situación de retardo procesal que se puede extrapolar a la ejecución de exhortos y cartas rogatorias en materia de cooperación judicial penal. Lo cual, obviamente repercute negativamente en "los derechos y garantías constitucionales que orienta el Derecho procesal civil internacional" (*Ídem*), y por supuesto también impacta negativamente al derecho procesal penal internacional.

Venezuela desde inicios de siglo XX, empezó a integrar como parte de su sistema jurídico positivo la cooperación judicial internacional con la suscripción y ratificación del Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (1911) y del Código de Bustamante (1928) (Rodríguez, 2012, Pág. 34). Proceso que continúo fortaleciendo en la medida en que se desarrollaba la codificación universal, interamericana y sub-regional.

De este modo, Venezuela ha suscrito, ratificado y publicado en su Gaceta Oficial como parte de su ordenamiento jurídico positivo por lo menos 16 instrumentos internacionales (OEA, S/F). A partir de 1992, en el ámbito de las normas universales se pueden reseñar las Convenciones de las Naciones Unidas "contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas… de 1988" y "contra la Delincuencia Organizada Transnacional… de 2000" (*Ídem*). A partir de 1984, en el ámbito de las normas regionales se pueden referir las Convenciones Interamericanas "sobre Exhortos o Cartas Rogatorias… de 1975… [Y su] Protocolo Adicional…de 1979", "sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero... de 1975… [Y su] Protocolo Adicional… de 1984", "contra la Corrupción… de 1996", "sobre Asistencia Legal Mutua en Materia Penal… de 1992", "Contra el Terrorismo... de 2002" (*Ídem*). En el ámbito de las normas interestatales se pueden numerar los instrumentos bilaterales de cooperación internacional en materia penal de Venezuela con Italia (1932) (Ministerio Público de la República Bolivariana de Venezuela, S/F), con México (1997), con República Dominicana (1997), con Estados Unidos (1997), con Colombia (1998), con Paraguay (1996), y con Cuba (1999) (OEA, S/F).

Incluso el ingreso de Venezuela al Mercosur implica asumir las obligaciones jurídicas de un conjunto de países que comparten y practican muy activamente un sistema de codificación internacional de DIPr regido efectivamente por los Tratados de Montevideo de 1939-1940 (Fernández, 1999, Pág. 183). Los países que integran este proyecto de integración subregional en materia de cooperación judicial internacional, cuentan con una tradición de mayor celeridad en la tramitación de las solicitudes de cooperación judicial internacional entre ellos (Cárdenas, 2018; Gatti, 2018; Rodríguez, 2012; Stocco, 2003).

Entre las normas internacionales que rigen al Mercosur en materia de cooperación judicial internacional se encuentran "las convenciones interamericanas que abordan directa o colateralmente el tema cooperacional, como son las de "Exhortos o Cartas Rogatorias y su Protocolo, Recepción de Pruebas en el Extranjero, Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,… Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero" y "Medidas Cautelares" (Rodríguez, 2012, Pág. 33).

Venezuela dio un paso en el fortalecimiento de la cooperación judicial internacional en materia privada cuando reconoció en "la eficacia de las sentencias extranjeras" en los términos de los artículos 53 al 55 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 (Venezuela, 1998). Por tanto, se puede decir que el estado actual de la codificación nacional de la cooperación judicial internacional por lo menos en materia privada, revela suficiencias ya que es uno de los pocos países latinoamericanos que cuenta con una ley de DIPr (Ochoa *et al*, 2019, Pág. 104; Orejudo, 2013, Pág. 690; Villalta, 2010, Pág. 229). También cuenta con la existencia de un cuerpo de normas que promueven la cooperación procesal en materia penal.

De esta forma, la extraterritorialidad de la jurisdicción penal venezolana se encuentra regulada en el Código Penal (2005), en su artículo 4 y todos sus numerales y en el artículo 5, los "delitos contra el derecho internacional" están regulados en el mismo código penal en los artículos 152 al 165, la "falsificación de monedas o títulos de crédito público" están penados en los artículos 298 al 304 (Venezuela, 2005a).

El debido proceso, la jurisdicción, la extraterritorialidad, y la cooperación judicial internacional se encuentra regulados en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano de 2012, en los artículos 1, 56, 60, 111 numeral 17, y 185 de acuerdo con lo establecido en la "Constitución", "las leyes nacionales" y las normas contenidas en instrumentos "internacionales suscritos y ratificados por la República" (Venezuela, 2012).

En este código corresponde al Ministerio público "en coordinación" con el Ministerio competente en "relaciones exteriores, solicitar y ejecutar Exhortos, o cartas rogatorias y solicitudes de asistencia mutua en materia penal" (*Ejusdem*). Mientras, que en el artículo 16 numeral 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público venezolana de 2007, atribuye al Ministerio Público la "condición de autoridad central en la materia" (Venezuela, 2007).

Por su parte la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada venezolana (2005), prevé legislar este tipo de delitos en su artículo 1 "de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los tratados Internacionales relacionados con la materia, suscritos y ratificados válidamente por la República (Venezuela, 2005b). Y tipifica delitos relacionados con la "*entrega vigilada o controlada… de remesas ilícitas*", el tráfico

internacional de armas, la jurisdicción extraterritorial venezolana, la improcedencia del secreto bancario, la legitimación de capitales ilícitos, en sus artículos 3, 9, 41 y todos sus numerales, 54, y 55.

Igualmente regula todos los elementos relativos a la "cooperación y asistencia judicial recíproca" en esta materia penal en sus artículos 59 al 69, entre ellos: las "atribuciones del Ministerio de Relaciones exteriores", "los requisitos" que debe cumplir "la solicitud de asistencia judicial", los casos en que procede su "denegación" y su "diferimiento" en sus artículos 63, 64 y 65.

La Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2005), prevé legislar penalmente sobre los delitos que se derivan del tráfico ilegal de las sustancias enumeradas en "las listas de los convenios internacionales suscritos por la República" entre los que señala expresamente la "Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes" (1968), el "Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas" (1972), el "Protocolo de Modificación a la Convención Única de 1961" (1985), la "Convención de las Naciones Unidas Contra el tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas" (1988), en concordancia con "la Ley Orgánica de Aduanas,… las leyes especiales respectivas" y los instrumentos internacionales "suscritos por la República sobre la materia" (Venezuela, 2005c).

Esta ley define las diferentes medidas cautelares que se pueden aplicar en su artículo 2 numeral 14, bajo la categoría de "embargo preventivo o incautación", establece el "decomiso" en el artículo 12, la "cooperación internacional" en el artículo 100, y la prevención de la "legitimación de capitales" en los artículos 209 al 216 (*Ejusdem*).

En función de este breve esbozo del panorama de la codificación de la cooperación judicial en Venezuela, se puede desde un punto de vista dogmático y comparado, que es positivo que el país para dar cumplimiento a su deber internacional de cooperar judicialmente en materia de relaciones jurídicas privadas y penales con elemento extranjero, cuente con "un sistema jurídico integrado por fuentes normativas convencionales y nacionales que" prevén la cooperación judicial internacional en "diversos ámbitos de aplicación" y "fases en que ella puede prestarse" (Rodríguez, 2012, Pág. 3). Aunque en materia penal, se requiere de una estructura normativa que responda mejor para hacer frente a la delincuencia trasnacional y transfronteriza.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional… ● Pág.: 617 – 655

CONCLUSIONES

El examen doctrinario y metodológico desde una perspectiva dogmática y comparada permite concluir que la cooperación judicial internacional es una modalidad de cooperación jurídica internacional, que consiste en una relación procesal que se da entre un Estado requirente y un Estado requerido, con el objeto de dar cumplimiento a los fines de la administración de justicia mediante la asistencia judicial recíproca, tanto en materia privada como penal.

Es innegable que el DIPr está determinado por las fuerzas internacionales que moldean la comunidad internacional en cada etapa histórica. Pero que especialmente como consecuencia de las fuerzas que estructuran y configuran el mundo contemporáneo, la dilución de las fronteras estatales aumentan todo tipo prácticas internacionales que generan como consecuencia, el aumento de las relaciones jurídicas privadas y delictivas que exigen una mayor cooperación judicial internacional. Y dentro de esta problemática mundial el desarrollo de la criminalidad transnacional y transfronteriza, aumenta por lógica los juicios que ponen a prueba las capacidades jurídicas de cualquier Estado para hacer cumplir efectivamente la justicia penal codificada en sus propios ordenamientos jurídicos positivos.

El examen de la codificación positiva del DIPr y por ende de la cooperación judicial internacional, es una cuestión tan compleja y difícil como la diversidad de países, tradiciones jurídicas, fuentes y número de legislaciones que interactúan en dicho proceso. Por lo cual, se observa que dentro del contexto jurídico mundial que define la cooperación judicial internacional se requiere de un enfoque doctrinario global capaz de explicarla en todas sus dimensiones como institución de derecho procesal internacional.

Dicho enfoque debe asumir la complejidad que surge como resultado de las distintas áreas jurídicas que se intersecan, las tradiciones y culturas legales que pretenden armonizarse, y la forma de superar la concepción estatal predominante de la jurisdicción, el derecho penal y la cooperación jurídica internacional. Codificación que por demás resulta compleja y difícil por tratarse de normas vinculantes emanadas de fuentes nacionales, bilaterales, sub-regionales, regionales, supranacionales y universales que deben ser sincronizadas cooperativamente para garantizar su eficacia.

Así, la codificación internacional e interamericana del DIPr se puede entender como parte de un proceso histórico y político orientado a la armonización de las fuentes nacionales, convencionales, y supranacionales delas que emanan las normas que regulan la cooperación judicial internacional.

Dentro de la complejidad normativa del tráfico jurídico interamericano actual, el examen del panorama contemporáneo de la codificación interamericana de la cooperación judicial internacional, arroja como resultado que la situación actual del derecho positivo interamericano y venezolano que regula esta institución procesal está determinada por un conjunto de normas emanadas de diversas fuentes nacionales, inter-estatales, sub-regionales, regionales, supranacionales y universales, que son el resultado de un proceso histórico de compilación para unificar, armonizar y coordinar el DIPr por parte de los países que integran el continente americano, y en especial por parte de los países latinoamericanos. Por lo cual, la armonía entre la codificación internacional y nacional que regula la cooperación judicial internacional en materia privada y penal se basa en la coordinación y sincronización de todas estas normas.

La relevancia de la cooperación judicial internacional en el mundo contemporáneo, se puede observar en la enorme importancia práctica que tiene como instrumento que impide la ruptura y fracaso de los juicios de delitos internacionales y transnacionales. Pero sobre todo en su progresiva codificación realizada con el propósito de evitar que los Estados en particular y la comunidad internacional en general, incurran en denegación de justicia por causa de las limitaciones que impone la soberanía nacional como fundamento de la jurisdicción, el derecho penal y las relaciones internacionales. En otras palabras, la cooperación judicial internacional evita que la soberanía nacional se convierta en una garantía de impunidad de los delitos internacionales, facilita la realización de los fines de la justicia estatal e internacionalmente consagrada, y provee de justicia a las víctimas de la criminalidad transnacional.

Una cuestión recurrente que se observa en el análisis doctrinario de la cooperación judicial internacional, es que las normas convencionales que la regulan no favorecen mucho la eficacia del procedimiento para lograr sus fines. Parece evidente que la interpretación y desglose del principio de soberanía estatal pesa demasiado a la hora de establecer las normas procesales para hacer

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional… ● Pág.: 617 – 655

más ágil la administración de justicia penal. Por lo cual, es obligatorio acotar que a pesar del largo periodo de codificación interamericana vigente que data desde el siglo XIX y venezolana, la cooperación judicial internacional sigue considerándose como cortesía internacional. Por tanto, la voluntad legislativa de los Estados sigue condicionando la cooperación judicial internacional para que cumpla sus funciones como institución coordinadora de las soberanías judiciales que se ven vinculadas por un juicio penal con elemento extranjero.

Hay mucho por investigar sobre cooperación judicial internacional sobre todo en materia penal. Desde el punto de vista de la codificación internacional y las legislaciones nacionales urge analizar y proponer leyes para regular la cooperación judicial internacional de modo subsidiario a los tratados internacionales.

Así, desde la perspectiva internacional se pueden mencionar temas como: los desafíos que representan los Estados con gobiernos que se ponen al margen del orden jurídico internacional para la cooperación judicial internacional en materia penal. Desde una perspectiva supranacional se puede mencionar temas como: los obstáculos que representan los gobiernos con control absoluto sobre el poder judicial para la cooperación judicial dentro de los proyectos de integración regional y sub-regional latinoamericanos. Desde una perspectiva universal se deben analizar la cooperación judicial internacional entre las administraciones de justicia nacionales y la Corte Penal Internacional.

Desde la perspectiva de la legislación venezolana se pueden mencionar como temas interesantes para posteriores investigaciones: la visión de la cooperación judicial internacional en materia penal en la jurisprudencia vinculante venezolana; el posible desfase entre la codificación y la práctica de la cooperación judicial internacional en materia penal; la eficiencia y el retardo procesal que se pueda estar presentando frente a las solicitudes de asistencia judicial internacional; la protección nacional (o mejor desprotección) de los venezolanos por denegación de justicia en el extranjero; las relaciones entre el Estado venezolano y la criminalidad transnacional y los desafíos que representan para la cooperación judicial internacional en la actualidad. Todas estas son situaciones que están determinadas por las actuales condiciones políticas y jurídicas en que se encuentra el Estado venezolano, y que impactan directamente la práctica de la cooperación judicial internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arbonés, M. (1992) Derecho Procesal Internacional Comparado. En "*Revista Notarial N° 1 (63).*" Córdoba, Argentina: Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-63-1992-05-Doctrina.pdf

Balestra, R. (1997) "*Derecho Internacional Privado. Parte Especial*." Buenos Aires: Abeledo-Perrot. http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Derecho%20Internacional%20Privado%20argentino%20-%20Parte%20Especial%20-%20Ricardo%20Balestra.pdf

Cárdenas, A. (2018) "*La Corte Penal Internacional y la Cooperación Actual con los Estados Partes*." Estado de la Situación de Chile. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://www.pgaction.org/pdf/activity/2018-oct-ascencio.pdf

Cardoza, A. (2008) "*Derecho Internacional Privado*." Universidad Centroamericana. http://repositorio.uca.edu.ni/3231/1/Derecho%20Internacional%20Privado.pdf

Clerc, C. (2013) El Derecho Internacional Privado y los Procesos Globalizadores, En "*Revista Prolegómenos. Derechos y Valores N° 16, 32.*" Págs. 15-30. http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v16n32/v16n32a02.pdf

Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (2003) "*Conferencias Interamericanas Sobre Derecho Internacional Privado: Informe y Conclusiones*." Departamento de Derecho Internacional. Subsecretaría de Asunto Jurídicos. http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/dip.asp

Fernández, D. (1999) "*Derecho Internacional Privado Interamericano: Evolución y Perspectivas*."http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVI_curso_derecho_internacional_1999_Diego_P_Fernandez_Arroyo.pdf

Fernández, J. (2000) *Orientaciones del Derecho Internacional Privado en el Umbral del Siglo XXI,* En "*Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado (9)*." Págs. 7-32. https://core.ac.uk/download/pdf/19711321.pdf

García, S. (2002) "*La Cooperación Internacional entre Autoridades en el Marco de la Protección del Menor en Derecho Internacional Privado Español (Tesis Doctoral)*." Recuperado de https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/405/13208299.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gatti, G. (2018) Proyecto de Ley de Cooperación Internacional, En "*Revista de Derecho 17 (34).*" Págs. 159-216. http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/420

Mansilla, M. (2015) Los Principios Jurídicos en la Cooperación Procesal Internacional. En: "*CARLOS ENRIQUE ODRIOZOLA MARISCAL Coordinador. Retos Actuales del Derecho Internacional Privado, Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado (Ciudad de México, 22-23 de Octubre de 2015).*" Págs. 13-30. Instituto de la Judicatura Federal. https://www.corteidh.or.cr/tablas/30824.pdf

Ministerio Público de la República Bolivariana de Venezuela (S/F) "*La Asistencia Mutua en Materia Penal en la Legislación Venezolana.*" http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_pre_con_CAI.pdf

Monroy, M. (2007) "*Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional.*" Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/ensayos-de-teoria-constitucional-y-derecho-internacional-9789588298399.pdf

Ochoa, M., Zapata, J. & Carrillo, P. (2019) La Elección del Derecho Aplicable en el Derecho Internacional Privado en Colombia, En "*Estudios Socio-Jurídicos, 21* (1)." Págs. 91-120. https://doi.org/10.12804/revistas.urorosario.edu.co/sociojuridicos/a.6784

Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2013) "*La Cooperación Internacional en Materia Penal Contra el Terrorismo. Currículo de Capacitación Jurídica en Materia de Lucha Contra el Terrorismo.*" Nueva York, Estados Unidos: Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module3/Module_3_-_International_cooperation_in_counter-terrorism_-_Spanish.pdf

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2021) "*Delincuencia Organizada Trasnacional: Acabemos con este Negocio.*" https://www.unodc.org/toc/es/facts/factsheets/index.html

Opertti, D. (1996) "*La Cooperación Judicial en el Derecho Internacional Privado.*" http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXIII_curso_derecho_internacional_1996_Didier_Opertti_Badan.pdf

Organización de Estados Americanos (S/F) "*Acuerdos suscritos y ratificados por el Estado Venezolano Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal.*"

https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/sp_ven-mla-other-agreements.pdf

Prado, V. (2002) La Cooperación Judicial Internacional en Materia Penal: el estatuto de Roma y la legislación nacional, "*Agenda Internacional 8* (16)." Págs. 137-158 http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7281

Orejudo, P. (2013) El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr, En "*Publicado en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, XIII, 2.*" Págs. 681-697. https://eprints.ucm.es/id/eprint/27862/1/DIPr%20Colombia.pdf

Red de Recuperación de Activos GAFILAT (RRAG) (2015) *Guía de Cooperación Judicial Internacional de Activos Ilícitos*. Bogotá, Colombia: ONU. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Enero/UNODC_Guia_C.I.R.A._RRAG_2015.pdf

Rodríguez, M. (2012) *La Tutela Efectiva y la Efectividad de la Cooperación Judicial Internacional (Tesis Doctoral)*. http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/4784/1/T026800008195-0-rodriguezmirian_finaldefensa-000.pdf

Sánchez, A. (1943) "*Derecho Internacional Privado.*" Habana Cultural S. A. La Habana, Cuba: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-448/A-01.pdf

Sáenz, J. (2016) "*Elementos de Derecho Internacional Privado.*" Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica. San José, Costa Rica. https://www.rree.go.cr

Stocco, R. (2003) Derecho Procesal Internacional: el Departamento de Cooperación Internacional de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (República de Argentina) como Factor Movilizador de la Asistencia Judicial Internacional, En "*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*." Págs. 247-254. Recuperado de www.revistas-colaboración.juridicas.unam.mx

Venezuela (1998) "*Ley de Derecho Internacional Privado.*" Congreso de la República. Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36.511 del 6 de Agosto de 1998. https://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/ley-de-derecho-internacional-privado-de-venezuela.pdf

Venezuela (2005a) "*Código Penal.*" Asamblea Nacional, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.763 del 16 de Marzo de 2005. http://virtual.urbe.edu/gacetas/05763.pdf

Venezuela (2005b) "*Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada*." Asamblea Nacional, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.789 del 26 de Octubre de 2005. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ven_anexo_32_sp.pdf

Venezuela (2005c) "*Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*." Asamblea Nacional, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.337 del 16 de Diciembre de 2005. https://www.imolin.org/doc/amlid/Venezuela/Venezuela_LEY_ORGANICA_CONTRA_EL_TRAFICO_ILICITO.pdf

Venezuela (2007) "*Ley Orgánica del Ministerio Público*." Asamblea Nacional. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.647 del 19 de marzo, 2007. http://escueladefiscales.mp.gob.ve/userfiles/file/Leyes/Ley%20Orgánica%20Del%20Ministerio%20Público.pdf

Venezuela (2012) "*Código Orgánico Procesal Penal*." Presidencia de la República, Decreto Nº 9.042, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.078. 15 de Junio de 2012. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_cod_org_proc_penal.pdf

Villalta, A. (2006) "*La Contribución de América al Derecho Internacional*." https://www.oas.org/dil/esp/59-94%20Villalta%20def.pdf

Villalta, A. (2013) "*La Cooperación Judicial Internacional*." Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XL_curso_derecho_internacional_2013_Ana_Elizabeth_Villalta_Vizcarra.pdf

Villalta, E. (2005). Reexamen de las convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado y la CIDIP-VII. Informes del Comité Jurídico Interamericano sobre las CIDIPs. http://eexamen_sobre_derechowww.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_r_int_privado_marzo2005.htm

Villalta, E. (2010) Conferencias Especializadas Interamericanas Sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). En "*Agenda Internacional*, XVII (28)." Págs. 217-233. http://revistas.pucp.edu.peu

DERECHO DE SUPRESIÓN DE DATOS ("DERECHO AL OLVIDO"): ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE EXPLICAN LOS FUNDAMENTOS DEL RECONOCIMIENTO DE ESTE NUEVO DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

RIGHT TO ERASURE ("RIGHT TO BE FORGOTTEN"): JURISPRUDENTIAL BACKGROUND THAT EXPLAIN THE GROUNDS FOR THE RECOGNITION OF THIS NEW RIGHT IN THE LEGAL SYSTEM OF THE EUROPEAN UNION

MARYORI MOLINA LUNA[1] JOHANN BENFELD ESCOBAR[2]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.09

Fecha de Recepción: 15 de febrero de 2022 **Fecha de Aprobación:** 12 de mayo de 2022

RESUMEN

Este artículo tiene por finalidad identificar y estudiar los antecedentes jurisprudenciales que sentaron el punto de partida para el reconocimiento y configuración jurídica del derecho de supresión dentro del sistema jurídico comunitario europeo, entendido anteriormente como derecho al olvido. En tal sentido, se presentan diversas decisiones judiciales conocidas en los sistemas jurídicos de Estados Unidos, Francia, Italia, Alemania y en la Unión Europea, en las cuales se planteó el resguardo de los derechos a la privacidad, protección de datos, autodeterminación informativa, entre otros, por medio de la implementación del olvido como un mecanismo de resarcimiento. Así, empleando un enfoque metodológico jurídico, histórico y descriptivo, en esta investigación se vislumbra cómo en el marco de la protección de derechos personalísimos en el pasado predigital, se gestó un nuevo derecho de trascendental importancia en la era digital.

Palabras Clave: Derecho de supresión, derecho al olvido, protección de datos, privacidad, Derecho europeo.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to identify and study the jurisprudential antecedents that laid the starting point for the recognition and legal configuration of the right to erasure within the European Community legal system, previously understood as the right to be forgotten. In this sense, various known judicial decisions are presented in the legal systems of the United States, France, Italy, Germany and the European Union, in which the protection of the rights to privacy, data protection, informational self-determination, was raised. among others, through the implementation of forgetting as a redress mechanism. Thus, using a legal, historical and descriptive methodological approach, in this research we glimpse how within the framework of the protection of highly personal rights in the predigital past, a new right of transcendental importance in the digital age was created.

[1] Doctorando del Programa Doctoral en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magister Scientiae en Ciencias Políticas, Abogado y Politólogo, ULA – Venezuela. Profesora del Departamento de Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, ULA, Venezuela. **Correo Electrónico**: maryori.molina.l@mail.pucv.cl. Código Orcid: 0000-0002-4371-0518.

[2] Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía y Teoría del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Dirección postal: Avenida Brasil No 2950, Valparaíso. **Correo electrónico**: johann.benfeld@pucv.cl. Código Orcid: 0000-0001-6109-3878.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

Keywords: Right to erasure, right to be forgotten, data protection, privacy, European law.

INTRODUCCIÓN

Los vínculos que el ser humano ha tenido con el pasado se han basado, principalmente, en la forma en que la sociedad entiende y practica el binomio olvido/memoria. Por ello, a lo largo de la historia esta diada ha generado importantes controversias y ha sido abordada en función de diversos intereses y objetivos. Actualmente, gracias a la revolución tecnológica digital, se está en un momento histórico en el que la simbiosis memoria y olvido está en plena metamorfosis y requiere de la revisión o construcción de paradigmas, que se centren en el análisis de dichas figuras tan elementales para los individuos y la sociedad. Sobre todo, si se tiene presente que, en este contexto existe un alto nivel de vulnerabilidad jurídica de derechos personalísimos como la privacidad, protección de datos, autodeterminación informativa, honor y propia imagen, entre otros.

En tal sentido, cada vez más son las iniciativas jurídicas que surgen con la intención de regular los derechos digitales de las personas en el entorno virtual. Una importante evidencia de esto lo representa el Reglamento General de Protección de Datos (en lo sucesivo RGPD), aprobado en 2016 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —conocido como Tribunal de Luxemburgo, por tener su ubicación en este país europeo—, que en su art. 17 reconoce como "[d]erecho de supresión" al denominado derecho al olvido digital.

Ahora, si bien este nuevo derecho ha llegado para establecerse como un mecanismo de resguardo de derechos personalísimos, como los descritos anteriormente, en el entorno digital, también es cierto que el mismo responde a una evolución que encuentra sus raíces décadas, incluso, siglos atrás.

En tal sentido, con este trabajo se pretende, en primer lugar, identificar las decisiones judiciales que representan los primeros antecedentes del derecho de supresión, reconocido anteriormente como derecho al olvido. En segundo orden, junto a dicha determinación, se contextualizará y explicará el fundamento de cada caso y la motivación de la decisión judicial que resultó del mismo, tomando en cuenta, particularmente, el derecho o derechos en resguardo y la forma en que se concedió —o no— la aplicación del derecho al olvido.

En tercer lugar, se ofrecerán algunas reflexiones sobre el derecho de supresión, reconocido como tal por el sistema jurídico comunitario europeo en el RGPD. De igual modo, se disertará sobre cómo los antecedentes jurisprudenciales establecidos han labrado el camino jurídico a lo largo del siglo XX y en el XXI, para el reconocimiento de este nuevo derecho dentro de la revolución tecnológica digital.

DESARROLLO

1_. Derecho de Supresión ("derecho al olvido").

El derecho de supresión, o derecho al olvido como se le reconoce en la opinión pública y en el periodismo internacional, se instituye como derecho humano con rango fundamental dentro del sistema jurídico europeo en 2016 con la aprobación del RGPD. No obstante, su origen es más bien jurisprudencial.

En efecto, en el ámbito jurisprudencial europeo la idea ya había sido discutida a propósito de la decisión de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el "caso Mario Costeja – Agencia Española de Protección de datos vs. *Google Spain - Google Inc*." del 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12).

El fondo de esta decisión del Tribunal de Justicia fue sustentado con fundamento en la ya derogada Directiva 95/46 (1995) que, según lo disponía en su art. 1, tenía por objeto la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que implicara al tratamiento de los datos personales y a la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de estos datos (Parlamento Europeo, 1995).

Además, en ese mismo orden, el Tribunal de Justicia sobre el alcance del derecho de cancelación o de oposición respecto al derecho al olvido se planteó una importante interrogante que abrió la puerta para la ineludible concertación jurídica sobre un mecanismo expreso que protegiera los derechos fundamentales de los ciudadanos en el entorno digital. A saber, dicha pregunta fue:

> ¿debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, regulados en el art. 12.b) y el de oposición, regulado en el art. 14.a) de la [Directiva 95/46] comprenden que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona, publicada en páginas *web* de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarle

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

> o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros? (Asunto C-131/12, 2014).

Así, lo anterior propició que en 2016 con la aprobación del RGPD se reconociera en el art. 17 el derecho de supresión. En concreto, siguiendo lo establecido en dicho artículo, este consiste en la posibilidad de solicitar al responsable del tratamiento de los datos personales la supresión en los motores de búsqueda de internet los datos que le conciernen cuando estos, ya no son necesarios respecto a los fines para los cuales fueron recogidos o tratados con fines distintos; cuando el interesado se retracta del consentimiento otorgado en que se basa el tratamiento de esos datos; cuando el interesado se oponga al tratamiento de datos; cuando los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; cuando los datos deban suprimirse por disposición del derecho comunitario europeo; o cuando el tratante de los datos los haya hecho públicos y por ley esté obligado a suprimirlos.

Con ello, se dio inicio a una trascendental etapa que, parece ser, está empezando a dar respuestas —aunque no tan contundentes como debieran ser— dirigidas a la garantía y protección de los derechos personalísimos en el entorno digital. Además, esto abrió un nuevo escenario de debates, análisis, comprensión e interpretación desde la Filosofía Jurídica, el Derecho y muchas otras ciencias sociales, sobre el valor y sentido que la memoria/olvido tienen para la sociedad y el individuo, así como todo aquello que puede llegar a hacerse —o no—, con los datos personales en el entorno digital. Sobre todo, en el contexto de una era de tecnología digital que ha encontrado en la economía de los datos o lo que Harari considera como *dataísmo* —la nueva ideología/religión del siglo XXI— (2017: 390), un aliado indivisible que, a su vez, es el motor que impulsa, mueve y dinamiza dicho sistema.

De este modo, el derecho de supresión ha pasado a ser uno de los derechos más controvertidos entre todos los contemplados en el RGPD.

La Agencia Española de Protección de Datos (en lo sucesivo AEPD) establece en su página *web* que, en *stricto sensu* el derecho de supresión es "el derecho a solicitar, bajo ciertas condiciones, que los enlaces a tus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en internet realizada por tu nombre" (2021: s/p). Ahora, *lato sensu* sobre el derecho *sub examine* la AEPD indica que:

> Es la manifestación del derecho de supresión aplicado a los buscadores de internet. El derecho de supresión ('derecho al olvido') hace referencia al derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. En concreto, incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima (en el caso de boletines oficiales o informaciones amparadas por las libertades de expresión o de información) (*ibid*).

Igualmente, en el art. 93.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales del Reino de España (en lo sucesivo LOPDGDD), se regula sobre el derecho de supresión, estableciendo que:

> "[t]oda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. Del mismo modo, deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet. Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procedieses por la misma a su borrado previo o simultaneo (2018).

En esa misma línea, según se recoge en la sentencia emitida por el Tribunal Supremo español, con ponencia del Magistrado José Manuel Bandres Sánchez, referida a un caso de recurso de casación (2019), concerniente a la aplicación del derecho de supresión, este es entendido como un derecho fundamental y además se asume que el mismo:

> [N]o es un derecho ilimitado —sostiene la doctrina constitucional—, porque, aunque la Constitución no establece expresamente límites específicos, con base en el principio de unidad de la Constitución, resultan aplicables los límites derivados del respeto a otros

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

> derechos fundamentales, entre los que tiene especial relevancia la libertad de información que proclama el art. 20 de la Constitución"[3].

En consecuencia, según se insta en la citada sentencia del Supremo español, los Tribunales de Justicia en todo el Reino, deben establecer un sistema de ponderación a cada caso en concreto, como el mecanismo idóneo para resolver concurrencias jurídicas y con el cual se logrará dirimir los conflictos entre el derecho personal demandado y la libertad de información.

Por otro lado, siguiendo a Pérez de Acha, el derecho de supresión puede ser entendido desde tres puntos de vista. En primer lugar, como un término ficticio cuyo núcleo es acceder, rectificar y cancelar nuestros datos personales contenidos en bases ajenas. En segundo lugar, se refiere a las obligaciones especiales de eliminaciones de datos financieros y penales después de cierto tiempo. En tercer lugar, supone la desindexación de información en buscadores, es decir, que no se elimine la información, sino que simplemente deje de aparecer en el buscador (2015: párr. 3).

Parafraseando a Anguita Ramírez, el derecho de supresión puede entenderse como la facultad que tienen los titulares de los datos personales para solicitar la eliminación de informaciones que circulan en internet —página *web*, blog, buscador, etc.—, y que signifiquen para este desagrado, injurias, calumnias, o sean inexactos, inadecuados, excesivos o impertinentes (2007: 21).

Por su parte, en el portal *web* educativo sobre tecnología digital Edu.car del Ministerio de Educación de la República de Argentina se indica que:

> No hay que confundir el derecho al olvido y el derecho a la privacidad. Este último se refiere a una información que nunca se ha dado a conocer públicamente, mientras que el derecho al olvido (desvinculación) habla de información que alguna vez fue pública y que, ahora, no debería poder recuperarse mediante rastreo" (2016: párr. 2).

---

[3] *Grosso modo*, esta sentencia refiere al recurso de casación interpuesto por María de Gracia López, en representación de *Google Llc*, en contra de la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (18-07-2017), que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la referida sociedad contra la resolución del Director General de la AEPD (14-04-2015), que desestimó el recurso de reposición planteado contra la resolución de 2 de julio de 2015. *Cfr*. TRIBUNAL SUPREMO - SALA TERCERA DEL REINO DE ESPAÑA, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, *Recurso de Casación n. 5579/2017*, Ponente: Excmo. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, (11 de enero de 2019).

Jorge Isaac Torres (2018), considera que:

> El derecho fundamental al olvido es un nuevo derecho que surge como resultante negativo del desarrollo de la tecnología. Así, el derecho al olvido se encuentra orientado a impedir y contrarrestar los perjuicios que genera la no poca y dañina información personal publicada en la red. Pág. 167.

Cecile Terwangne (2016), afirma que:

> La privacidad en Internet subyace a la cuestión del derecho a ser olvidado y que esta privacidad se refiere a la autonomía individual, la capacidad de elegir, de tomar decisiones informadas, en otras palabras, a mantener el control sobre diferentes aspectos de nuestra propia vida. Pág. 53.

Francisco Leturia, ha considerado que el derecho al olvido es "el fundamento jurídico que permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios" (2016: 91).

Además, Leturia afirma que si bien el derecho a la identidad constituye un origen jurídico importante que identifica el nacimiento del derecho al olvido digital, igualmente, no puede dejarse de lado, que el derecho a la protección de datos es un antecedente jurídico que siempre estará de la mano a este nuevo derecho.

Con todo ello, se evidencia que el derecho de supresión comparte un ADN jurídico, en mayor o menor medida, particularmente con los derechos a la privacidad, a la intimidad, a la identidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la protección de datos personales, a la autodeterminación informativa, al honor y a la propia imagen.

Así, teniendo presente las definiciones anteriormente descritas, para el abordaje de esta investigación, el derecho de supresión será entendido como el mecanismo que toda persona puede ejercer, cumpliendo determinados requerimientos, para que dentro del entorno digital se desvincule su identidad y datos personales —identificación personal, textos, documentos oficiales, opiniones, imágenes, o cualquier otro que, le vincule a su identidad y describan acciones o comportamientos pasados— de los enlaces, links o lista de resultados derivada por el motor de búsqueda, respecto de aquella información que ha

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

vulnerado, en mayor o menor proporción, sus derechos a la privacidad, a la intimidad, a la identidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad, al honor y a la propia imagen, a la protección de los datos personales, y a la autodeterminación informativa del afectado. En tanto que, la existencia pública de la misma en el ciberespacio limita o coarta las posibilidades de llevar una vida sin señalamientos o estigmatizaciones que, adicionalmente, pueden desencadenar transgresiones a otros derechos, *v.gr.*, derecho a no ser discriminado, derecho a la reputación y buena imagen, derecho al trabajo, derecho a la igualdad, etc.

2_. Antecedentes Jurisprudenciales e Históricos del Derecho de Supresión de Datos.

Los orígenes del derecho de supresión son anteriores a la revolución tecnológica digital. En concreto, sus inicios se remontan a finales del siglo XIX. Particularmente, en los tribunales de Francia y de Estados Unidos (en lo sucesivo EE.UU.).

Aunque, el sentido que se da inicialmente al derecho al olvido en ambos países, difiere jurídicamente, eso no afectó para que en estos dos sistemas se erigiera en sus estructuras jurídicas —aunque en sentidos distintos— el derecho *sub examine*, o al menos sus antecedentes.

En ambas realidades jurídicas se evidencia un hecho en común, el resguardo de los derechos personales de personas privadas que, por diversas circunstancias, se han convertido en personajes públicos; razón que ha determinado la necesidad de solicitar que las informaciones por las cuales pasaron a ser conocidos, y que, por puntuales razones, vulneran derechos asociados a su dignidad humana, sean eliminadas o desaparezcan del dominio y conocimiento de la opinión pública, bajo la lógica argumentativa de la irrelevancia derivada por el transcurso del tiempo.

Ahora bien, el derecho al olvido —actualmente, reconocido en el sistema jurídico europeo como derecho de supresión— en sentido jurídico y tecnológico, constituye el resultado de más de doce años de trabajo de diversas instituciones europeas.

Este proceso empezó a encaminarse a partir de la Directiva de Protección de Datos (1995), pasando por gestiones legislativas emprendidas desde 2012 por

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Grupo de Trabajo de Protección de Datos, entre otros, que generaron la proclamación del RGPD, en el cual se reconoció como derecho humano con rango constitucional común europeo, al derecho de supresión de datos en motores de búsqueda de internet en Europa. Tal y como se desprende de los considerandos 2, 4, 47, 52, 53, 55, 102, 104, 113, 114, 153, y de los arts. 9.2 (b), 9.2 (g), 9.2 (j), 45.2 (a) y 88 del RGPD.

En ese orden, como se indicó anteriormente, el derecho al olvido digital (supresión) surge, propiamente tal, a propósito del "caso Mario Costeja -AEPD v. *Google* INC.". No obstante, antes de pasar a explicar el caso en estudio, es pertinente abordar causas previas que fueron resueltas en este ámbito, dentro del territorio europeo y en otros sistemas jurídicos, y que, en definitiva contribuyeron al reconocimiento actual del derecho de supresión en el RGPD.

2.1_. *Antecedentes del derecho de supresión de datos personales en motores de búsqueda de internet*:

Con la publicación en Harvard Law Review (1890) del artículo *The Right to Privacy*, escrito por Samuel Dennis Warren (1852-1910) y Louis Brandeis Dembitz (1856-1941), comienza a moldearse el concepto de *privacy* (privacidad) —que con el pasar del tiempo acabaría tomando la forma del derecho a la privacidad tal como se entiende actualmente—. A partir de esto, en el transcurso de las dos primeras décadas del siglo XX, en EE.UU. comenzó a estructurarse una opinión favorable a la protección de la de la propia imagen, el honor, la reputación y los datos, que derivó en la posterior configuración del derecho a la privacidad y, con el pasar del tiempo, como se ha indicado, en la estructuración del derecho al olvido.

Es precisamente en EE.UU., donde se registra uno de los primeros casos sobre el derecho al olvido, previo a la revolución tecnológica digital, el caso "Melvin v. Adela Rogers St. Johns - Walter Lang - Dorothy Arzner" conocido por el Tribunal Superior del Condado de Los Ángeles y cuya sentencia fue emitida el 28 de febrero de 1931.

Grosso modo, el caso citado consistió en la apelación incoada por una exprostituta de nombre Gabrielle Darley —que cayó en una red proxeneta y fue coaccionada desde la adolescencia a prostituirse—, quien fue procesada por homicidio, pero resultó absuelta en el juicio en 1918. Luego, en 1919 tras abandonar el oficio de la prostitución contrajo matrimonio con Bernard Melvin,

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

con quien se dedicó a formar su hogar y su familia. A partir de allí, según se indica en la sentencia, Gabrielle Melvin —luego de usar su apellido de casada— vivió una vida ejemplar, virtuosa, honorable, recta y vivió su vida como una ama de casa común y corriente. Como era lógico, como todo matrimonio desenvolvieron sus vidas a nivel familiar y construyeron su círculo de amistades íntimas y cercanas, quienes desconocían del pasado de la requirente. Fue hasta el mes de julio de 1925 que se estrena la película "el kimono rojo" bajo la dirección del director de cine mudo Walter Lang.

La historia de dicha película consistió en la vida de Gabrielle Darley y en el caso por homicidio por el cual fue procesada y absuelta. Los productores de la película sin el consentimiento, ni el conocimiento de la querellante filmaron, produjeron, estrenaron y exhibieron la película en diversas casas de cine en California, Arizona y otros estados de los EE.UU. Además, usaron el nombre de soltera de Gabrielle Darley para dar nombre a la protagonista del filme. En tal sentido, progresivamente los amigos y familiares de Gabrielle Melvin empezaron a enterarse de los acontecimientos de la vida pasada de Gabrielle y que ella, con justa razón, decidió obviarlos de su vida y dejarlos atrás, para empezar una nueva vida.

Evidentemente, todo ello desencadenó que fuera sometida a la deshonra, al escarnio y desprecio público, que le ocasionó un severo impacto mental, emocional y familiar, razón por la cual estaba exigiendo una indemnización por $50.000.

Como respuesta, el magistrado Clair S. Tappaan, explicó en la sentencia que en este asunto Melvin pidió legítimamente que se le respetara su derecho a la privacidad y su derecho a perseguir la felicidad —derecho contemplado en la sección 1 de la Constitución del Estado de California[4]—, por lo cual el magistrado Tappaan consideró que el uso del verdadero nombre de la recurrente en relación con los incidentes de su vida anterior en la trama y los hechos narrados fueron innecesarios, además de que evidenciaron el desprecio deliberado y lascivo de esa caridad, que debería impulsar en las relaciones sociales, que debería impedir señalar innecesariamente a otra persona.

[4] *Section 1. All people are by nature free and independent and have inalienable rights. Among these are enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing, and protecting property, and pursuing and obtaining safety, happiness, and privacy.* STATE OF CALIFORNIA, *California Constitution*, en *California legislative information*, 1849 (con enmiendas de 1879).

Igualmente, el magistrado consideró que los hechos, en efecto, habían producido una violación a la privacidad de Melvin, y que tanto ella, como todas las personas deben tener derecho a olvidar y a ser perdonadas. Por lo que, declaró con lugar el pago de la indemnización por 50000 dólares exigida por la requirente —un equivalente a casi medio millón de dólares en la actualidad—.

De ese modo, este fallo se convirtió punto de inflexión en materia de derechos a la privacidad de los datos personales, al honor, a la reputación y a la propia imagen; y pasó a considerarse como el reconocimiento jurisprudencial más importante para la época, sobre el derecho al olvido. Entendido este último por el magistrado Tappaan, como el derecho a tener una segunda oportunidad, en donde se puedan olvidar los hechos del pasado cuando han causado sufrimiento a quien desea olvidar, y que ya no tiene relevancia para la opinión pública del presente. Además, el fallo en cuestión evidenció cuán difícil es, en determinados casos, guardar un sano equilibrio entre los derechos de la personalidad y el derecho a la información.

Pero, treinta siete años después este criterio jurisprudencial sufre un revés con el "caso *Time* INC. v. Hill" (1967), un asunto de la Corte Suprema de los EE.UU. que involucró hechos asociados a la privacidad en contrapeso con la libertad de expresión consagrada como una máxima del sistema constitucional federal estadounidense en la Primera Enmienda de la Constitución.

Con este caso, se comenzó a hablar de personajes públicos involuntarios. El asunto en cuestión consistió en la reclamación hecha por la James Hill y su familia —esposa y 5 hijos—, quienes fueron tomados como rehenes por 19 horas en 1952 por 3 criminales convictos fugitivos, en su residencia en Whitemarsh Township, Pennsylvania. El caso tuvo una cobertura mediática muy grande, y luego de la detención de los tres criminales, la familia quedó sometida a una situación a acoso y persecución de los medios. Razón, que les obligó a tomar la decisión de mudarse a Connecticut, con la intención de logar recuperar su estilo de vida en el anonimato, fuera del foco de atención de los medios y de la opinión pública.

Sin embargo, contrario a sus deseos familiares de recuperar el anonimato y sin su consentimiento, en 1953 el dramaturgo Joseph Hayes (1918-2006) publicó una novela titulada "*the desperate hours*" (las horas desesperadas), que narró toda la situación vivida por la familia Hill y se convirtió en una de las novelas más

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

vendidas para la época. Producto de ese éxito en 1954 la obra fue llevada a una producción teatral de Broadway con el mismo título "*the desperate hours*". Con la salvedad de que en el escenario hubo un cambio en la historia y la familia protagonista de la obra estaba siendo víctima de amenazas de abuso sexual y otros actos violentos.

La obra teatral fue un rotundo éxito y por esta razón la revista *Life* —una revista que fue parte del grupo de revistas *Time*, cuando en 1936 fue comprada por el editor de *Time* Henry Luce (1898-1967—, publicó un artículo sobre el éxito de dicha obra, y junto al reportaje se publicaron fotografías de los actores de la obra en la fachada de la antigua residencia de la familia Hill. Prácticamente, fue una recreación de la terrible experiencia vivida por la familia. Como consecuencia de ello, la Sra. Hill experimentó un colapso mental luego de enterarse de la existencia del artículo y de la forma en que fue planteado, lo que conllevó a que James Hill se querellara en contra del grupo editorial *Time*, pues en ningún momento se comunicaron con ellos ni para verificar la información, ni para solicitar su autorización.

El caso llegó al conocimiento de la Corte Suprema, en donde se entendió que atendiendo a las implicaciones del interés público y noticioso del caso, no existía violación a la privacidad de la familia Hill, estableciendo de este modo, el criterio jurisprudencial de la figura pública involuntaria producto del hecho noticioso.

Además, en la sentencia en comento, la Corte Suprema fundó un nuevo principio constitucional sobre la preeminencia de la libertad de expresión respecto del derecho a la privacidad, al expresar que la Primera Enmienda de la Constitución, ya no era de exclusiva aplicación para proteger la opinión política, sobre los asuntos de Estado, o del sentido de lo público, sino que, se extendía a los hechos noticiosos.

Sobre esto, Covarrubias afirma que "[c]on este avance en perjuicio de la intimidad, el Tribunal otorga escudo constitucional a la prensa para reportear la vida de personas privadas involucradas involuntariamente en hechos noticiosos" (2013: 270).

Posteriormente, este criterio jurisprudencial fue aplicado y asentido en otros casos. Destacando entre ellos el "caso Briscoe v. *reader's Digest Assoc*." (Corte Suprema, 1971), en el que se agrega otro fundamento jurisprudencial que

marcó la pauta para casos subsiguientes. En el fallo referido a este asunto, el máximo tribunal estadounidense determinó que un personaje que se hace famoso producto de un hecho noticioso no vuelve a convertirse en una persona privada por el solo hecho del paso del tiempo. Es decir, según lo fundamentado por la Corte Suprema en esta causa, luego de que una persona se ha convertido en un personaje público, nunca más vuelve a recuperar, propiamente tal, su vida privada.

Por otro lado, en Europa también se hizo lo propio y se contribuyó en gran medida con la configuración inicial del derecho al olvido, como preámbulo del derecho de supresión de datos en tiempos actuales. Particularmente, el derecho francés fue el que más incidencia tuvo, pues entre los años 60 y 80 los tribunales franceses conocieron y dictaron fallos sobre asuntos jurídicos que versaron en el marco del derecho al olvido previa la revolución tecnológica digital.

En tal sentido, diversos autores coinciden en ubicar el origen de la terminología derecho al olvido digital en el concepto francés *droit à l'oubli* (derecho al olvido), íntimamente ligado a la garantía jurídica del derecho al honor y a la reputación. De hecho, según Jeffrey Rossen, aparentemente la expresión *right to be forgotten*, propia del *common law*, se deriva del francés *droit à l'oubli* (2012: 88).

En ese orden, una parte de la doctrina considera, que la idea del derecho al olvido tiene su origen en la regulación penal francesa, específicamente en el art. 7 del Código de Procedimiento Penal (1958, modificado en 1971), en donde se codificó el borrado de antecedentes penales, bajo la figura de *le droit à l'oubli*, cuya traducción literal al castellano es derecho al olvido, otorgando la posibilidad de que los hechos concernientes a la condena y encarcelamiento del procesado sean borrados.

Otros autores, indican que el concepto aparece gracias al catedrático Gerard Lyon-Caen, tras hacer un análisis de la sentencia del tribunal de Gran Instancia de la Seine (4/10/1965) —la cual será abordada más adelante— y es quien emplea la frase *droit à l'oubli* para explicar dicha sentencia y el sentido que en el fallo se le dio a la figura de la *prescription du silence* (prescripción del silencio) (1965: 14482).

Pero, independientemente de quién fue el primero o cuándo fue el momento en que se empleó la terminología, lo realmente importante es que fue

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

en el derecho francés en donde se estructuró la génesis del derecho al olvido previo a la revolución tecnológico digital. Sin perjuicio de otros importantes aportes evidenciados en otros países de Europa y en Estados Unidos.

Inicialmente, este derecho de *prescription du silence* (prescripción del silencio) y del cual se deriva *le droit à l'oubli* (derecho al olvido) se invocaba dentro del sistema jurídico francés, principalmente, en tres situaciones jurídicas. En primer lugar, en causas penales, luego de que los procesados habían cumplido su condena, para que se les limpiara su pasado criminal de su expediente personal con el fin de lograr su rehabilitación y reinserción en la sociedad. En segundo lugar, como mecanismo de amnistía o prescripción. Y, en tercer lugar, como una herramienta que permitía a las personas tener segundas oportunidades sin lastrar un pasado ominoso, y emprender una nueva vida con una segunda oportunidad para hacer mejor las cosas.

En ese orden, dentro del sistema jurídico francés destacan varios casos judiciales que se han resuelto bajo la lógica de los escenarios planteados. En primer lugar, el "caso Fernande Segret" (Corte de Casación en lo Civil, 1965), de la actriz francesa Fernande Segret, ex amante del asesino en serie Henri Landru, quien solicitó que se borrara su mención en la película "Landru" (1963), dirigida por Claude Chabrol y basada en la historia real de Henri Dèsirè Landru —un asesino en serie de mujeres acaudaladas durante la I Guerra Mundial (1914-1919), también conocido como el "barba azul de Gambais", haciendo alusión a su barba de color oscuro—.

Landru, fue descubierto y detenido en 1919, en 1921 fue sentenciado con la pena capital —por el homicidio comprobado y confeso de 10 mujeres, pero se estima que fue más de un centenar de féminas las que asesinó—, y el 25 de febrero de 1922 fue guillotinado en la cárcel de Versalles.

En ese orden, Fernande Segret, quien fue una de sus víctimas y sobrevivió al ataque criminal de Landru, fue incluida en la película, por lo cual, demandó al productor y al director del filme, alegando haber recreado visualmente un evento bastante doloroso en su vida personal, que deseaba olvidar y dejar en el pasado. En consecuencia, solicitó una indemnización con fundamento en la *prescription des faits qui ne sont plus d'actualité* (prescripción de hechos que ya no son relevantes).

En respuesta, el tribunal desestimó en parte el requerimiento, pues, por un lado, rechazó la solicitud de protección bajo el fundamento de la prescripción de hechos, que ya no son relevantes, ya que, años atrás Segret había publicado sus propias memorias, y en estas ventiló esos hechos de su vida privada. Aunado a ello, el tribunal consideró, que esos mismos sucesos estaban contemplados en los documentos judiciales del expediente del caso, cuyo acceso era público, por tanto, respondía a un hecho de innegable interés público. Por esa razón, desechó la posibilidad de reconocimiento de algún tipo de indemnización.

Pero, por otro lado, en la misma sentencia el tribunal explica, que aun cuando lo anterior sucedió de esa forma, eso no debe impedir que las personas tengan la posibilidad del derecho a una segunda oportunidad. Al contrario, esto será posible siempre y cuando determinados criterios ponderativos se cumplan, sobre todo cuando se trata de momentos muy dolorosos que desean ser olvidados. Sin embargo, como en el caso bajo estudio, fue la propia demandante la que inicialmente hizo pública esa parte de su vida privada con la publicación de su autobiografía, no se pudo aplicar este criterio en el fondo de la respuesta judicial.

Pese a ello, con este análisis jurídico establecido en la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Sena, del 4 de octubre de 1965 se marcó el inicio de la idea del derecho al olvido como una posibilidad de los ciudadanos a tener una segunda oportunidad (Boizard, 2016: 619).

En segundo lugar, se ubica el caso de la examante del famoso delincuente francés Jacques Mesrine, quien solicitó que su nombre fuera borrado de la autobiografía de Mesrine, "Instinto Asesino" (1978), alegando que dicha información afectaba la tranquilidad y reinserción social que hasta el momento había logrado. En tal sentido, la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, del 6 de diciembre de 1979 (Moreno, 2019: 559), estableció el criterio de análisis planteado en la sentencia del "Caso Landru", el principio jurisprudencial de preponderancia del derecho a una segunda oportunidad que deberían tener todos los ciudadanos.

En tercer lugar, se encuentra el caso del cantante francés Jean Ferrat (Corte de Apelaciones de París, 1979), quien solicitó protección judicial ante las autoridades francesas, luego de que la prensa revelara su nombre de pila y domicilio sin su consentimiento. En esta causa, coincidiendo con los

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

fundamentos jurisprudenciales de los asuntos anteriores, el fallo otorgó mayor valor ponderativo al derecho personal que al derecho al acceso a la información o a la libertad de expresión. Sin embargo, en este caso en concreto fueron dos los derechos personales tutelados, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de los datos personales tanto a nivel individual, como a nivel familiar y en el hogar.

En cuarto lugar, se ubica el "caso Madame Filipacchi v. *Cogedipresse* de 1983" (Casino, 2020: 232). Este caso tiene su origen en la publicación de un artículo periodístico en la revista París Match, sobre una información en el que se contaba cómo Madame Filipacchi había asesinado a la esposa e hijo de su amante. Dicha noticia fue publicada junto a la fotografía de Filipachi y fue ubicada en el área de delincuentes, según la estructura editorial de la revista, obviamente sin el consentimiento de la demandante. Por ello, Filipacchi demandó a la revista París Match argumentando que se estaba lesionando su derecho a la privacidad y a la protección de datos personales.

El tribunal en respuesta a la solicitud rechazó la concesión del carácter difamatorio de la información, puesto que, la misma respondía a un hecho real y verás. No obstante, acogió con lugar el requerimiento de violación al derecho a tener una segunda oportunidad, fundamentando su decisión en el hecho de la antigüedad de la comisión del crimen, pues habían transcurrido más de 10 años desde el momento en que cometió el crimen y en virtud del art. 35 (literales b y c) de la Ley de 29 de julio de 1881 —referida a la libertad de prensa y a la excepción de la verdad como forma de oposición en los casos de difamación o por el paso del tiempo—, concluyó que era procedente el principio de la excepción a la verdad en el caso.

Además, el tribunal resolvió que la publicación de la imagen de la demandante representó un hecho de mala fe, fue totalmente innecesario, y vulneró el derecho al honor y a la identidad de Filipacchi. En tal sentido, en el fallo se establece que el derecho al olvido puede ser invocado por aquellas personas que han estado involucrados en hechos de trascendencia pública, pero que por el transcurso del tiempo han perdido publicidad y notoriedad. Además, debe ser visto como un mecanismo de reinserción cuando se ha pagado la deuda con la sociedad.

Por todo ello, el tribunal estableció el pago de 40.000 francos como indemnización, tras haberse vulnerado los derechos a la imagen, al honor, a la privacidad y a la identidad.

Al respecto, Raymond Lindon, comentando la sentencia en cuestión afirmó que la misma revivió la discusión sobre el derecho al olvido, que apareció con el "caso Landru". Por su parte, Letteron consideró, que el fallo analizado reconoció que todos los involucrados en un evento público en el pasado distante pueden reclamar, con el pasar del tiempo, el derecho al olvido, y así evitar, las ofensas o vulneraciones a la sensibilidad de la dignidad humana. Por ello, el autor consideró que el derecho al olvido debe tener siempre un nivel de preponderancia ante otros derechos, incluidos los referidos a la libertad de acceso a la información, debe ser gozado por todos en condición de igualdad, incluso los convictos que hayan saldado su deuda con la sociedad y que buscan la reinserción luego de haberse rehabilitado (1996: 387).

En quinto lugar, el caso del médico que, durante su juventud, robó un banco y la información sobre el hecho apareció como parte de las preguntas del juego de mesa "trivia". En tal sentido, en 1987 fundamentando la tutela de sus derechos a la protección de datos, a la protección de la imagen y a tener una segunda oportunidad, el médico en cuestión solicitó ante el Tribunal de Gran Instancia en su Sala Primera de París, que la pregunta referente al hecho delictivo que cometió en el pasado, del cual se sentía avergonzado y ya había cumplido la debida condena. En respuesta, la justicia francesa dio a lugar la petición, prohibió su venta y ordenó su retiro del mercado, hasta tanto no eliminaran la pregunta en cuestión, fundamentando la decisión en el hecho de que la misma no respondía a un evento noticioso vigente, y, ya no había interés social por el hecho en cuestión (Tribunal de Gran Instancia en su Sala Primera de París, 1987).

En sexto lugar, la Sala civil de la Corte de Casación francesa el 3 de junio de 2004, anuló una sentencia en la que se sustentaba que la información publicada en un largometraje, sobre hechos asociados a un accidente familiar, iba en perjuicio directo del desarrollo de la personalidad del querellante (Mezzanotte, 2009: 52).

En séptimo lugar, otro asunto conocido por este tribunal fue el referido a la solicitud de protección solicitada por una ciudadana francesa que fue mencionada en un libro como compañera sentimental de un hombre que fue

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

colaboracionista durante la ocupación nazi en Francia, en la II Guerra Mundial (1939-1945). La respuesta del tribunal se fundamentó, por primera vez desde que surgió el fallo del "caso Landru", en la preeminencia del derecho al acceso a la información y a la libertad de expresión por sobre los derechos personales a la protección de la imagen y a la protección de los datos personales, por lo que rechazó el requerimiento de protección solicitado, alegando que la información contenida en el libro citado estaba bajo el amparo de la ley (*ibid*).

En octavo lugar, se ubica el "caso Mamère v. *République française*" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2007: párrs. 20, 26 y 27), una causa muy importante dentro del Derecho francés sobre el derecho al olvido. Este caso se originó en octubre de 1999, cuando Noel Mamère, periodista, alcalde y diputado en la Asamblea Nacional de Francia por la ciudad de Bègles, emitió unas declaraciones en un debate televisivo de alcance nacional realizado en el programa que estaba bajo su conducción, llamado *Tout le monde en parle* (todo el mundo habal de eso).

Mamère, enfrentó los comentarios hechos por uno de los panelistas invitados sobre el accidente nuclear de Chernóbil (1986) indicando que un señor llamado Pellerin[5] había sido un personaje siniestro, pues aseguró en reiteradas ocasiones que Francia era muy fuerte gracias al complejo Asterix, lo cual evitó que la nube de contaminación de Chernóbil cruzara hasta ese territorio. Sin embargo, en esa época se encontraron unos hongos importados a Francia que estaban contaminados con cesio y era evidente que respondía a una de las secuelas del desastre de Chernóbil.

A raíz de esto, en enero de 2000, previo a la interposición de las acciones civiles emprendidas por enfermos de cáncer de toroides en contra de Pellerin, éste entabló una demanda conjunta en contra de Mamère, de la cadena televisiva *France 2*, y del director de publicación Thierry Ardisson, alegando que sus declaraciones respondían a una difamación pública hacia un funcionario público de acuerdo a las Secciones 29 y 31 de la Ley para la Libertad de Prensa de 1881.

[5] Pierre Pellerin, ex director del Servicio Central para la Protección contra la Radiación Ionizante (SCPRI) cuando ocurrió el desastre en Chernóbil. Fue objeto de investigaciones gubernamentales, tras ser demandado por pacientes de cáncer de tiroides, alegando que no protegió a la población de los efectos colaterales de la radiación proveniente de Chernóbil y se le acusó de haber mentido y minimizado la realidad sobre la contaminación nuclear.

En tal sentido, la Corte determinó procedente la querella y declaró culpable Mamère y al director del programa en el cual emitió la declaración bajo la figura de difamación criminal, les sentenció a pagar una multa por 10.000 francos y a pagar por reparación de daños 50.000 francos. Además, se les ordenó publicar una nota periodística de alcance nacional reconociendo la sentencia establecida.

Ante esto, Mamère recurrió en la Corte de Apelaciones de París y a la División Criminal del tribunal de Casación, no obstante, ninguna de las dos fue acogida con lugar. Finalmente, Mamère demandó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos argumentando que su derecho a la libertad de expresión estaba siendo vulnerado con el dictamen del fallo, en virtud del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, alegó que sus declaraciones se dieron en el ámbito del desastre de Chernóbil que generó una situación de amenaza a la salud pública.

El Tribunal concluyó, que la sentencia en contra de Mamère no era proporcional y fundamentó el fallo en los siguientes motivos (*ibid*): 1. El demandante estaba expresándose en virtud de sus funciones como funcionario en asuntos ecológicos, por lo que sus comentarios fueron la evidencia de una expresión política; 2. Porque toda persona procesada por opiniones que sean del interés público debe tener la oportunidad de oponerse alegando la buena fe y verdad, situación que no ocurrió con Mamère; 3. Desde el entender del Tribunal, la interpretación de la Corte Nacional Francesa fue rígida y no permitió ningún tipo de encuentro ponderativo con la libertad de expresión; 4. El fallo de la Corte Nacional de Francia no se correspondía con los valores de una sociedad democrática y además estaba en evidente contradicción con lo establecido en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos; 5. Si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede sobrepasar en todos los casos, la necesidad de proteger el honor y la reputación, de personas privadas o de funcionarios públicos (Consejo de Europa, 1950: 12).

En ese orden, también resaltan otros casos que también se han planteado en el marco de la protección del derecho al olvido, en el derecho francés, *verbi gratia*, el "caso Madame Monanges v. Kern et Mark-Maillard" (1990); "caso Pull-over Rouge" (2003); "caso Robert Enrico" (1999) (Pinheiro, 2016: 150).

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

En definitiva, todos estos asuntos son ejemplos representativos de la amplia, variada y sólida jurisprudencia que se sentó en Francia sobre el derecho al olvido, quedando claro, que dentro del sistema jurídico francés resulta importante el hecho de dar segundas oportunidades a aquellas personas, que han saldado sus cuentas con la sociedad, y mucho más en aquellos casos protagonizados por personas privadas que por razones ajenas a su voluntad o consentimiento han pasado a estar en el ojo del hecho noticioso. Esto, en gran medida explica por qué el legislador francés, de forma anticipada aprobó la Ley 78-17 del 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los archivos y a las libertades, en la cual se estableció de forma incipiente el sentido del tratamiento de datos e informaciones personales[6].

Ahora bien, en el contexto europeo ha habido otros asuntos de gran relevancia que, de igual modo, han coadyuvado en la configuración del derecho al olvido previo a la gran revolución tecnológica digital.

En el sistema jurídico alemán resalta el "caso Lebach" (1973), presentado ante el Tribunal Constitucional Federal que consideró improcedente la exhibición de un reportaje periodístico en la televisión alemana, en el que, entre otros temas, se mencionaba la conducta delictiva del reclamante, quien estaba a punto de finalizar su condena de seis años de presidio por la comisión de delitos de homicidio y robo.

En Italia, se ha planteado el *diritto alla riservatezza* (derecho a la privacidad), pero en realidad refiere al derecho a la confidencialidad, en la cual se han circunscrito algunos casos asociados al sentido propio del derecho al olvido. Uno de ellos es el "caso Caruso", que consistió en las reclamaciones promovidas por los familiares del tenor italiano Enrico Caruso, solicitando la prohibición de dos películas sobre la vida del cantante por ser ofensivas y por exponer la intimidad familiar. El veredicto de la Corte (Caso n. 4487, 22/12/1956), fue concluir la causa, alegando que ninguna disposición de la ley les autorizaba a asumir el respeto absoluto a la intimidad de la vida privada como principio general, y mucho menos, anteponerla como límite a la libertad de arte. Basaron

[6] Modificada por la ley relativa a la protección de las personas físicas con respecto a los procesamientos de datos de carácter personal del 6 de agosto de 2004, *Cfr*. REPUBLIQUE FRANÇAISE, *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en *Légifrance*.

su decisión en el hecho de que lo narrado en las películas, no se había obtenido por medios ilícitos, o que implicaran la obligación del secreto (Prosperi, 2002: 89).

Ante esto, la familia del tenor procedió a ejercer un recurso de casación del veredicto ante el Tribunal Supremo (Sala de Casación), insistiendo en la petición de prohibición de las dos películas. El Supremo contestó que la situación debía solucionarse bajo el precepto legal de *neminem laedere* (no dañar a otro), tal como lo estipula el art. 2043 del Código Civil Italiano (1942).

Otro caso judicial que versó en esta área es el reclamado por la familia de la actriz italiana Claretta Petacci (1912-1945), amante del dictador Benito Mussolini (1883-1945). Tras su muerte, el semanario *Tempo* publicó la información sobre la relación que tuvo con el dictador italiano y otras intimidades familiares. Ante esto, la familia de Petacci solicitó protección a la vida privada de la actriz y de la familia. El Tribunal de Milán en su sentencia de 26 de agosto de 1960, dio con lugar a la petición y reconoció que bubo una vulneración del derecho a la intimidad de la actriz, con repercusiones en su familia (Heras, 2017: 122).

Con todo esto, queda claro que el derecho al olvido ha tenido un reconocimiento jurisprudencial paulatino en algunos ordenamientos jurídicos —no muchos en realidad—, pero dicho proceso no ha sido homogéneo, comparable, recíproco, ni complementario entre las naciones que lo han acogido en su sistema jurídico, pues en cada legislación nacional, que se ha regulado al respecto, se ha ejecutado de diferentes maneras.

Particularmente, destacan los avances logrados en el Derecho comunitario europeo en materia del derecho al olvido, y en general en todo lo relacionado a la protección de datos y a la privacidad e intimidad de las personas. Además, esto evidencia, por qué ha sido en Europa, en donde precisamente, se ha reconocido como derecho humano el derecho de supresión de datos en el RGPD en 2016.

Ahora bien, evidentemente, el caso que sentó las bases para la configuración de este derecho es el "caso Costeja – AEPDP v. *Google* INC.", por lo cual será explicado a continuación.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

3_. Reconocimiento jurisprudencial en la Unión Europea del derecho al olvido (supresión) digital en motores de búsqueda en internet: "caso Mario Costeja – AEPD v. Google INC.".

El origen en el que se reconoce, propiamente tal, el derecho de supresión se encuentra en el "caso Costeja - AEPD vs. Google", el cual marcó un punto de inflexión respecto al tema en Europa, debido a los criterios que se emplearon para justificar el fondo de la sentencia sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda en el manejo y tratamiento de datos.

Esta causa empieza cuando Mario Costeja González, conocido empresario catalán, en 2010 formuló una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en contra de la editorial del diario español "La Vanguardia", *Google Spain* y *Google Inc*., ya que, según Costeja, al introducir su nombre en *Google* los resultados que se arrojaban, entre otros, correspondían a dos páginas de "La Vanguardia" publicadas en enero y marzo de 1998, donde se informaba la subasta de un inmueble de su propiedad, con motivo de una deuda no solventada, para el momento, con la seguridad social.

Costeja solicitó a la AEPD que "La Vanguardia" eliminara la información y que su nombre ya no fuera asociado a ella, alegando que ese contenido le impedía volver a tener una segunda oportunidad y recuperar su credibilidad como empresario en el ramo económico en el que se desenvolvía; que la noticia ya no tenía interés público en la actualidad; y que los anuncios de subasta por morosidad, que en su momento fueron legales y ciertos, ya no tenían relevancia para la sociedad, pues su objetivo inicial, atraer a posibles compradores, se había cumplido, y la deuda ya había sido saldada. Adicionalmente, requirió que *Google* dejara de incluir en los resultados de búsqueda datos asociados a su identidad y el caso en concreto.

Como respuesta, la AEPD desestimó, en parte, la reclamación, ya que, no admitió la exigencia en contra "La Vanguardia", pero si dio con lugar el requerimiento referente a *Google Spain* y *Google Inc*., exigiendo a estas compañías el sece de asociación del nombre el ejercitante con las páginas contentivas del anuncio de la subasta. Ante la situación *Google Spain* y *Google Inc*., respondieron con una apelación en la Audiencia Nacional Española solicitando la anulación de la resolución de la AEPD (RESOLUCIÓN 898/2010, 24/05/2010), y además, buscaban

aclarar si *Google*, en efecto, tenía la obligación de borrar o desvincular los datos del embargo en cuestión y que podían ser recuperados en su motor de búsqueda.

Ante la complejidad del caso, la Audiencia Nacional Española elevó la causa al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Luxemburgo), requiriendo que se pronunciara sobre el asunto, interpretando la Directiva 95/46/cE, vigente para el momento, específicamente el art. 6.1 d) referido a la obligación que los Estados miembros de la Unión debían seguir sobre el tratamiento de datos personales; art. 12 b) que instituía el derecho a la rectificación, supresión o bloqueo de datos cuyo tratamiento no se ajustaban a la Directiva; y el art. 32.2 que estipulaba que los Estados de la Unión debían otorgar a los interesados el derecho a la rectificación, supresión o bloqueo de datos inexactos o que se hubiesen usado con fines contrarios a los indicados en la Directiva.

La respuesta del Tribunal de Luxemburgo tuvo gran trascendencia, principalmente, por cuatro aspectos: 1. el reconocimiento del derecho que tienen los ciudadanos para solicitar la supresión, rectificación o desvinculación de datos personales adjuntos en la red, cuando su tratamiento haya sido ilegítimo, inadecuado, o excesivo y no guardara correspondencia entre los fines y el tiempo transcurrido; 2. porque contempló y reconoció a efectos legales el tratamiento de datos como la actividad de hallar información con datos personales, ordenarla, almacenarla y ponerla a disposición de los internautas; 3. porque consideró como responsable del tratamiento de datos al buscador, en la medida en que es este quien establece los fines y mecanismos para desarrollar esta actividad; 4. por el fallo a favor de Costeja, y la exigencia a *Google Spain* y a *Google Inc*. de desvincular los resultados obtenidos en las búsquedas asociadas a su nombre y al embargo en cuestión.

Así, *grosso modo*, entre las funciones con las cuales surgió el derecho al olvido (supresión), se encuentra el contrarrestar, incluso impedir, los perjuicios a determinados derechos personalísimos que puedan llegar a desencadenarse o que se han generado producto de la publicación de una información personal en el entorno virtual.

Sin embargo, algo que debe quedar claro, es que a pesar de todas las gestiones realizadas en esta causa "la información sigue accesible en el universo virtual cuando esta se busca a través de parámetros diferentes del nombre del

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

señor Costeja, no implicando que la información quedara suprimida de la fuente original" (Moreno, 2019: 562). Con esto, resulta evidente que el objetivo final del ejercicio de este derecho siempre será que el dato quede desvinculado respecto de la identidad del ejercitante al momento en que se realiza la búsqueda. Además, se debe tener claro, que la sentencia en comento se refiere solo a los resultados obtenidos en motores de búsqueda al teclear el nombre de una determinada persona. No involucra, por tanto, que la información o datos en cuestión se eliminen o supriman de la fuente original. La verdadera consecuencia práctica es que el dato —o información no deseada— quede desvinculado o asociado al nombre o identidad de la persona que solicitó la aplicación de este derecho cuando se realiza una búsqueda en internet, pero nada más.

Y es precisamente en este punto, en el que el derecho de supresión de datos recibe numerosas críticas, puesto que, se considera que realmente es un derecho que no repara el daño que ha podido generarse —pues en muchos casos llega a generarse el efecto Streisand[7]— y que además el ejercitante, luego de haberlo solicitado y que se le haya dado con lugar dicha solicitud, sigue estando expuesto a que sus derechos fundamentales sean vulnerados, por lo que el nivel de eficacia ante el relativo otorgamiento de justicia pasa a estar en entredicho.

Pero, también debe considerarse que esto sucede para mantener un equilibrio entre el derecho de supresión y el derecho a la información, tal como lo dejó claro el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia antedicha.

Claramente, el derecho de supresión no es un derecho ilimitado y la decisión de esa desvinculación de los enlaces en los motores de búsqueda en internet y los sitios *webs* que alojan la información que menciona a la persona que ejercita este derecho, no puede quedar a la voluntad exclusiva del afectado, pues

[7] Lleva este nombre debido al suceso protagonizado por la cantante estadounidense Barbra Streisand, quien alegando su derecho a la privacidad, demandó al reportero digital estadounidense Kenneth Adelman y a la página *web* pictopia.com para que la indemnizaran con $50000 por la publicación de una fotografía en 360° en la que se visualizaba su residencia en Malibú. No obstante, el juez Allan Goodman desestimó el caso y ordenó a la actriz cubrir las costas del proceso, valorados en $150000, bajo la justificación del principio de la libertad informativa, pues la fotografía en cuestión correspondía a una evidencia que documentaba la erosión del mar en las costas de California. En tal sentido, contrariamente a lo que la cantante buscaba, lo que consiguió fue que la imagen terminara siendo ampliamente divulgada a nivel mundial y obtuvo mayor visibilidad de la que hubiese tenido sino se hubiese generado la divulgación del caso. *Cfr*. Superior Court of California, County of Los Ángeles, *Barbra Streisand vs. Kenneth Adelman*, et al., (05 de octubre de 2004).

esa solución, por más que signifique el resarcimiento de un derecho transgredido —o varios—, privilegiaría los derechos del afectado respecto de otros derechos, por ejemplo, los derechos a la información, a libertad de expresión y la libertad de prensa.

Otro elemento importante para tener en cuenta, es que aun cuando este derecho está contemplado en el RGPD, y que existen algunas regulaciones nacionales relacionadas en cierto sentido al tema —en mayor o menor medida: Argentina, Chile, Colombia, Brasil, México, Perú, Corea del Sur, Hong Kong, Rusia, etc.—, esto no significa que sea un derecho que cumpla a cabalidad con los principios básicos de los derechos humanos: libertad, igualdad, dignidad, bien común y justicia, pues la realidad que debe enfrentarse al momento de ejercer este derecho es que es muy difícil su implementación.

Verbi gratia, haciendo referencia puntual a *Google*, según los datos publicados por el Centro Estudios *ReputationUp* sobre la elaboración y tratamiento de datos de este motor de búsqueda desde 2014 a 2020, ha recibido 3.489.915 solicitudes de eliminación de contenido según lo dispuesto en las leyes europeas, de todas esas sólo el 40% fueron aceptadas (2021: s/p).

Esto demuestra que, en la práctica este mecanismo ha significado conferir al sector privado de alcance global el poder de decidir qué debe y qué no debe aparecer en internet, lo cual no es muy esperanzador dada la realidad tecnológica y las prácticas corporativas muy distantes de la ética evidenciadas en los últimos años.

Con todo ello, como consecuencia del revuelo del caso *sub examine* para la Unión Europea fue mucho más apremiante avanzar en la aprobación del RGPD, hito alcanzado el 24 de mayo de 2016, momento en el que se hace el llamamiento a las empresas, instituciones públicas y gubernamentales, organizaciones y organismos con o sin fines de lucro o no gubernamentales para que, en el plazo de dos años, adecuaran su estructura organizacional digital a los lineamientos contemplados en dicho Reglamento.

En tal sentido, el derecho al olvido digital —como se le denominaba a nivel jurisprudencial y en medios de comunicación— es establecido como derecho de supresión, en el art. 17 del RGPD de la Unión Europea. Y de este modo, constituye la normativa que, de momento, ha reconocido, tiene mayor alcance y ha desarrollo este derecho en el mundo.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

Ahora, abriendo un inciso, es preciso indicar que si bien este es el caso que, dada su envergadura y nivel de alcance, da el punto de partida para todo lo que prosiguió después con el derecho de supresión, previo al mismo, en 2012 existió un caso en la justicia francesa en el que por primera un motor de búsqueda en internet es obligado bajo el amparo del Derecho a borrar la vinculación de un determinado enlace contenido en sus resultados de búsqueda.

El caso en cuestión consistió en la reclamación hecha por una ex actriz de la industria pornográfica identificada como "Diana Z" para que se suprimieran todos los vínculos electrónicos asociados a los vídeos, imágenes o cualquier contenido asociado a su vida anterior. En respuesta a la solicitud el Tribunal de Gran Instancia de París falló a favor de Diana Z., exigiendo a *Google* que en un plazo de un mes debían desvincular toda la información referente a la vida pasada de la ex actriz de la industria pornográfica (Legalis, 2012).

De igual modo, en abril de 2012, la Corte de Casación italiana estableció en el fallo del "caso 5525", que toda información contenida en archivos o base de datos publicadas en la *web* debían mantenerse actualizadas, ante la posibilidad de una eventual implementación del derecho al olvido (2012: 38).

4_. Consolidación y Reconocimiento del Derecho de Supresión en el Sistema Jurídico Europeo.

El derecho de supresión, tal como se concibe actualmente en el sistema jurídico comunitario europeo, y como se ha expuesto anteriormente, constituye la concreción de la confluencia de los derechos a la privacidad, a la protección de datos, a la reputación y a la buena imagen, a la identidad y a la autodeterminación informativa. En consecuencia, debe ser entendido como un mecanismo adjetivo de salvaguarda derivado de todos los derechos indicados —en mayor o menor medida—, frente a las implicaciones de los avances tecnológicos en el entorno digital y a la forma en que se está gestionando el tratamiento de los datos personales en el marco de la economía de los datos y todo lo que este modelo de gestión económica conlleva.

Recientemente, la concreción de diversas situaciones evidencia el nivel de importancia que tienen la vida privada y el respeto y garantía de los derechos personalísimos en el contexto digital, particularmente, la trascendencia del reconocimiento jurídico del derecho *sub examine*. En 2018 ocurrieron tres

acontecimientos particularmente importantes. En primer lugar, el escándalo de *Cambridge Analytica* y las implicaciones que tuvo en las elecciones presidenciales de EE.UU., para el período presidencial 2017-2021, en las que resultó electo Donald Trump. Este suceso evidenció cómo los datos personales están siendo compartidos, vendidos, cedidos, secuestrados o robados, y la mayor parte del tiempo con propósitos inaceptables y carentes de lo mínimos códigos de ética.

En segundo lugar, la aprobación del RGPD dentro del espacio de la Unión Europea, con el que se da inicio a una nueva era de protección de los derechos humanos en el entorno digital. En tercer lugar, la aprobación en marzo de 2018 de la Ley de Supervisión por parte del gobierno chino, con la cual el partido comunista chino concentró el poder de supervisión y conformó un sistema estatal de vigilancia masiva centralizada de todos sus ciudadanos, por medio de lo que *Human Rights Watch* (HRW) denominó "algoritmos de represión" (2019: párr. 6), y ha permitido, entre muchas cosas más, que el gobierno de Xi Jinping ejerza controles y detenciones arbitrarias de disidentes y grupos de musulmanes en la región occidental de Xinjiang, China, que son recluidos en campos de "educación política" —campos de concentración modernos— y en los cuales se estiman la reclusión absolutamente ilegal y contraria a los derechos humanos de más de un millón de personas.

Pero, estos ejemplos no son los únicos ejemplos, existen otros más que evidencian cómo esta esta nueva realidad tecnológica digital obliga a establecer límites claros entre lo público y lo privado, y, entre lo permitido y lo prohibido por el Derecho, porque es evidente, que las fronteras entre ambos espacios no están debidamente identificados ni mucho menos regulados.

Un sinfín de información, que se va almacenando y conformando como la huella digital de las personas que, de momento, pasa a formar parte de los datos almacenados indefinidamente, a menos que, en casos puntuales y bajo el resguardo de lo contemplado en la legislación europea sobre protección de datos pueda solicitarse la aplicación del denominado derecho de supresión.

Indiscutiblemente, el internet ha evolucionado al margen de las leyes o de los sistemas jurídicos de todos los territorios del mundo. Como indica Carissa Véliz, las instancias encargadas de legislar y tomar las decisiones políticas y jurídicas continúan luchando en contra de los nuevos cambios generados por la internet, ya que, la ausencia de características físicas de la red dificultad, en gran

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO • Número 1 Especial • noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar • Pág.: 656 – 689

medida, su regulación. Internet ha evolucionado hasta convertirse en una infraestructura de comunicación que no depende directamente de ningún Estado. Es evidente que ellos plantean problemas a los organismos encargados de la aplicación de la ley (2020: 3).

Además, la llegada del internet ha permitido la creación de un sector empresarial que obtiene miles de millones de euros y se dedica a recopilar y utilizar datos personales.

Así, con todo lo indicado, quedan en evidencia solo algunas de las innumerables formas de vulneraciones que pueden cometerse en contra de los derechos personalísimos puntualizados, de forma recurrente y facilitadas por las tecnologías digitales, tanto el campo de lo público como en lo privado, dentro o fuera de las fronteras territoriales de una determinada nación. Además, se constata cuán necesario resulta que el entorno digital esté dotado de límites éticos y jurídicos que salvaguarden los derechos de las personas en este entorno, en igual o mayor medida como se contempla el sistema de protección en el espacio analógico u *offline*.

Así, el derecho de supresión —con sus pros y contras— reconocido y asumido como un derecho humano con rango constitucional —tal como lo establece el propio RGPD respecto a los nuevos derechos digitales consagrados en su contenido—, se instituye como un mecanismo de defensa de las personas ante la vulneración de sus derechos personales en el ciberespacio.

Indudablemente, es un derecho perfectible, pero es un importante punto de partida para la regulación jurídica de este entorno. Como se ha podido evidenciar, el camino que transitará el derecho de supresión apenas empieza. Y, al ser un derecho *in fieri* (en construcción), admite la revisión constante y necesaria, por tanto, su evolución estará proyectada a consolidar un sistema de protección, ojalá, homogéneo, claro, democrático, justo, equitativo y eficiente.

REFLEXIONES FINALES

Con lo expuesto queda claro que, el derecho de supresión reconocido en el art. 17 del RGPD en el sistema jurídico comunitario europeo, ha sido el resultado de la prosecución y evolución de lo que en su momento fue reconocido —por la jurisprudencia y el periodismo— como el derecho al olvido. Es amplia la

influencia jurisprudencial que fundamenta la razón de ser del mismo. Aunque actualmente, la mutación que ha alcanzado este derecho se orienta a la protección de la confluencia de los derechos a la privacidad, a la intimidad, a la protección de datos, a la autodeterminación informativa, al honor y a la propia imagen en el entorno digital, previo a esta revolución tecnológica, el denominado derecho al olvido hacía lo propio, con los derechos mencionados, en el ámbito de la vida analógica o predigital.

Lo que en su momento conocieron y decidieron determinados tribunales en países como Estados Unidos, Francia, Alemania o Italia respecto al olvido de información sensible con el ánimo de resguardar derechos personales del solicitante, marcó la hoja de ruta para la realidad jurídica que se encuentra en plena configuración y busca resguardar los derechos digitales de las personas en el marco de su actividad en línea.

Resulta evidente que la revolución digital ha traído grandes cambios consigo. Uno de ellos, la economía de los datos, un modelo de gestión que centra su actividad en la recolección, análisis y tratamiento de los datos personales de los usuarios en la internet.

Los datos personales de millones de personas alimentan la poderosa industria del *big data*. Entonces, a raíz de esto surge una importante interrogante: ¿qué sucede si la violación al derecho a la privacidad no va únicamente dirigido a un individuo en particular —*verbi gratia*, una persona que ha cumplido la pena por la comisión de un delito—, sino que dicha vulneración es masiva, deliberada e indiscriminada? La respuesta a esto, sin miramientos, es que tal situación constituye una transgresión generalizada a los derechos humanos.

En tal sentido, es imperativo que los derechos personalísimos más susceptibles de ser vulnerados en la internet sean revisados, adaptados y reestructurados de cara a los avances tecnológicos digitales, pues de momento, como humanidad estamos viviendo una realidad histórica en la que todo lo que hacemos o digamos está quedando registrado indefinidamente. Lo que, en gran medida, justifica el surgimiento de nuevas propuestas jurídicas que tengan una suerte de contención ante dicha realidad, tal como sucede con el derecho de supresión.

Por tanto, lograr una correcta protección de los derechos personalísimos descritos, constituye uno de los mayores desafíos de esta nueva década del siglo

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

XXI. La economía de los datos continúa acumulando actividades contrarias a los principios fundamentales de los derechos humanos, y tal como aprecia Carissa Véliz abundan las preguntas sobre cómo interpretar y hacer cumplir las regulaciones jurídicas [las pocas existentes], cómo diseñar leyes nuevas y mejores, cómo complementar la regulación con una mejor ética y cómo encontrar soluciones técnicas a los problemas derivados de los datos (2020: 3).

Urge que esta tarea sea hecha por las autoridades nacionales e internacionales, pues, esta revolución digital ha hecho que el derecho a la privacidad esté en peligro, debido a la cantidad e importancia de la información que las plataformas tecnológicas están obteniendo y almacenando, prácticamente, sin regulaciones jurídicas claras —a excepción de la contemplada en la Unión Europea—, datos generados por los mismos usuarios de la internet que pueden ir desde identidad, orientación sexual, ideología, secretos, rutinas diarias, creencias personales, etc.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1_. Referencias Bibliográficas

Anguita, P. (2007) "*Acciones de protección contra Google: análisis del llamado derecho al olvido en buscadores, redes sociales y medios de comunicación*". Librotecnia, Santiago de Chile, 262 páginas.

Covarrubias, I. (2013) "*La vida privada de las figuras públicas*". Legal Publishing, Santiago de Chile, 474 páginas.

Harari, Y. (2017) "*Homo Deus*" (trad. Joandoménec Ros). Debate, Barcelona, 492 páginas.

Heras, L. (2017) "*Protección penal de la intimidad. Una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal español".* Repositorio de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona - España, 720 páginas.

Lyon-Caen, G. (1996) "*Comentarios Republique Française, Sentencia del tribunal de Gran Instancia de la Seine, Jcp 1966 II, 14482, (4 de octubre de 1965)*". Lyon-Caen, París, 79 páginas.

Mezzanotte, M. (2009) "*Il diritto all´oblio. Contributo allo studio della privacy storica*". Edizioni Scientifiche Italiane, Teramo, 530 páginas.

Véliz, C. (2020) "*Data, privacy and the individual*". Center for the Governance of Change, IE University, Madrid, 28 páginas.

2_. Revistas Periódicas

Boizard, M. (2016) Le temps, le droit à l'oubli et le droit à l'effacement, en "*Les Cahiers de la Justice*". París. Núm. 4. Págs. 619-628.

Casino, M. (2020) El derecho al secreto del deshonor, en "*Revista de Administración Pública*". Madrid. Núm. 213. Págs. 225-262.

Gomes, N. (2012) El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado, en "*Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya*". Cataluña. Núm. 13. Págs. 67-83.

Letteron, *R.* (1996) Le droit à l'oubli, en "*Revue du DroitPublic et de la Science Politique*", Paris. Núm. 2. Págs. 386-424.

Leturia, F. (2016) Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?, en "*Revista Chilena de Derecho*", Santiago de Chile. Núm. 43. Págs. 91-113.

Moreno, Á. (2019) El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos, en "*Revista de Comunicación - Universidad de Piura*". Piura. Núm. 18. Págs. 559-276.

Pinheiro, D. (2016) A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento, en "*Programa de Geração Automatica da Biblioteca Universitaria da UFSC*". Florianópolis. Págs. 149-159.

Prosperi, M. (2002) Il dibattito italiano sull'esistenza e sul fondamento del diritto llá riservatezza prima del suo espresso riconoscimento, en "*Privacy.it*". Milano. Núm. 6. S/p.

Terwangne, C. (2012) Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado, ponencia en el VII Congreso Internacional Internet, en "*Revista Derecho y Política*". Cataluña. Núm. (2012) 13, pp. 53-56.

Rossen, J. (2016) The right to be forgotten, en "*Stanford Law Review*". Stanford. Núm. 64. Págs. 88-92.

Torres, J. (2018) El derecho fundamental al olvido: reconocimiento y evolución, en "*Revista Pensamiento Jurídico – Universidad Nacional de Colombia*". Bogotá. Núm. 47. Págs. 167-200.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

Warren, S.; **Brandeis**, L. (1890) The Right to Privacy, en "*Harvard Law Review*". Boston. Núm. IV/5. Págs. 193-220.

3_. Referencias legales, jurisprudencia judicial y administrativa

Agencia Española de Protección de Datos. Resolución 898/2010. (24/05/2010) "*Caso Mario Costeja vs. La Vanguardia, Google Spain y Google Inc*.". Madrid.

Corte de Apelaciones de París, Francia. (15 de mayo de 1970*) "El derecho a las libertades fundamentales*". Paris, Cours de Droit.

Consejo de Europa. (1950) "*Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".* Roma.

Corte de Casación de la República Italiana. (2012) "*Sentencia del caso 5525"*, citado en **Tardif**, E. (2016). El Derecho al Olvido Digital: Entre el Derecho a la Privacidad y el Derecho a la Libertad de Expresión, en "*Foro Jurídico*". Núm. 56. Págs. 36-39.

Corte de Casación de la República Italiana. (13 mayo de 1958) "*Sentencia 1563, referida al caso del tenor italiano Enrico Caruso*". Roma.

Cour de Cassation, Chambre Civile 1, Republique Française. (4 de octubre de 1965) "*Cause Fernande Segret*". Paris, Publié au bulletin.

Court Supreme of United State of America. (April 2, 1971) "*Marvin Briscoe, Plaintiff and Appellant, v. Reader's Digest Association, Inc., L.a. n. 29813*". Washington.

Parlamento Europeo - Consejo de la Unión Europea. (24 de octubre de 1995) "*Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*". Estrasburgo.

Reino de España. (5 de diciembre de 2018) "*Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales del Reino de España, Ley n. 16673*". Madrid, Boe 294.

Republique Française. (3 de abril de 1958) "*Code de Procédure Pénale, Ley n. 58-341*". París, *Legifrance*.

República Italiana. (16 marzo 1942) "*Codice civile, Regio Decreto n. 262"*. Roma.

State of California. (1849, con enmiendas de 1879) "*California Constitution*". California. California legislative information.

Tribunal Constitucional Federal Alemán. (5 de junio de 1973) "Sentencia del caso Lebach, *BVerfGE 35*". Berlín.

Tribunal de Gran Instancia de Paris. (15 de febrero de 2012) *"Caso Diana Z."*. París. Legalis.

Tribunal de Gran Instancia en su Sala Primera de París, Francia. (25 de marzo de 1987) "Caso del juego de mesa trivia". Paris, citado en **Corte Suprema de Chile**. (2013). "*Caso Marcela Carrillo Cáceres v. Televisión Nacional chilena (Tvn)*". Santiago de Chile, Diario constitucional chileno.

Tribunal de Gran Instancia de París, Francia. (20 de abril de 1983) "*Madame M. c. Filipacchi et soc. Cogedipresses*". París, Raymond Lindon, citado en **Moreno**, Á. (2019) El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos, en "*Revista de Comunicación - Universidad de Piura*". Piura. Núm. 18. Págs. 559-276.

Tribunal de Gran Instancia de París, **Francia**. (6 de diciembre de 1979) "Caso Jacques Mesrine". París, Raymond Lindon, citado en **Moreno**, Á. (2019) El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos, en "*Revista de Comunicación - Universidad de Piura*". Piura. Núm. 18. Págs. 559 - 276.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, **Gran Sala**. (13 de mayo de 2014) "*Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-131/12, asunto Google Spain - Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (Aepd) - Mario Costeja González*". Luxemburgo.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (7 de febrero de 2007) "*Sentencia del caso Mamère contra Francia*". Estrasburgo.

Tribunal Superior del Condado de Los Ángeles – Estados Unidos de América. (28 de febrero de 1931) "*Caso Melvin v. Reid, Expediente n. 346"*. Los Ángeles.

Tribunal Supremo - Sala Tercera del Reino de España, de lo Contencioso-Administrativo. (11 de enero de 2019) "*Recurso de Casación n. 5579/2017, Ponente: Excmo. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat*". Madrid.

3_. Referencias Electrónicas.

Agencia Española de Protección de Datos. (2021) Derecho de supresión ("al olvido"): buscadores de internet, en "*AEPD*". Madrid. s/p., disponible internet en https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/internet-y-redes-sociales/derecho-al-olvido.

Educ.ar. (24 de agosto de 2016) Hablamos de… el derecho al olvido (en Google), en "*Portal web Educ.ar*", Buenos Aires, disponible en

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar ● Pág.: 656 – 689

https://www.educ.ar/recursos/131340/hablamos-de-el-derecho-al-olvido-en-google

HRW, (2019) Algoritmos de represión de China Ingeniería inversa de una aplicación de vigilancia masiva de la policía de Xinjiang, en "*Publicaciones digitales de Human Right Wahct*", Nueva York, disponible en https://www.hrw.org/report/2019/05/01/chinas-algorithms-repression/reverse-engineering-xinjiang-police-mass

Pérez de Acha, G. (2015) Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región, en Derechos Digitales. Santiago de Chile, disponible en https://derechosdigitales.org/9324/una-panoramicasobre-la-discusion-en-torno-al-derecho-al-olvido-en-la-region/

ReputattionUp, (2020) GDPR: qué es, qué significa, qué hacer y qué cambia [Guía 2021], en "*Boletín en línea*", Madrid, disponible en https://reputationup.com/reputationup-com-es-gdpr-que-es/

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA ÓPTICA JURISPRUDENCIAL

GENERAL CONSIDERATIONS ON THE APPEAL FOR AMPARO FROM THE JURISPRUDENTIAL VIEW

Luís Alberto Martínez Chacón[1]

https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.01.10

Fecha de Recepción: 01 de enero de 2022 **Fecha de Aprobación:** 24 de marzo de 2022

RESUMEN

Este trabajo de investigación tiene por objetivo general resumir las tendencias jurisprudenciales que ha adoptado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia del procedimiento de amparo constitucional. Partiendo del análisis de la sentencia número 07 de la referida Sala de fecha 01 de febrero del año 2000 caso Mejía Sánchez; en contraste con las sentencias posteriores proferidas por la misma Sala y los criterios sobre la materia emitidos por la Extinta Corte Suprema de Justicia, así como del análisis de las normas internacionales, constitucionales y legales vigentes en la República Bolivariana de Venezuela. Esta es esencialmente una investigación del tipo documental y de grado descriptivo. Las técnicas de investigación empleadas fueron la revisión y el análisis documental, las cuales al ser aplicadas permitieron concluir que el procedimiento de Amparo Constitucional en Venezuela se ha regido por las tendencias jurisprudenciales ante la omisión legislativa y leyes pre constitucionales.

Palabras Clave: Amparo, Procedimiento, Jurisprudencia, Constitucional, Vinculante.

ABSTRACT

The general objective of this research work is summarize the jurisprudential trends from Chamber Constitutional's of the Supreme Justice's Court has adopted about constitutional protection process. This based on judgment analysis of number 07 from aforementioned Chamber on February 1, 2000, the Mejia Sánchez case in contrast to the subsequent judgments issued from the same Chamber and the comments about this subject by the Extinct Supreme Court of Justice, as well as the analysis of the international, constitutional and legal norms in force in the Bolivarian Republic of Venezuela. Essentially this investigation is documentary type and Descriptive degree. The techniques used in this investigation were review and documentary analysis, when applied allowed, it conclude that Constitutional Protection Process in Venezuela has been governed by jurisprudential tendencies in legislative omission and pre-constitutional laws.

Key Words: Constitutional Protection, Process, Jurisprudence, Constitutional, Binding.

[1] Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA): *Mención Cum Laude*. Aspirante al Título de Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Bicentenaria de Aragua (UBA). Investigador Auxiliar del Grupo de Investigación Robert Von Möhl. Correo Electrónico: Albertomchacon96@gmail.com.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

INTRODUCCIÓN

Sobre el Amparo Constitucional se ha dicho que es un derecho, un procedimiento y una garantía. A lo largo del tiempo la jurisprudencia venezolana ha adoptado cada una de estas posturas; pero, el concepto de amparo no ha sido lo único variable y controversial en las decisiones de los tribunales, juzgados y cortes venezolanas. El procedimiento de amparo ha sido desarrollado fundamentalmente mediante sentencias, antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y aun después de la misma.

Éste trabajo de investigación tiene por objetivo general resumir las tendencias jurisprudenciales que ha adoptado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SCT-TSJ) en materia del procedimiento de amparo constitucional; partiendo del análisis de la **Sentencia N° 07** de la referida Sala de Fecha 01 de Febrero del 2000 **Caso Mejía Sánchez**; en contraste con las sentencias posteriores proferidas por la misma Sala y los criterios sobre la materia emitidos por la Extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ), así como del análisis de las normas internacionales, constitucionales y legales vigentes en la República Bolivariana de Venezuela.

Planteado así el objetivo, el desarrollo consiste fundamentalmente en abordar el tema desde dos perspectivas; a saber, el amparo constitucional desde una óptica legal y doctrinal, de que trata la sección uno del presente artículo, y el amparo constitucional según la sala constitucional, de que trata la sección dos. Finalmente se ofrece a modo de conclusión una cita del Dr. Héctor Peña Torrelles quien con muy buen criterio supo adelantarse dos décadas en el tiempo y predecir los acertadamente la época en que se vive.

DESARROLLO

1_. El Amparo Constitucional Desde una Óptica Legal y Doctrinal.

Al leer la Declaración Universal de Derechos Humanos,[2] más específicamente en su artículo 8, puede entenderse que toda persona tiene el

[2] Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de Diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

derecho de protección judicial de sus derechos constitucional, esto es, el derecho a la tutela judicial constitucional, y aunque no lo exprese así textualmente el mencionado artículo, a entender de este autor lo que se consagra en dicha norma del *Ius Cogens*, es el derecho de amparo constitucional.

Dicho artículo establece que "*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*." Puede decirse, que el anterior artículo no solo se circunscribe a derechos constitucionales, sino también a aquellos señalados por las leyes; aun así, no deja de expresar en primer lugar, el derecho a un recurso que ampare contra actos que violen derechos constitucionales. Este juicio normativo reúne todos los elementos que integran la definición del derecho de amparo constitucional.

El derecho de amparo se define Chavero (2001):

> El amparo constitucional es un derecho que se concreta en la garantía de acceder a los tribunales de justicia, mediante un procedimiento breve, gratuito, oral y sencillo, a los fines de restablecer urgentemente los derechos constitucionales que hayan sido vulnerados. Pág. 34.

El amparo constitucional, aun cuando es un derecho autónomo, parte de su contenido consiste en la garantía de otros derechos constitucionales; garantía que puede consistir en hacer cesar la lesión al derecho, reestablecer el derecho lesionado o la situación jurídica que más se le parezca; incluso, evitar una inminente lesión al derecho constitucional. Estos elementos que no están en la definición antes citada pueden desprenderse del contenido de los artículos 1 y 2[3]

[3] Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, publicada en Gaceta Oficial N° 34.060 del 27/09/1988. Artículo 1. 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, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. La garantía de la libertad personal que regula el habeas corpus constitucional, se regirá por esta Ley.
Artículo 2. La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales, agregan los dispositivos antes aludidos, la protección a otros derechos fundamentales y la protección contra omisiones.

Ahora bien, de lo antes visto se colige que el amparo constitucional es un derecho, pero a la vez funciona como una garantía para otros derechos, ello se da por su naturaleza, este es un derecho constitucional con incidencia procesal, por lo que se le ha ubicado en el campo del derecho procesal constitucional.[4] Bello (2012):

> Se trata de otra versión o cara de nuestra ciencia procesal prestada a la ciencia constitucional, que en estos tiempos ha tomado la modalidad de "Derecho Procesal Constitucional" tratándose del mismo instituto envuelto en novedad. Siendo el amparo un procedimiento especial –garantía- al servicio de los derechos fundamentales y ubicándose en la ciencia procesal, como resultará evidente del contenido de nuestro discurso, su aplicabilidad necesariamente requiere esos tres institutos fundamentales a partir de los cuales se construye la ciencia procesal, jurisdicción, acción y proceso Pág. 87.[5]

No es la intención de quien escribe tomar partido en la evidente disputa sobre el carácter sustantivo o adjetivo del amparo constitucional, sino simplemente señalar los elementos de su definición, y expresar que, en cierta medida, ambas posiciones son plausibles. Sin embargo, lo que si se expresa aquí categóricamente es la inclinación de la jurisprudencia venezolana respecto a esa

---

que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley. Se entenderá como amenaza válida para la procedencia de la acción de amparo aquella que sea inminente.

[4] Para Duque corredor, citado por Bello (2012), el derecho procesal constitucional se refiere al conjunto de principios y normas de derecho procesal que se contienen en la constitución y que determinan la modificación de la legislación procesal o su interpretación conforme a esos principios o normas, lo que se diferencia del derecho constitucional procesal, que es el que rige el proceso en la jurisdicción constitucional Pág. 18.

[5] Para Bello (2012) el amparo constitucional es "una garantía constitucional netamente jurisdiccional, ubicado en el derecho procesal constitucional, ejercitable por vía de una acción comprendida en una solicitud o querella constitucional, contentiva de una pretensión de tutela de intereses constitucionales, por medio del cual se busca de la jurisdicción la protección de los derechos fundamentales lesionados de manera directa, personal y flagrante o amenazados, previo el trámite de un debido proceso, a través de un procedimiento sumario, breve, oral, contradictorio, siempre que no existan vías ordinarias preestablecidas, expeditas e idóneas que permitan ordinariamente la protección de los derechos constitucionales. Pág. 131.

discusión. En múltiples decisiones la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido al amparo como una acción de carácter extraordinario,[6] también ha dicho que "*el amparo constitucional es la garantía o medio a través del cual se protegen derechos fundamentales*,"[7] inclinándose la Sala por definir al amparo como una forma de acción, como un medio de garantía.

El procedimiento de amparo originalmente estaba regulado por la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1987, diseñada bajo los principios de la constitución de 1961, que establecía el amparo constitucional en su artículo 49 consagrado así:

> Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

La legitimación activa correspondió a todo habitante agraviado en el goce y ejercicio de sus garantías establecidas en la constitución, bajo un procedimiento breve en el que se podía restablecer de inmediato la situación jurídica infringida. Todos estos principios fueron recogidos en la ley orgánica de amparo en sus artículos 1,13, y 22 en ese orden. Pero no solo el artículo 49 de la anterior constitución impregnó el contenido de la ley, sino que el 241 también se reflejó en su redacción, este establecía:

> En caso de emergencia, de conmoción que pueda perturbar la paz de la República o de graves circunstancias que afecten la vida económica o social de la República podrá restringir o suspender las garantías constitucionales, o algunas de ellas, con excepción de las consagradas en el artículo 58 y en los ordinales 3o. y 7o. del artículo 60. La restricción o supresión de garantías no interrumpe el funcionamiento ni afecta las prerrogativas de los órganos del Poder Nacional.

---

[6] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 18 dictada en el Expediente 00-02384 de fecha 24 de Enero del 2001.

[7] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 0080 dictada en el Expediente 00-0092 de Fecha 09 de Marzo del 2000.

Contenido que se vio reflejado en una de las causas de admisibilidad del amparo:

> Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo: 7) En caso de suspensión de derechos y garantías constitucionales conforme al artículo 241 de la Constitución, salvo que el acto que se impugne no tenga relación con la especificación del decreto de suspensión de los mismos.

De forma que, al menos desde un punto de vista constitucional y legal, el amparo resulta inadmisible si se ha suspendido el derecho constitucional que se afirma afectado, teniendo como excepciones el derecho a la vida, la incomunicación en la detención, la tortura y las penas perpetuas o infamantes[8]. Excepciones que debían complementarse con las contenidas en tratados internacionales suscritos por la República.[9]

---

[8] Art. 58. El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla. Art. 60. La libertad y seguridad personales son inviolables, en consecuencia:
3) Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral. Es punible todo atropello físico o moral inferido a persona sometida a restricciones de su libertad: Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas o infamantes. Las penas restrictivas de la libertad no podrán exceder de treinta años.

[9] Al respecto conviene tener en cuenta el artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica. Artículo 27 sobre la suspensión de garantías. Continúa en la siguiente en su Pie de Página.
1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido,

Otros aspectos que deben destacarse de la comentada Ley Orgánica son:

> 1) El amparo podía interponerse de forma escrita, o de manera oral –siendo necesario levantar un acta- y telegráfica, en cuyo caso era necesario ratificar la solicitud de amparo dentro de los tres días siguientes a su envío (artículo 16); 2) Si la solicitud adolece de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 18 de la ley, se dicta un despacho saneador, que concede 48 horas al solicitante para mejorar las debilidades en su solicitud (artículo 19); 3) Según la ley, admitido el amparo, el tribunal debía dictar un mandamiento de amparo dirigido al supuesto agraviante (artículo 22), o emplazarlo para que presente su informe en un lapso de 48 horas sin dictar el mandamiento de amparo (artículo 23), de cualquier forma, en esa fase se procedía a notificar al agraviante de manera personal o por correo certificado con acuse de recibo en las formas establecidas en el Código de Procedimiento Civil; 4) Finalmente, en la audiencia oral y pública ambas partes exponían sus alegatos con derecho a réplica, finalizada la audiencia se levantaba un acta y la sentencia se dictaba de manera improrrogable al día siguiente (artículo 26); 5) Según la ley el procedimiento no tiene una etapa probatoria, sino que ambas partes deben acompañar y postular sus pruebas en el primer acto diseñado por la ley para su actuación, en caso del agraviado con su solicitud y del agraviante con su informe.

---

de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Artículo 4.

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

A este diseño de procedimiento se le hicieron varios cambios en sentencias de los tribunales de la Extinta Corte Suprema de Justicia. Un ejemplo de ello es la **Sentencia N° 644** del 21 de Mayo de 1996 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado emérito Doctor Humberto J. La Roche, en la cual la sala declaró la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales por resultar a su decir, de inconstitucional. Además también había señalado la Extinta Corte, que sólo podían evacuarse las pruebas promovidas por las partes si ello no constituya un perjuicio irreparable para el actor por efecto del tiempo transcurrido.[10]

Poco más de once años después, es publicada en Gaceta Oficial número 5453, la actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual establece el derecho a este medio de defensa especial en su artículo 27, al tenor 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. 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. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

Entre las innovaciones que trae el antes citado artículo con respecto a la anterior constitución, se pueden destacar:

---

[10] Sentencia referida por **Bello y Jiménez** (2000) así: "Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Fecha 24 de Abril de 1998, con ponencia del Magistrado Conjuez Dr. Jesús E. Cabrera Romero, Pierre Tapia. Abril de 1998."

> Incluye expresamente los derechos consagrados en los tratados internacionales y cualquier otro derecho fundamental no positivo.
> Agrega que el proceso de amparo no estará sujeto a formalidad.
> El ejercicio del derecho de amparo no será afectado por los decretos de estado de excepción en modo alguno.

Estos cambios en la institución del amparo constitucional, son el resultado de la modificación del diseño del proceso y del estado que trajo consigo la nueva constitución; expresado en el mismo orden de los cambios enumerados *Ut Supra*, la inclusión de los tratados internacionales en materia de amparo se justifica por la disposición del artículo 23 Constitucional, que incluye a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el plano constitucional del ordenamiento jurídico, el proceso libre de formalismos deriva del contenido de los artículos 26 y 257 del texto fundamental.

Por último, cambió la institución de la suspensión de garantías por los decretos de estado de excepción, esto supone una limitación más amplia para el estado de intervenir en los derechos individuales y un espacio más amplio de garantía de los derechos humanos en todo momento.

En la opinión de este autor, dichos cambios estructurales en la constitución y también, los cambios señalados específicamente en la concepción del Amparo Constitucional justifican sobradamente la promulgación de una nueva Ley Orgánica de Amparo, que había tenido que dictarse hace 19 años.[11] En su defecto, mantiene su vigencia la pre-constitucional Ley Orgánica de Amparo citada arriba.[12]

---

[11] **Disposición Transitoria Sexta de la Actual Constitución**. "*La Asamblea Nacional en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se les dará prioridad a las leyes orgánicas sobre pueblos indígenas, educación y fronteras*."

[12] Disposición **Derogatoria Única** de la CRBV 1999. "*Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución*."

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

2_. El Amparo Constitucional Según la Sala Constitucional del TSJ.

Ahora bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no tardó en aprovechar el cambio de paradigma constitucional para reformar la ley aquí aludida, dictando el 1 de Febrero de 2000, la **Sentencia N° 7** con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, la cual en síntesis hizo las siguientes modificaciones a la ley:

> En **1°** lugar, estableció que lo pedido en amparo no es vinculante para el juez, dado que su llamado es a resguardar el orden constitucional y no está sujeto en amparo por el principio dispositivo. En **2°** lugar, estableció que lo que resulta vinculante para el juez de amparo son los hechos y no los derechos que el agraviado señala como violados o amenazados; **3)** en consecuencia de lo anterior el jue constitucional tiene libertad discrecional de resolver el conflicto planteado recurriendo a soluciones diversas a las que pueda solicitar el agraviado; **4)** Situó el carácter preclusivo de las oportunidades para promover pruebas, para el solicitante, con su solicitud y para el agraviado en la audiencia oral. Donde si el juez lo considera necesario evacuará las pruebas o fijará su evacuación para el día siguiente, en todo caso de la actividad probatoria se levantará un acta; **5)** Agrega con amplitud diversos medios de citación, tal como la vía telefónica, correo electrónico y cualquier otro medio disponible, así como la obligación de notificar al Ministerio Público; **6)** Castiga con el desistimiento y la confesión de los hechos respectivamente a cada parte por su inasistencia a la audiencia oral; **7)** La sentencia se dicta, su dispositivo al finalizar la audiencia y el texto íntegro dentro de los cinco días siguientes, aunque puede el dispositivo ser diferido por 48 horas si es necesario evacuar una prueba después de finalizada la audiencia oral.

De manera que la jurisprudencia no reformó totalmente el contenido de la ley, sino que mantuvo varios elementos de la misma, como los requisitos de admisibilidad y de la solicitud de amparo, por ejemplo.[13] Puede suponerse que el

[13] Artículos 6 y 18 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

cambio de Constitución, el establecimiento de un sistema de control constitucional mixto y la creación de una Sala Constitucional como máximo intérprete de la constitución traen siempre como resultado, que en el marco de la interpretación constitucional delas leyes, los tribunales constitucionales y especialmente el constitucional puedan modificar las leyes.

Al respecto se ha comentado Casal (2015):

> En dichos contextos se aboga por la lectura de las disposiciones legales a la luz de la constitución, esto es, por la interpretación constitucional del ordenamiento jurídico, y por la eficacia mediata o inmediata de aquella en la resolución d controversias entre particulares, de la mano de los derechos fundamentales, así como para la aplicación judicial directa de estos derechos cuando no haya sido dictada una ley que les dé concreción, e incluso desplazando a las leyes en sistemas difusos o mixtos de control de la constitucionalidad. Pág. 16.

Nótese que, el desplazamiento de las leyes referido ocurre en el marco del control constitucional difuso, en el que de manera particular y solo para el caso concreto, se desplaza la ley para aplicar directamente la constitución, y no desde el punto de vista del control concentrado en el que se resuelve el caso con efectos erga omnes. En el control constitucional concentrado, el juez se vuelve un legislador negativo, al anular las disposiciones legales que contraríen la constitución.

Sin embargo, la Sala Constitucional no ha hecho ni lo uno, ni lo otro, sino que ha asumido competencias del legislador, y aunque el amparo es un derecho de carácter procesal constitucional, interpretar su contenido y alcance no significa violar la reserva legal en materia de derecho adjetivo, mal hizo la sala en establecer un procedimiento novedoso y por vía de carácter vinculante, convertirlo indirectamente en ley.

En estos términos se expresó el Magistrado Héctor Peña Torrelles, quien además de salvar su voto en esos términos, señaló:

> Permitir a discreción del juez la alteración de los principios constitucionales en materia procesal desarrollados por la ley,

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

> lejos de proteger a la constitución, la convierte en un texto manejable con base en criterios de oportunidad o conveniencia del aplicador judicial, que en definitiva causa inseguridad jurídica en un estado de derecho, lo que se traduce en su desaparición.[14]

Dejando de lado lo antes dicho, conviene destacar el tema de la amplitud de medios para la práctica de notificaciones en materia de amparo, haciendo énfasis en aquella practicada mediante correo electrónico. Al respecto opinan Bello y Jiménez (2000) "tampoco ofrece certeza alguna de haberse recibido la notificación" Pág. 196, no obstante, en Méjico el artículo 26 de la Ley de Amparo establece la validez de las citaciones practicadas por correo electrónico. Al respecto comenta Betancourt (2018):

> La fracc IV del art 26 de la LAmp autoriza que podrá notificarse por vía electrónica a las partes que expresamente así lo soliciten y que hayan obtenido con antelación la firma electrónica. Se trata sin duda de un régimen de vanguardia, que supone un buen uso de la tecnología para hacer más eficaz el servicio judicial. Los detalles técnicos sobre el certificado digital, así como respecto a la solicitud, renovación y revocación de la firma electrónica se señalan en el Acuerdo General 34/2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula la firma electrónica certificada del Poder Judicial de la Federación (Firel) emitida por el Consejo. Dicho acuerdo se publicó en el DOF el 13 de octubre de 2014. Pág. 117-118

De hecho, en Méjico se puede incluso notificar mediante la publicación de la boleta en el portal web del Poder Judicial de la Federación; claro está, ello sometido un régimen de subsidiariedad respecto de la notificación personal.

En Venezuela, la Sala de Casación Civil del TSJ en su resolución número 05-2020, de fecha 05 de octubre de 2020 estableció la obligación de las partes de indicar su dirección de correo electrónico con la finalidad de celebrar notificaciones por ese medio digital, en lo sucesivo las demás salas han adoptado

[14] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 07 de fecha 01 de Febrero del año 2000: **Voto Salvado**.

esa exigencia con la finalidad de tomar también la iniciativa en notificaciones vía correo electrónico, ello con la venia de la Sala Plena del TSJ que igualmente ha proferido varias resoluciones a tal efecto.[15]

Aun cuando sea objetable la sentencia Nª 7 del 01 de febrero de 2001 de la Sala Constitucional del TSJ, su aplicación se ha impuesto en todos los tribunales de la república, a partir de esta, se han hecho modificaciones y ampliaciones de la misma, incluyendo nuevas disposiciones por así decirlo, no contempladas en la sentencia ya analizada. A continuación, se expondrá algunos de estos cambios mencionados.

Según Brewer (2011):

> En materia de amparo contra actos administrativos y conductas omisivas de la administración, el artículo 5o. de la Ley Orgánica dispone que: "La acción de amparo procede contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional". En consecuencia, si dicho medio procesal acorde con la protección constitucional existe, la acción de amparo no es admisible; con la posibilidad de ser dicho medio el recurso contencioso administrativo de anulación, siempre que exista en la localidad un tribunal con competencia contencioso-administrativa, y se formule en el mismo conjuntamente con la pretensión de nulidad, la pretensión de amparo. Pág. 257.

Sobre la forma de sustanciar estos procedimientos, en fecha 14 de Marzo del año 2000, la Sala Constitucional dictó una sentencia en los siguientes términos:[16]

---

[15] Las resoluciones de la Sala Plena del TSJ números 2020-0009 del 4 de noviembre de 2020 en materia penal, la 2020-029 del 09 de diciembre de 2020 para los Tribunales de Protección del Niño Niña y Adolescente y más recientemente la resolución 2021-0011 del 09 de junio del 2021 para la Sala Político Administrativa.

[16] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. **Sentencia N° 88** de Fecha 14 de Marzo de 2000.

> En caso de que se declare inadmisible la acción principal, se dará por concluido el juicio y se ordenará el archivo del expediente.
> Para el supuesto que se admita la acción de nulidad, en el mismo auto se ordenará abrir cuaderno separado en el cual se designará Ponente, a los efectos de decidir sobre el amparo constitucional.
> El procedimiento de nulidad continuará su trámite por ante el Juzgado de Sustanciación, y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional. En el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agraviante, para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer (3º) día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos. En el auto en el que se fije la celebración de la audiencia oral y pública, se ordenará la notificación del Ministerio Público.
> Una vez concluido el debate oral, la Sala en el mismo día deliberará, y podrá:
> Pronunciarse inmediatamente sobre la oposición, en cuyo caso se expondrá de forma oral los términos de la decisión, la cual deberá ser publicada íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó aquélla.
> Diferir la audiencia oral por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas por estimar que es necesario la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.
> 6. La decisión recaída sobre el amparo constitucional en nada afecta la tramitación de la causa principal.

La anterior sentencia, modificó el criterio de la extinta Corte Suprema de Justicia sobre el procedimiento que debe seguirse al interponer conjuntamente con una acción de amparo una acción de nulidad. Al respecto la extinta corte establecía:[17]

[17] Corte Suprema de Justicia en Pleno. Sentencia proferida el 21 de Mayo de 1996 citada por la Sala Constitucional en **Sentencia N° 88** de Fecha 14 de Marzo de 2000.

> 1. Tramitar la solicitud de amparo constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo.
> 2. En caso de que la solicitud de amparo sólo tenga por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, darle el mismo tratamiento de beneficio que la suspensión de efectos prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
> 3. Si la solicitud de amparo tiene por objeto la obtención de una medida cautelar de las previstas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, tramitarla de conformidad con lo previsto en el Título II del Libro Tercero de dicho Código. No obstante, se observa que la potestad prevista en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia otorgada al juez Contencioso Administrativo, le permite a éste la aplicación de otros procedimientos de acuerdo a la naturaleza del caso y a las exigencias de la protección constitucional."

De ese modo, la Sala Constitucional agrega un breve procedimiento respecto de las medidas, que consiste en la oposición hecha por el supuesto agraviado en un lapso de 48 horas, mientras que era el criterio anterior recurrir al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil, en opinión de quien escribe, ello supone un atraso en el desenvolvimiento normal de la acción de amparo, tomando al menos 10 días[18] para la resolución de la medida, totalmente incompatible con el nuevo procedimiento de amparo, ya que conforme al actual procedimiento de amparo, la sentencia debe proferirse en un lapso de 6 días aproximadamente.

Otro criterio de vital importancia es el que emitió la Sala Constitucional el 16 de Julio del año 2013,[19] en el cual la referida Sala del Tribunal Supremo de Justicia introdujo dos cambios esenciales respecto de su **Sentencia N° 7** del 01 de Febrero del 2000. El primero de ellos, se refiere a la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales,[20] que

[18] Artículo 602 del Código de Procedimiento Civil.
[19] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. **Sentencia N° 993** de fecha 16 de Julio de 2013. Expediente 13-0230.
[20] El Tribunal que conozca de la solicitud de amparo tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

establece la posibilidad de dictar mandamientos de amparo que, vienen siendo una especie de medidas cautelares para proteger inmediatamente el derecho vulnerado o amenazado, ello sin oír al supuesto agraviante. La sentencia se expresó así:

> La autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer **inmediatamente** la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; de allí que pueda o no hacerse exigible el contradictorio en el procedimiento de amparo, dependiendo ello del hecho de que el juez constitucional estime el procedimiento más conveniente para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida que es lo medular en la vía del amparo; si ello no fuese así, el amparo carecería de eficacia. Por lo tanto, cuando el mandamiento de amparo se fundamente en un medio de prueba **fehaciente** constitutivo de **presunción grave** de la violación constitucional, debe repararse **inmediatamente, en forma definitiva, y sin dilaciones** la situación infringida, sin que se haga necesario abrir el contradictorio, el cual, sólo en caso de duda o de hechos controvertidos, justificará la realización de una audiencia oral contradictoria. Si ello no fuera así se desvirtuaría la inmediatez y eficacia del amparo.[21]

Dicha posición se justificaba en el derecho a la defensa oyendo primero las partes y a los terceros interesados. Originalmente dicha postura fue instaurada por la Extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno,[22] y se quedó así en el diseño del procedimiento de amparo de la Sentencia N° 7 de esta sala (Caso Mejía-Sánchez) que se ha venido tratando. Además, la citada sentencia Nº 993 de la SC, no sólo se cambió el criterio respecto del mandamiento de amparo, sino que agregó:

---

averiguación sumaria que la preceda. En este caso, el mandamiento de amparo deberá ser motivado y estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación.

[21] Cfr. **Brewer, A.** (2021) "*Derecho de Amparo y Acción de Amparo Constitucional*." 1ra. Edición. Págs. 643-645.

[22] Corte Suprema de Justicia en Pleno. **Sentencia N° 644**, de Fecha 21 de Mayo de 1996.

> En efecto, existen situaciones de mero derecho o de tan obvia violación constitucional que pueden ser resueltas con inmediatez y sin necesidad del previo debate contradictorio porque se hace obvia igualmente la situación jurídica infringida; ¿por qué demorar entonces la restitución de los derechos constitucionales infringidos? La Sala considera que el procedimiento de amparo constitucional, en aras de la celeridad, inmediatez, urgencia y gravedad del derecho constitucional infringido debe ser distinto, cuando se discute un punto netamente jurídico que no necesita ser complementado por algún medio probatorio ni requiere de un alegato nuevo para decidir la controversia constitucional. En estos casos, a juicio de la Sala, no es necesario celebrar la audiencia oral, toda vez que lo alegado con la solicitud del amparo y lo aportado con la consignación del documento fundamental en el momento en que se incoa la demanda, es suficiente para resolver el amparo en forma **inmediata y definitiva**.

Ya no se refiere la Sala, al mandamiento de amparo que tendría una finalidad de tutela provisional, sino que se refiere a la decisión de fondo del amparo, quedando a criterio de la sala decidir de inmediato, cuando esta considere que el asunto es de mero derecho o bien, que de las pruebas documentales sea evidente la violación constitucional, por lo que la sala decidirá el amparo sin oír a la otra parte.

De modo que la sala decidiría si concede al supuesto agraviante la oportunidad de defenderse o no. Resulta tremendamente desequilibrado el amparo en estos términos, donde la decisión se emitirá sin siquiera enterarse el supuesto agraviante del amparo en su contra, si bien el amparo debe ser sumario y breve, ello no justifica vulnerar por completo el derecho a la defensa de quien se acusa como agraviante, indudablemente supone un terrible exceso por parte de la Sala Constitucional agregar condiciones tan desproporcionadas al procedimiento de amparo. Sobre la interpretación debida del referido artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos Y garantías Constitucionales se ha expresado Brewer (2021):

> El amulado artículo 22 de la Ley Orgánica, en nuestro criterio, pudo haberse interpretado con el criterio *favor constitucione*, como estableciendo la potestad cautelar del Juez de amparo, al

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

> atribuirle la potestad para restablecer la situación jurídica infringida, "*prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda;*" para lo cual exigía que el decreto cautelar de amparo fuera motivado y estuviese fundado "*en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación*." Pág. 643.[23]

Cosa distinta supone la sentencia definitiva de amparo que requiere el ejercicio del contradictorio y de la actividad probatoria que pueda eventualmente ser sustanciada ante el tribunal de amparo.

Más aun, la sentencia definitiva sin oír al supuesto agraviante le arrebata a este de forma absoluta su derecho a la defensa y todos los derechos que le componen, pero no solo eso, sino que transciende el derecho individual del agraviado y afecta la estructura de la acción de amparo y la bilateralidad misma del derecho. Al respecto comenta Brewer (2016):

> La garantía de los derechos constitucionales implica que el derecho de amparo o de protección de los mismos que tiene toda persona, debe poder ejercerse sea quien fuere la persona que produce la violación o el daño, siempre que el responsable, persona o entidad pública o privada sea individualizable como agraviante, de manera que incluso el resultado final pueda ser una orden judicial "dirigida a un individuo claramente identificado y no solo a la ciudadanía en general". De allí que adjetivamente, el proceso de amparo esté signado siempre por la característica de la bilateralidad, basada en la relación procesal que debe ser establecida entre la parte agraviada y la agraviante, quien debe participar también del proceso. Pág. 93.

Resulta un absurdo condenar en amparo a una persona natural o jurídica sin que esta intervenga en el juicio de amparo, así lo ha expresado la Sala Político

---

[23] **Brewer, A.** (2021) "*Derecho de Amparo y Acción de Amparo Constitucional*." 1ra. Edición. Pág. 643. A pesar de disentir sobre lo que en las líneas siguientes se explica sobre los poderes cautelares del Juez, por considerarse aquí la sentencia comentada, que no se cita en el trabajo del profesor Brewer, si comparte este autor el párrafo inicial de su capítulo "V LA POTESTAD CAUTELAR DEL JUEZ DE AMPARO" de la décima cuarta parte del libro referido aquí citado.

Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de diciembre de 1992, caso Haydee M. Casanova.[24]

En fecha 18 de Junio de 2019 la Sala Constitucional del TSJ dicta con carácter vinculante, en el *Obitter Dictum* de su sentencia, criterio sobre la sustanciación de las denuncias de incumplimiento de los mandamientos de amparo. En el mencionado criterio expuso:

> Ante la manifestación de incumplimiento o desacato del mandamiento de amparo constitucional, el tribunal que esté conociendo de la causa deberá, de manera inmediata, remitir a esta Sala Constitucional el expediente contentivo de la acción de amparo ejercida, junto con la denuncia de incumplimiento o desacato que se haya realizado, debiendo esta Sala -en un lapso perentorio de sesenta (60) días continuos- dictaminar sobre la viabilidad del mismo, para lo cual deberá emitir una decisión muy sucinta en términos de verosimilitud y no de plena certeza, a modo de controlar, ***prima facie***, su fundabilidad. En caso de que la decisión de la Sala sea favorable o proclive a que se le dé cause o trámite a la denuncia, devolverá el expediente al tribunal de la causa, ante el cual se instruirá el procedimiento correspondiente, de acuerdo con los parámetros establecidos en la citada **Sentencia N° 245** del 9 de Abril de 2014, lo que implica la consulta ***per saltum*** de la decisión que declare el desacato e imponga la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, caso contrario, se declarará concluido el procedimiento con la consecuente orden de cierre del expediente y envío del mismo al tribunal de la causa.

Se deja claro que tal pronunciamiento no será necesario en aquellos casos en los que sea esta Sala Constitucional la competente para dilucidar la denuncia de incumplimiento o desacato del mandamiento de amparo, en cuyo caso deberá

[24] Consultada en la Revista de Derecho Público Nº52, 1992 Editorial Jurídica Venezolana, Jurisprudencia. Pág. 139.

aplicarse, sin más, el procedimiento señalado en la mencionada **Sentencia N° 245**, del 9 de Abril de 2014.[25]

De modo que la variación que crea la Sala Constitucional será aplicable a todos los tribunales de instancia, pero no para ella, por obvias razones, La Sala no tiene un órgano superior de consulta en materia constitucional. Para sustanciar ese tipo de denuncias, ella se seguirá aplicando el anterior criterio jurisprudencial el cual establecía:

> Ahora bien, conforme a lo hasta aquí expresado y en virtud de la relevancia de los intereses jurídicos involucrados en el procedimiento por desacato al mandamiento de amparo constitucional, cuando este último haya sido declarado por cualquier otro tribunal distinto a la Sala Constitucional (cuyas decisiones sí puedan ser examinadas por un tribunal superior en la jurisdicción constitucional), éste deberá remitirle en consulta (*per saltum*), copia certificada de la decisión que declare el desacato e imponga la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, previa realización del procedimiento de amparo señalado por esta Sala en la **Sentencia N° 138** del 17 de Marzo de 2014, para que, luego de examinada por esta máxima expresión de la jurisdicción constitucional, de ser el caso, pueda ser ejecutada. En ese sentido, tal como se desprende de ello, la referida consulta es anterior a la ejecución de la sentencia y tendrá efecto suspensivo de esta última. Así se declara. Por tales argumentos de hecho y de derecho, esta Sala debe declarar con criterio vinculante, el carácter jurisdiccional constitucional de la norma establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ello para garantizar el objeto y la finalidad de esa norma y, por tanto, para proteger los valores que ella persigue tutelar: los derechos y garantías constitucionales, el respeto a la administración de justicia, la administración pública, el funcionamiento del Estado, el orden jurídico y social, la ética, la convivencia ciudadana pacífica y el bienestar del Pueblo, junto a los demás valores e intereses constitucionales vinculados a éstos. Por lo tanto, las

[25] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. **Sentencia N° 145**. Expediente N° 16-0299.

> reglas del proceso penal y de la ejecución penal no tienen cabida en este ámbito (fijación de la competencia territorial respecto de la ejecución, intervención fiscal, policial y de la jurisdicción penal –la cual, valga insistir, encuentra su último control constitucional en esta Sala-, suspensión condicional de la pena, fórmulas alternas de cumplimiento de la pena, entre otras tantas), más allá de lo que estime racionalmente esta Sala, de caras al cumplimiento del carácter retributivo, reflexivo y preventivo de la misma y cualquier otra circunstancia que encuentre sustento en el texto fundamental.[26]

De manera que lo que quedaba pendiente era la ejecución y se consultaba el contenido del fallo relativo a la sentencia de amparo en su fundamentación, ahora se debe consultar inmediatamente al recibir la denuncia y aunque el criterio establece que se pronunciara sobre su viabilidad, lo que parece es que la Sala Constitucional impondrá su decisión a los tribunales de Instancia, a efectos prácticos será la Sala Constitucional la que decida sobre todos estos casos de incumplimiento el mandamiento de amparo en todo el territorio nacional.

Finalmente es cardinal hacer notorio el criterio de la Sala Constitucional de Fecha 12 de Agosto de 2020 en el que la referida sala dispuso:

> Como punto previo, se observa de la revisión de las actas del expediente, que la última actuación de la parte accionante con miras a dar impulso al proceso fue consignada el 7 de febrero de 2020, oportunidad ésta en la que diligenció para solicitar pronunciamiento sobre la acción de amparo interpuesta, sin que hasta la presente fecha haya realizado alguna otra actuación que ponga de manifiesto su interés en obtener la tutela constitucional demandada, habiendo transcurrido, desde ese entonces, un período superior a seis (6) meses. Por tanto en condiciones normales, se configuraría el abandono del trámite en la presente causa. No obstante, no puede pasar por alto esta Sala que actualmente en el país se encuentra vigente el Decreto N° 4.247, por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se declara el estado de alarma en

[26] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia **Sentencia N° 245**. Expediente N° 14-0205.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

> todo el territorio nacional, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19), publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.554 Extraordinario del 10 de Julio de 2020, cuya constitucionalidad fue declarada por esta Sala mediante decisión N° 0081 del 22 de julio de 2020. Igualmente, es de hacer notar que por resolución N° 2020-005 del 14 de Julio de 2020, dictada por la Sala Plena de este Alto Tribunal se prorrogó por 30 días el plazo establecido en la Resolución número 004-2020, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia el 12 de junio de 2020, en razón de que persisten las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela debido a la pandemia COVID-19. Por lo que esta Sala atendiendo a las circunstancias extraordinarias anteriormente descritas, resuelve desestimar el abandono de trámite y pasar a dilucidar lo planteado. Así se decide.[27]

Resulta ajustada a derecho la decisión de la sala y así debe aplicarse respecto de los amparos interpuestos en los demás tribunales de instancia, dado que en las Resoluciones 2020-0001 y sus prórrogas, se estableció que no correrían los lapsos procesales, razón por la cual no podrían computarse para determinar el abandono del trámite.

Evidentemente que la figura de amparo en Venezuela ha sido moldeada por la jurisprudencia, desde antes de la promulgación de la Ley Orgánica Sobre Derechos y Garantías Constitucionales precisamente por su ausencia, y porque actualmente no existe una Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional. Si en otros tiempos los tribunales de instancia pecaban por aplicar formas propias del proceso civil que frente al amparo son bastante lentas, ahora la Sala Constitucional no desaprovecha oportunidades para legislar positiva y no negativamente, ante la omisión legislativa que al inicio de este artículo se delata. Los peligros inminentes del constitucionalismo moderno se hacen una realidad, y como si dejo al principio de este nuevo orden jurisprudencial, en el voto salvado del Dr. Peña Torrelles en sentencia Nº 7 del 1 de Febrero de 2000:

---

[27] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 91 de Fecha 12 de Octubre de 2020. Expediente 19.0741.

> Permitir a discreción del juez la alteración de los principios constitucionales en materia procesal desarrollados por la ley, lejos de proteger a la constitución, la convierte en un texto plegable con base en criterios de oportunidad o conveniencia del aplicador judicial, que en definitiva causa inseguridad jurídica en un Estado de Derecho, lo que se traduce en su desaparición

Sobre el papel que juega la jurisprudencia la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de Méjico, citada por Contreras (2009) expresa:

> la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador. La jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente. En consecuencia, si la jurisprudencia sólo es la interpretación de la ley que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido. Pág. 632.

No se trata aquí de la polémica entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, sino de que, en cualquier caso, postura que se tome, o cualquier método de integración del derecho que se aplique, el punto de partida para la solución del conflicto judicial es siempre un principio o una norma jurídica preestablecida por el órgano competente para tal fin y no la creatividad del Órgano Jurisdiccional.

Otro criterio jurisprudencial que resulta muy curioso es el de la sentencia **Nº 00028** proferida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 03 de marzo del año 2021, con Ponencia del Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, expediente Nº 2020-0077.

Mediante oficio Nro. TS8CA/0166 de fecha 22 de Octubre de 2020, la SPA recibió el 2 de noviembre de 2020, del Juzgado Superior Estadal Octavo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, el expediente contentivo de la "*Acción de amparo Constitucional*" ejercida por la sociedad mercantil **PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A. (PDVSA),** contra la sociedad de comercio **AEROVÍAS VENEZOLANAS, S.A., (AVENSA)**.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

Es el caso que Mediante escrito presentado en fecha 1° de Julio de 2020, ante la Coordinación de los Juzgados Superiores Estadales Contenciosos Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, la sociedad mercantil Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA),mediante representación judicial interpuso "*acción civil*" contra la empresa Aerovías Venezolanas, S.A y el mencionado Juzgado Superior Contencioso Administrativo recalificó la acción como un amparo constitucional bajo los siguientes argumentos:

> Verificado que la representación de la empresa del Estado Venezolano lo que pretende es interrumpir la prescripción de la acción interpuesta y verificado que en estos momentos no existe disponible una vía ordinaria para proteger con brevedad los intereses de la República, este Tribunal con la finalidad de proteger la tutela judicial efectiva y demás garantías de acceso a la justicia recalifica excepcionalmente y a los solos efectos de emitir pronunciamiento respecto de la interrupción de la prescripción; (…) estimó que conforme a lo previsto en la Ley de amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (sic) y a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer de la presente acción de amparo[28].

De modo que lo que califico la accionante como una acción civil por cobro de Bolívares por el procedimiento de ejecución de hipotecas, terminó calificándose de oficio como una acción de amparo constitucional con la finalidad de admitirlo para interrumpir la prescripción y declinó su competencia por la cuantía a la SPA del TSJ. Más alarmante es lo dicho por la SPA al recibir el expediente:

> De conformidad con lo expuesto, observa esta Máxima Instancia que la actuación del Juzgado Superior remitente al recalificar la demanda de autos, obedeció a una situación excepcional, tomando en consideración el Decreto Nro. 4.247 dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia

[28] Tomado de la sentencia comentada dado que no se encuentra publicada esta decisión en la página web del tribunal supremo de Justicia Correspondiente a la Región Capital.

> relacionados con el coronavirus (COVID-19), publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.554 Extraordinario del 10 de julio de 2020, cuya constitucionalidad fue declarada por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal mediante decisión Nro. 0081 del 22 de julio de 2020. Igualmente, es de hacer notar que por Resolución Nro. 004-2020 del 12 de junio de 2020 dictada por la Sala Plena de este Alto Tribunal, se prorrogó por 30 días el plazo establecido en la Resolución Nro. 003-2020, dictada por la misma Sala el 13 de mayo de 2020, en razón de que persistían las circunstancias de orden social que ponían gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela debido a la pandemia COVID-19, encontrándose los Tribunales Superiores, entre otros, habilitados únicamente para tramitar acciones de amparos constitucionales.

Así las cosas, los tribunales de instancia tuvieron competencia durante la suspensión de actividades judiciales por COVID 19, para recalificar las acciones como amparos constitucionales a fin de admitirlas para interrumpir la prescripción; admisiones estas que serían hechas a espaldas de los requisitos más esenciales de admisibilidad de la acción de Amparo Constitucional, todo justificado para garantizar la tutela judicial efectiva.

Se equivoca en su justificación la SPA, dado que las Resoluciones que esta sala mencionó no establecieron nunca que durante la suspensión solo se tramitarían amparos, sino que establecía que en materia de amparo serian hábiles y que de manera excepcional los tribunales que estuvieran de guardia podía sustanciar las causas de urgencia, por lo que la debida justificación en opinión de quien escribe habría sido tratar el caso como uno de excepcional urgencia conforme a las resoluciones de paralización de la sala plena y no recalificar las acciones de distinta naturaleza como acciones de amparo que nunca fueron propuestas.

Por último, vale señalar la sentencia **Nª 0179** dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Fecha 14 de Mayo de 2021, expediente 16-0390, con Ponencia del Magistrado René Alberto Degraves Almarza en la que la Sala expuso:

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

> Como punto previo, se observa de la revisión de las actas del expediente, que la última actuación de la parte accionante con miras a dar impulso al proceso fue consignada el 26 de septiembre de 2019, oportunidad ésta en la que diligenció para solicitar pronunciamiento sobre la acción de amparo interpuesta, sin que hasta la presente fecha haya realizado alguna otra actuación que ponga de manifiesto su interés en obtener la tutela constitucional demandada, habiendo transcurrido, desde ese entonces, un período superior a seis (6) meses; por tanto en condiciones normales, se configuraría el abandono del trámite en la presente causa. No obstante, no puede pasar por alto esta Sala que actualmente en el país se encuentra vigente el Decreto N° 4.413, de fecha 31 de diciembre de 2020, dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19), publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°6.610, Extraordinario del 31 de diciembre 2020, cuya constitucionalidad fue declarada por esta Sala mediante decisión N° 002 del 14 de enero de 2021.
>
> Igualmente, es de hacer notar que aunque se han reanudado paulatinamente las actividades judiciales en semana flexible, de acuerdo a lo estipulado mediante Resolución número 2020-0008 del 1° de octubre de 2020, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo a los lineamientos decretados por el Ejecutivo Nacional, resulta innegable la persistencia de las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela debido a la pandemia COVID-19, situación que pudiera dificultar en términos de movilidad el actuar de los accionantes en el presente asunto, dadas las restricciones de circulación en el territorio nacional, por lo que esta Sala atendiendo a las circunstancias extraordinarias anteriormente descritas, resuelve desestimar el abandono de trámite y pasar a dilucidar lo planteado. Así se decide

Aquí, la Sala no solo aplica su propio criterio Nº 91 de fecha 12 de Octubre de 2020, respecto de no aplicar el abandono del trámite durante la suspensión de actividades judiciales, sino que lo extiende al tiempo de actividad judicial en el

que se mantengan las restricciones del libre tránsito impuestas por el decreto de estado de excepción e alarma dictado por el ejecutivo nacional.

CONCLUSIONES

En materia de amparo constitucional, más específicamente en su ámbito adjetivo, pero también en su ámbito sustancial, la legislación, en el primer caso es precaria, no solo por lo preconstitucional, sino porque tampoco ha sido promulgada la ley orgánica de la jurisdicción constitucional prometida en las disposiciones transitorias de la vigente constitución de 1999; en el segundo ámbito, lo es porque ciertamente ninguna ley puede ni podrá agotar el alcance de un principio constitucional, todo ello conduce a que la jurisprudencia juegue un papel fundamental en esclarecer como se ha de entender el principio in comento y como ha de ser su sustanciación.

Sobre el papel que ha jugado la jurisprudencia venezolana en materia de amparo debe destacarse que, aunque lo ut supra planteado resulta forzosamente cierto, ello no implica una justificación para que las Salas del Tribunal Supremo de Justicia este facultadas para legislar, ello compromete el principio de división de poderes públicos y más allá de eso judicializa una función que es esencialmente política, que en un estado democrático solo podría estar en manos del órgano político más ampliamente representativo del estado, esto es, la Asamblea Nacional. Explicar el contenido y alcance de un principio, de una ley o aplicar los métodos de integración de derecho son actividades que competen al poder judicial y que siempre parte de normas o principios constitucionales preestablecidos, sin que ninguno de estos métodos para resolver conflictos judiciales implique la promulgación de una ley, o bien de normas jurídicas de cualquier forma.

Finalmente, una recomendación para abogados en ejercicio fundamentalmente; resulta obligatorio revisar constantemente las decisiones que emite el Tribunal Supremo de Justicia en materia de amparo, dado que, nos parezca adecuado o no, en la praxis del derecho es el poder judicial quien diseña, establece y regula los aspectos sustantivos y adjetivos del amparo constitucional en Venezuela.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bello, H.-Jiménez, D. (2000) *"El Nuevo Amparo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."* Editorial Mobil-Libros. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 299.

Bello, H. (2012) "*Sistema de Amparo. Derecho Procesal Constitucional.*" Ediciones Paredes, Caracas, 2012. Págs. 620.

Brewer, A. (2011) El Amparo Constitucional en Venezuela En, "*Revista IUS. Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Julio-Diciembre*. Volumen 5. Número 27." Págs. 307. 251-277 disponible en: https://www.revistaius.com/index.php/ius/issue/view/12

Brewer, A. (2016) El Proceso de Amparo en el Derecho Constitucional Comparado de América Latina En "*Gaceta Jurídica*". Lima. Págs. 229.

Brewer, A. (2021) "Derecho de Amparo y Acción de Amparo Constitucional." Editorial Jurídica Venezolana, Caracas D.F.,Venezuela. Págs. 768.

Casal, J. (2015) *"La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo."* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 273.

Contreras, J. (2009) *"El Juicio de Amparo. Principios Fundamentales y Figuras Procesales."* Mc. Graw Hill. Méjico D.F. Págs. 715.

López, E. (2018) *"Amparo"* IURE Ediciones, disponible en http://ebookcentral.proquest.com/lib/urnchihuahuasp/detail.action?docID=5513408. 30-07-2021 Págs. 310.

Chavero, R. (2001) *"El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela."* Editorial Sherwood. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 566.

Ramos, M. (1992) Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo) En, "*Revista de Derecho Público. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. Octubre-Diciembre. Número 52.*" Págs. 254. 85-254. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/rdpub_1992_52.pdf

Gaceta Oficial Extraordinaria 4.209 de Fecha del 18 de Septiembre de 1990. Código de Procedimiento Civil.

Gaceta Oficial Extraordinaria 662 de Fecha del 23 de Enero de 1961. Constitución de la República de Venezuela. Congreso de la República de Venezuela.

Gaceta Oficial Extraordinaria 5.908 de Fecha 19 de Febrero de 2009.Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional.

Gaceta Oficial 34.060 de Fecha 27 de Septiembre de 1988. Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de la Naciones Unidas. **Resolución 217 A (III)** del 10 de Diciembre de 1948.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32) del 22 de Noviembre de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas. **Resolución 2200 A** (XXI) del 16 de Diciembre de 1966.

Sentencia N° 7 de Fecha 1 de Febrero de 2000, Expediente N° 00-0010. Magistrado Ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 80 de Fecha 03 de Marzo de 2000. Expediente N° 00-0092. Magistrado Ponente José Manuel Delgado Ocando. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 88 de Fecha 14 de Marzo de 2000. Expediente N° 00-0732. Magistrado Ponente Héctor peña Torrelles.

Sentencia N° 18 de Fecha 24 de Enero de 2001. Expediente N° 00-2384. Magistrado Ponente Iván Rincón Urdaneta. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 993 de Fecha 16 de Julio de 2013. Expediente N° 13-0230. Magistrado Ponente Iván Rincón Urdaneta. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 245 de Fecha 9 de Abril de 2014. Expediente N° 14-0205. Ponencia Conjunta. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 0145 de Fecha 18 de Junio de 2019. Expediente N° 16-0299. Magistrado Ponente Carmen Zuleta de Merchán. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 091 de Fecha 12 de Agosto de 2020. Expediente N° 19-0741, René Alberto Degraves Almarza. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

ISSN 2739-0330 (en línea)
REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO ● Número 1 Especial ● noviembre 2022
Luís Alberto Martínez Chacón ● Pág.: 690 – 719

Sentencia Nº 00028 de fecha 3 de Marzo de 2021. Expediente Nº 2020-0077, Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 0179 de Fecha 14 de Mayo de 2021. Expediente N° 16-0390, René Alberto Degraves Almarza. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Rechtsstaat
Estado de Derecho

ula Derecho

PUBLICACIONES

ARTÍCULOS

- **"Enseñanza de la Lecto-Escritura y Metodología del Estudio e Investigación: Un Acercamiento a la Experiencia Docente en la Escuela de Derecho-ULA"** de Jesús Alfredo Morales Carrero
- **"Una Aproximación al Debido Proceso como Garantía Vital"** de Jim Douglas Morantes Monzón
- **"Alcances de la Interpretación Jurídica para el Juez en el Contexto del Código Civil Venezolano"** de Arelys Ramona Rondón de Guillén
- **"Contestación de la Demanda en el Procedimiento Oral Civil Venezolano"** de Humberto José Angrisano Silva
- **"La Eficacia Parcial de las Sentencias Extranjeras en materia de Familia: Especial Referencia a la Interpretación y la Argumentación del Juez Civil"** de Cristina Beatriz Figueredo González
- **"Autorizaciones para Viajar de Niños, Niñas y Adolescentes: Procedimientos Judiciales"** de Douglas Montoya Guerrero
- **"Estudio de la Eficacia de la Prueba de Oficio contenida en el COGEP y conferida a los Jueces"** de Bartolomé Gil Osuna, Brayan Alejandro Mayorga Morillo y Pedro Mauricio Arias Romero
- **"Licitud de las Pruebas Obtenidas en Redes Sociales"** de Gloria Elizabeth La Paz Contreras Bez
- **"La Justicia Constitucional de los Derechos Fundamentales de Venezuela"** de Jean-Denis Rosales Gutiérrez
- **"El Disenso Judicial: Sobre la Importancia del Pensamiento Crítico en los Tribunales Constitucionales"** de Angello Javier Peña Barrios
- **"Extensión a los Privilegios y Prerrogativas Procesales de la República a otros Entes: A Propósito de la Sentencia Dictada por la Sala Constitucional del TSJ N° 0735 del 25 de Octubre de 2017 (Caso BANAVIH VS. Mercantil Banco Universal)"** de Iván D. Paredes Calderón
- **"De los Sujetos Actuantes en el Contencioso Administrativo. Especial Referencia a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa"** de José Gregorio Silva Bocaney
- **"Sobre el Proceso Tributario Venezolano: *Reflexiones y Propuestas*"** de Serviliano Abache Carvajal
- **"Crisis de la Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Tributario: El Ocaso de la Protección Procesal de los Derechos de los Contribuyentes"** de Luis Fraga-Pittaluga
- **"Observaciones a las Sentencias N° 1518 del 20 de Julio de 2007 del Expediente N° 07-0498 y N° 1392 del 21 de Octubre de 2014 del Expediente N° 14-0264 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de Jubilación y Destitución"** de Mariebe del Carmen Calderón Rodríguez
- **"Incorporación Judicial de la Conversión de Acciones en el Ordenamiento Procesal Penal Venezolano"** de Magaly Vásquez González
- **"La Validez Espacial de la Ley Penal y la Extradición en los Ante-Proyectos de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia"** de Wilmen Yohan Romero.
- "**Panorama Contemporáneo de la Codificación de la Cooperación Judicial Internacional en materia Penal desde la Perspectiva Interamericana y Venezolana**" de Miguel Ángel Gómez Ortiz
- **"Derecho de Supresión de Datos ("Derecho al Olvido"): Antecedentes Jurisprudenciales que explican los Fundamentos del Reconocimiento de este nuevo Derecho en el Sistema Jurídico de la Unión Europea"** de Maryori Molina Luna y Johann Benfeld Escobar
- **"Consideraciones Generales sobre el Amparo Constitucional desde la Óptica Jurisprudencial"** de Luís Alberto Martínez Chacón

ISSN 2739-0330 (en línea) Número 1 Especial, noviembre 2022