

Revista de Estudiantes de Derecho
de la Universidad Monteávila

Derecho y Sociedad

6

Edición homenaje
a Arístides Rengel Röemberg

Eugenio Hernández-Bretón
Daniela Urosa Maggi
Marielis Caridad de Navarro
Irene Loreto González
Álvaro Badell Madrid
Alejandro J. Rodríguez Morales
Nilyan Santana Longa
José Antonio Torrealba Ramírez
Rodrigo Castillo Cottin
Carlos García Soto
Fernando Vizcaya Carrillo

Abril

2005



Avances latinoamericanos en materia de autonomía conflictual

Eugenio Hernández-Bretón

*Al querido Profesor
Dr. Arístides Rengel Römberg,
guía ética e intelectual
de la primera promoción
de abogados de la Universidad Monteavila*

SUMARIO

- 1. Introducción**
- 2. La relevancia del Derecho Comparado para nosotros**
- 3. Precisiones terminológicas**
- 4. Distinción entre la autonomía de las partes y autonomía de la voluntad**
- 5. Autonomía de las partes en materia de jurisdicción**
- 6. Imprecisión idiomática y confusión conceptual**
- 7. El cuestionable origen del principio de autonomía conflictual**
- 8. Función de la autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado**
- 9. La situación en América Latina en materia de jurisdicción**
- 10. Características del Derecho de algunos países latinoamericanos**
- 11. Nuevos desarrollos**
- 12. Argentina**
- 13. Bolivia**
- 14. Brasil**

15. Chile
16. Colombia
17. Costa Rica
18. Cuba
19. Ecuador
20. El Salvador
21. Guatemala
22. Haití
23. Honduras
24. México
25. Nicaragua
26. Panamá
27. Paraguay
28. Perú
29. Puerto Rico
30. República Dominicana
31. Uruguay
32. Venezuela
33. Conclusión: La utilidad del Derecho Comparado

1. Introducción

América Latina tiene una muy particular manera de ser. Esa manera peculiar de ser también se refleja en la forma en que se conciben y se enfrentan los problemas de Derecho Internacional Privado. Para estos fines, en la tradición latinoamericana el Derecho Comparado ha resultado una muy útil herramienta. Uno de esos problemas de Derecho Internacional Privado que ha sido objeto de mayor debate a través de los años, ha sido el relativo al principio de autonomía de las partes o de la autonomía de la voluntad, como también se le conoce. Es de reconocer, sin embargo, que la admisión de tal principio no ha sido fácil en América Latina y aun cuenta con seria oposición entre nosotros. El objetivo fundamental de esta comunicación es presentar una visión actual acerca de las tendencias en América Latina relativas a la materia. Para ello vamos a hacer unas breves consideraciones teóricas y terminológicas, para luego hacer referencia a la concepción tradicional que se tiene en cuanto al estado de admisión del principio en América Latina y finalmente indicar cual es el estado de la admisión del principio en el Derecho Internacional Privado contemporáneo de esos países. Para estos fines examinaremos tanto su situación en la determinación del derecho aplicable, como también en materia de jurisdicción de los tribunales. Intencionalmente se excluye de esta comunicación lo relativo al arbitraje internacional, aunque para ilustrar los avances en algunos países haremos referencia a la normativa y jurisprudencia en dicha materia.

2. La relevancia del Derecho Comparado para nosotros

Los estudios de Derecho Comparado son algo tan natural para el jurista latinoamericano que aun haciéndolos, pasan desapercibidos. En 1937, Phanor Eder, un destacado abogado de New York, decía que “en vista de que los Códigos (en América Latina, se refería) son en gran medida de origen extranjero, el jurista latinoamericano se ve forzado a acudir al Derecho Comparado. En ninguna otra parte del mundo resulta el Derecho Comparado de tan alto valor práctico. Casi todos los tratados relevantes son un estudio de Derecho Comparado, y la contribución del Derecho Latinoamericano a esta materia es de gran mérito”¹.

¹ Law in Latin America, en Law: A Century of Progress 1835-1935. Contributions in Celebration of the 100th Anniversary of the founding of the School of Law of New York University. Tomo 1, pp.63-64, New York (1937).

Quizás esa actitud pueda explicarse con las palabras de uno de los mas grandes “internacional privatistas” latinoamericanos del Siglo XX, el fallecido Profesor Haroldo Valladão, cuando decía “Nosotros, los juristas latinoamericanos, estamos así habituados a examinar diariamente el derecho de otros pueblos, y a estudiar también los otros sistemas jurídicos. Nosotros lo hacemos con el espíritu desprendido, libre de prejuicios nacionalistas, con el propósito de perfeccionar nuestras propias instituciones, de buscar fórmulas siempre mas justas para reglamentar la vida humana”².

Hoy, a medio siglo de las palabras del Profesor Valladão, seguimos siendo fieles cultores del Derecho Comparado. Los orígenes y el desarrollo del Derecho Internacional Privado en América Latina solo se explican mediante el recurso al Derecho Comparado. De esta manera no deja de ser paradigmático el que Clóvis Beviláqua haya incluido sus primeros comentarios sobre Derecho Internacional privado en su obra de finales del siglo XIX llamada “*Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*”³.

Ahora bien, ¿Qué lineamientos nos da el Derecho Comparado para examinar el problema de la admisión de la autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado? Enseña la experiencia en la aplicación del método funcional en el Derecho Comparado que los conflictos intersubjetivos que se presentan en sistemas sociales y sociológicamente comparables son similares. Por tanto, las realidades concretas a ser reguladas conducen a razonamientos jurídicos similares aun cuando éstos hayan sido materializados a través de instituciones de diferente estructura histórico-dogmática y expresados bajo diversas fórmulas del pensamiento jurídico. Además, desde la perspectiva del Derecho Comparado aplicado, el estudio que nos proponemos sirve de “auto-control” o “auto-evaluación” de la situación en que se encuentra la legislación, doctrina y jurisprudencia en el Brasil al ser confrontada con las soluciones que en esta materia nos ofrecen los mas recientes desarrollos en otros países de América Latina.⁴ Creo

² Le droit latino-américain. Discours à la Séance solennelle d’ouverture du Quatriemmes Congres Internationale de Droit Comparé le 2.8.1954 à la Salle des Fêtes de la Faculté de Droit de Paris, París, (1954), pp. 31.

³ 2ª Edição, Bahia, Livraria Magalhães, pp. 49 ss, 1987.

⁴ En cuanto a esta última idea ver Jayme, Erik, *Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado*, en *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS. Seleção de Textos da Obra de Erik Jayme. Volumen I, Número I, Marzo 2003. Edição em homenagem a entrega do título de Doutor Honoris causa/UFRGS ao jurista Erik*

que estos presupuestos están dados entre nuestros países para así poder realizar una encuesta de los desarrollos jurídicos en materia de autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado en América Latina.

3. Precisiones terminológicas

El objeto de un trabajo no puede ser correctamente entendido en su contenido conceptual sino cuando la terminología empleada es precisa e inequívoca. Esta aspiración es difícil de satisfacer en una materia —como el Derecho Internacional Privado— en la cual hasta su propia denominación es imprecisa y equívoca.

Esta falta de precisión en el lenguaje constituye fuente de errores y de malentendidos innecesarios que solo contribuyen a desviar esfuerzos y a ocultar aun mas la verdadera naturaleza de las instituciones estudiadas. Por lo tanto, con el propósito de evitar malentendidos y puros enfrentamientos terminológicos es que se hacen las siguientes precisiones⁵.

Jayme, pp. 69 ss., con mas citas, en particular Zweigert, Konrad, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, en *RabelsZ* 15 (1949/50), pp. 5 , 17; además ver Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*. Tomo I: Grundlagen. 2a. Edición, pp. 14-31, 34, 48. Tübingen (1984); Constantinesco, Leontin-Jean, *Rechtsvergleichung*. Tomo I: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, p. 204 ss. Colonia (1971); Grossfeld, Bernhard: *Probleme der Rechtsvergleichung im Vereinigte Staaten von Amerika-Deutschland*, *RabelsZ* 39 (1975), 9. ss., esp. 9-13; Drobniq, Ulrich y Doppel, Peter, *Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber*, *RabelsZ* 46 (1982), p. 253 ss., Kropholler Jan: *Die vergleichende Methode und das IPR*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 77 (1978), p. 13-17; Rheinsteint, Max, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 2ª Edición., p. 21 ss., 187 ss. München (1987); Ferid, Murad, *Die derzeitige Lage von Rechtsvergleichung und IPR in der BRD*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 22 (1981), p. 86 ss.; Mayda, Jaro, *Some Critical Reflections on Contemporary Comparative Law*, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* XXXXX (1970), pp. 432-439; Stone, Ferdinand, *The End to be served by Comparative Law*, *Tulane Law Review* 25 (1950-51), pp. 325-335; Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, p. 348. Tübingen (1956); Rothoef, Dietrich *System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung*, p. 1 ss. Tübingen (1968); Maekelt, Tatiana de, *Reflexiones sobre Derecho Comparado*, *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, pp. 217, 219. Caracas (1975).

⁵ Kuehne, Gunther, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*. Bielefeld, p.19 (1973); Haudek, Wilhelm, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*. Berlin, pp. 2-11 (1931); Umbricht, Robert, *Die immanenten Schranken der Rechtswahl im Internationalen Schuldvertragsrecht*. Zürich, pp. 42 ss (1963); Neuhaus, Paul Heinrich, *Die Grundbegriffe des IPR*. 2a. Edición., pp. 251 ss. Tübingen (1976); Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht*. 4a. Edición., pp. 285 ss. Tübingen (2001).

4. Distinción entre la autonomía de las partes y autonomía de la voluntad

Aún cuando la distinción terminológica indicada en el subtítulo es una “sutil casualidad histórica” del idioma y doctrina alemana, no por ello puede negarse su utilidad científica⁶. Esto permite separar con bastante precisión las consecuencias de la aplicación del principio de libertad contractual en dos esferas distintas: Derecho Material y Derecho Internacional Privado.

Con esto no se quiere decir que los autores fuera del círculo de habla alemana desconozcan el sentido práctico y teórico de la distinción, tan sólo destaca el hecho que otras lenguas no dotadas de la flexibilidad de la lengua alemana no dispongan de una terminología tan precisa para distinguir esos conceptos. Así por ejemplo, en los Estados Unidos de América se emplea la expresión “*party autonomy*”⁷ que si bien es mayormente utilizada en asuntos de “*conflict of laws*” también pudiera entenderse en el campo de derecho material como sinónimo de “*autonomy of the will*”⁸. En español, en portugués y en francés —en consecuencia, en España, Brasil, Portugal, Francia y en Hispanoamérica— la terminología es equívoca: “autonomía de la voluntad”, “*autonomia da vontade*”, “*autonomie de la volonté*”. Con estos términos se sugiere la libertad de los contratantes —en la medida y bajo las condiciones de cada sistema— tanto en el Derecho Material como en el Derecho Internacional Privado. Por lo tanto, la deseada precisión de los conceptos sólo se logra añadiendo el vocablo que identifica la respectiva materia: autonomía de la voluntad en derecho inter-

⁶ Neuhaus, cit, Nota anterior, pp. 252. La distinción entre autonomía de la voluntad (Privatautonomie) y autonomía de las partes (Parteiautonomie), más concretamente entre autonomía de las partes en Derecho Material (materiellrechtliche Parteiautonomie) y en Derecho Conflictual (kollisionsrechtliche Parteiautonomie) parece deberse a Julius Zimmermann, Die Bedeutung des Parteiwillens im IPR, en Zentralblatt für die Juristische Praxis 44 (1926), pp. 883, luego fue popularizada por Zitelmann (Internationales Privatrecht, Tomo I, p.270, Berlín, 1912); Haudek (cit. Nota 5, pp. 3 ss. y Wolf, Martin, Internationales Privatrecht 1ª. Edición., 1933. Berlín, p. 84 ss.). Véase además Rabel, Ernst, The Conflict of Laws. A Comparative Study. Tomo II, Foreign Corporations: Torts: Contracts in General. Ann Arbor: University of Michigan Law School, p. 361 (1947), 2a. Edición., con la colaboración de U. Drobnig (1954).

⁷ Ehrenzweig, Albert y Jayme, Erik, Private International Law. A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, including the law of Admiralty. Tomo III. Special Part. Obligations (Contracts, Torts). An Outline, p. 349. Leyden, Dobbs Ferry, New York (1977).

⁸ Farnsworth, E. Allan, Contracts, pp. 21-23; 325-327. Boston, Toronto (1982).

no y autonomía de la voluntad en derecho internacional privado. Igual es el caso del idioma francés y del portugués.

La expresión autonomía de la voluntad (*Privatautonomie* y también *materiellrechtliche Parteiautonomie* o *autonomía material*) hace referencia a un instituto de Derecho Material, en virtud del cual las partes tienen la libertad de contratar o no, de decidir con quien contratan y de determinar el contenido de sus convenciones, siempre, por supuesto, sujetas a los límites impuestos por el *ius cogens* material del Derecho que resulte aplicable según las normas del foro⁹.

Por otra parte, autonomía de las partes (*Parteiautonomie* y también *kollisionsrechtliche Parteiautonomie* o *autonomía conflictual*) es un instituto del Derecho Internacional Privado y, por lo tanto, ideado para resolver problemas de conflicto de leyes, cuya admisibilidad depende de las normas de conflicto del foro.

Según este principio, las partes pueden determinar en su totalidad el Derecho Material aplicable a su relación jurídica, es decir, tanto sus normas dispositivas como imperativas, pero excluyendo sus normas de conflicto¹⁰. Esta elección la realizan las partes mismas, directa y expresamente. Por tanto, son las partes y no el juez competente mediante la aplicación de sus normas de conflicto, quienes determinan el derecho aplicable a su relación jurídica. Con esto desechamos por imprecisa la teoría de la “*localisation du contrat*” del profesor Batiffol¹¹. La elección directa, por su parte, implica que las partes señalan abiertamente el derecho que desean aplicar a su relación jurídica sin que esa escogencia sea el producto de la elección de un punto de conexión (domicilio, nacionalidad, lugar de elaboración o cumplimiento) que constituiría el supuesto de hecho (Tatbestand) de la norma de conflicto del juez y que indirectamente conducirla a aplicar el derecho querido por las partes. Finalmente, la intención de las partes de

⁹ LARENZ, Karl; *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 5a. Edición, pp. 35-37, 472 y ss., München, 1980.

¹⁰ Esta es la posición adoptada por el artículo 17 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales; al respecto ver HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio; *La Contratación Mercantil Internacional a la Luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* (México, 1994), en München, isión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolano. IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Valencia-Caracas, pp.41, 54 (1998).

¹¹ Batiffol, Henri, *Les Conflits de Lois en matiere de contrats* (1938), p. 30 ss.

indicar el derecho aplicable resulta incontrovertiblemente expresada por ellas, es decir, en forma inequívoca.

Con vista a la anterior situación, sugerimos la utilización de la expresión “autonomía de las partes” para referirnos a la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado y reservar la expresión autonomía de la voluntad para designar el ejercicio de la libertad contractual en Derecho Material.

5. Autonomía de las partes en materia de jurisdicción

La admisión de la autonomía de las partes como criterio atributivo de jurisdicción directa significa el reconocimiento por el legislador de que, para ciertos supuestos de hecho jurídicamente internacionalizados, las partes pueden, por medio de un contrato, regular directamente, ellas mismas, la cuestión de la competencia procesal civil internacional directa. Precisamente esto sugiere que al ejercer esta facultad, las partes no desplazan al legislador. Las partes determinan la jurisdicción directa bajo las condiciones y dentro de los límites del derecho que resulte aplicable a tal facultad. Ellas actúan *secundum legem*. Ellas no actúan *contra ni praeter legem*.

La determinación de la jurisdicción directa se realiza por acuerdo de voluntades entre las partes. De esta forma constituye un contrato y por cuanto tiene efectos procesales, se trata de un contrato con efectos procesales¹².

6. Imprecisión idiomática y confusión conceptual

No obstante la explicación anterior, ciertas imprecisiones idiomáticas en la identificación de los conceptos *jurisdiction*, *giurisdizione*, *competenza giurisdizionale* *jurisdicção*, *competência internacional* no siempre han conducido a resultados uniformes y con ello a interpretaciones teóricas insatisfactorias. Además, pareciera tratarse de una confusión conceptual que, a su vez, encuentra su origen en una imprecisa delimitación del contenido de ambas instituciones y del consecuencial intercambio de conceptos

¹² HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio; La autonomía de las partes en el sistema de la competencia procesal internacional directa. En libro homenaje a Werner Goldschmidt, Caracas, pp.121, 130 (1997) con más referencias.

con precisos, pero diferenciados contenidos para describir una misma porción de la realidad jurídica¹³.

7. El cuestionable origen del principio de autonomía conflictual

No hay regla o principio de Derecho Internacional Privado cuya paternidad haya sido más disputada que la de la autonomía de las partes. Su origen se ha creído encontrar en épocas tan remotas como la del Egipto Ptolemáico y tan próximas como a mediados del siglo pasado. La historia oficial del principio de autonomía de las partes —que atribuye a Molineaus la paternidad del principio— ha sido seriamente puesta en duda, ubicando en su lugar los orígenes del principio en las teorías de Savigny-Wächter-Mancini, a mediados del siglo XIX¹⁴.

Por otra parte, se ha destacado el supuesto uso generalizado de las cláusulas de derecho aplicable en la Alta Edad Media, pretendiendo encontrar allí las raíces de la autonomía de las partes. También se ha indicado que la autonomía de las partes no es sino una creación de los canonistas y legistas. Sin embargo, la gama de hipótesis sugeridas resulta inútil si la noción de autonomía de las partes, cuyo origen se trata de ubicar, no coincide con la noción que de ella se podía tener en la época en la que se le cree ubicar.

El estado actual de las investigaciones no permite determinar con certeza el origen del principio de autonomía de las partes.

El análisis de las teorías propuestas parece sugerir que el origen del principio no debe verse como un acontecimiento histórico aislado —y, en consecuencia, su origen no puede ubicarse en un momento histórico determinado— sino que el principio de autonomía de las partes es tan sólo el resultado de un proceso evolutivo, a lo largo de varios siglos, que culmina en la primera mitad del presente siglo, en el entendido de que el principio desde época inmemorial se encontraba latente en la mente de los juristas¹⁵.

¹³ Id., p. 140.

¹⁴ Por todos, ver: WICKI, André Alois; *Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im IPR* Winterthur, Suiza (1965).

¹⁵ HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio; *Contratación Internacional y Autonomía de las Partes: Anotaciones Comparativas*. En *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, 12 (1995), pp.17, 36 y ss. Caracas, con más referencias.

8. Función de la autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado

Lo que se persigue con la cláusula de derecho aplicable o con la cláusula de jurisdicción es la conservación de las legítimas expectativas de las partes, quienes al elegir expresamente un derecho o escoger el tribunal al que someterán sus diferencias lo hacen con miras a la certeza que supone conocer la extensión de sus derechos y obligaciones y a la previsibilidad del resultado de cualquier disputa o controversia relacionadas con la situación jurídica en cuestión.

Tal propósito sólo se alcanza suprimiendo la incertidumbre eventual de la determinación de la ley aplicable a la situación jurídica mediante las normas de conflicto del foro o la determinación de la jurisdicción según las leyes del foro que conozca del caso. Ello es precisamente lo que se logra con una cláusula de derecho aplicable: se evita que el juez que conozca del asunto determine el derecho aplicable a tal situación haciendo uso de sus normas de conflicto o de admitirse, que el Juez afirme o niegue su jurisdicción en base a sus mismos procesales, o que el juez llamado a conocer del caso entre a fijar jurisdicción en base a sus propuestas normas procesales.

Por otra parte, en el marco global de la economía, una manera de incentivar el comercio internacional es dar las seguridades antes referidas a los particulares. En la medida en que los contratantes tengan la certeza de que su intención será respetada y en consecuencia, capaz de determinar la ley que rige sus derechos y obligaciones y la jurisdicción que conocerá del asunto, entonces se verá desarrollado y fomentado el comercio internacional.

9. La situación en América Latina en materia de jurisdicción

La terminología utilizada por la legislación, jurisprudencia y doctrina latinoamericanas conduce fácilmente a malos entendidos. De hecho, se conoce la distinción fundamental entre jurisdicción (*jurisdicção*) y competencia (*competência*) en el sentido de que la primera designa la *facultas iurisdictionis* y la otra, designa la medida del ejercicio de la jurisdicción. Es, sin embargo, la imprecisa utilización de ambos conceptos lo que ha

trastocado el contenido del concepto competencia procesal internacional directa¹⁶. De esta forma, en los países latinoamericanos se describe en forma equívoca la noción de competencia procesal internacional directa; «jurisdicción», «jurisdicción internacional», «competencia procesal internacional», «competencia en la esfera internacional», «competencia jurisdiccional», *competência*, *compêtencia geral*, *competência internacional*, *jurisdicção*, etc. Por lo tanto, se confunden los conceptos de jurisdicción y competencia procesal civil internacional directa con las lamentables consecuencias que son de esperar: toda cuestión que afecta la competencia procesal civil internacional directa es simultáneamente una cuestión que afecta la jurisdicción, y por lo tanto, una cuestión de soberanía. El ejercicio de la competencia procesal civil internacional directa por los tribunales de un Estado, en detrimento de otro Estado que también la pretende ejercer, tiene como consecuencia que el Estado afectado pretenda que ha sido víctima de un arrebato de la propia jurisdicción y con ello alegue una lesión a su soberanía. Tal afirmación utilizando las palabras del juez Frank, pudiera deberse a la fuerza hipnótica de la expresión «arrebato de la jurisdicción» (*oust of the jurisdiction*): *give a bad dogma a good name and its bite may become as bad as its bark*¹⁷.

Lo anterior demuestra que la imprecisa utilización de términos jurídicos, sin determinar su contenido conceptual, es la causa de la confusión en el manejo de los conceptos y las instituciones. A su vez, esto pudiera ser la razón que ha determinado la posición sostenida por algunos países latinoamericanos en relación a ciertas cuestiones del Derecho Procesal Civil Internacional. Sin embargo, no deben perderse de vista los lamentables enfrentamientos diplomáticos entre países europeos y latinoamericanos que sucedieron desde la separación política de España (1810-1830) hasta el inicio del siglo XX.

La imposición de los principios del Derecho Internacional Público a los Estados latinoamericanos, a cuya conformación éstos no habían contribuido, por las potencias europeas como medio efectivo para hacer valer pretensiones contra los entonces recién independizados países de América Latina parece haber determinado ciertas actitudes, como la denominada «Cláusula Calvo». Esta doctrina ha influenciado constantemente la consi-

¹⁶ HERNÁNDEZ-BRETÓN; *Ob. cit.*, nota 12, pp. 141 ss.

¹⁷ *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.* 126 F. 2d. 978, 984 (2nd. Cir 1942). Más referencias en HERNÁNDEZ-BRETÓN, *Ob. cit.*, nota 12, pp. 143.

deración de las cuestiones relativas a la escogencia del derecho aplicable y del foro competente en los contratos internacionales. Ejemplos de esta situación pueden encontrarse todavía hoy día en las legislaciones de estos países.

La Cláusula Calvo, así denominado en reconocimiento al internacionalista argentino Carlos Calvo (1824-1906), prohíbe la sustracción del conocimiento de controversias en determinados sectores jurídicos de la legislación y de la «jurisdicción» (en el sentido de competencia procesal civil internacional directa) de un determinado Estado y a ello añade la renuncia a la protección diplomática del Estado de la nacionalidad del potencial extranjero reclamante. Para alcanzar este fin fue destacada la necesidad de desarrollar un «Derecho Internacional Público Americano»¹⁸.

10. Características del Derecho de algunos países latinoamericanos

Quien examine la doctrina antigua sobre la autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado¹⁹ y en el Derecho Procesal Civil Internacional²⁰ de los países latinoamericanos, puede tener la impresión de que tal instrumento ha tenido poco o ningún reconocimiento en esos países.

Los más recientes desarrollos en América Latina exigen el reexamen de tal impresión. En el campo de Derecho Procesal Civil Internacional, la autonomía de las partes parece orientarse hacia dos polos: por una parte, la admisión de la prórroga de la jurisdicción directa, y por otra parte, la prohibición de la derogación de dicha jurisdicción.

¹⁸ Hernández-Breton, cit. Nota 12, pp.143 ss. con mas referencias.

¹⁹ Por ejemplo, Rabel, Ernst, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*. Tomo 2. 2da. Ed. (1960), pp. 372 ss; Vischer, Frank, *Internationales Vertragsrecht. Die kollisionsrechtlichen Regeln der Anknüpfung bei internationalen Verträgen* (1962), pp. 44 ss; Garland, Paul Griffith, *American-Brazilian Private International Law. Bilateral Studies in Private International Law N° 9* (1959), pp. 32 ss.; Lombard, Richard S., *American-Venezuelan Private International Law. Bilateral Studies in Private International Law N° 14* (1965), pp. 62 s.; Goldschmidt/Rodríguez-Novas, *American Argentinian Private International Law. Bilateral Studies in Private International Law N° 15* (1966), pp. 51 s.

²⁰ Así por ejemplo, ver Hoffmeyer, Volkert, *Die Gerichtswahlklausel im Konossement. Eine rechtsvergleichende Studie* (1962), p.75 ss., 122 ss.; Schwind, Michael, *Derogation Clauses in Latin-American Law*, 13 *Am. J. Comp. L.* 167 (1964); Lombard, cit. Nota 19, pp. 93 s.; Goldschmidt/Rodríguez-Novas, cit. Nota 19, p. 31 s.; Garland, cit. Nota 19, pp. 89 ss.

Tal actitud amerita una explicación²¹. Además de las razones anteriormente señaladas, debe hacerse referencia a ciertas consideraciones de política económica. Especialmente apropiado para este fin es el transporte marítimo internacional, porque *shipping is the driving force behind the international trade*²².

Durante largos años el comercio internacional de los importadores y exportadores suramericanos dependió de las compañías extranjeras de transporte marítimo. No existían las flotas nacionales propias²³. El gran significado y volumen del comercio marítimo para estos países y el dominio de los países extranjeros los obligó a una desventajosa e incondicional aceptación de las cláusulas de contratación preformuladas por las compañías de transporte marítimo extranjeras. Las cláusulas de derogación de la competencia procesal civil internacional a favor de los tribunales del domicilio de las transportistas extranjeras, normalmente contenidas en dichas condiciones de contratación, obligaron a los comerciantes suramericanos a buscar justicia en tierras extrañas. Por cuanto los altos costos del proceso en el extranjero suponían una pesada carga económica para los comerciantes suramericanos, ello condujo a que la derogación de los propios tribunales a menudo tuviera como consecuencia la pérdida de sus derechos y con ello ocasionara una liberación de responsabilidad indirecta del transportista. Esto, a su vez, tuvo como consecuencia que todos los costos causados fuesen tras pasados a los consumidores y usuarios locales. Hoy en día debe mencionarse como factor adicional la balanza comercial negativa de los países latinoamericanos. Con esto se persigue evitar el flujo de divisas al extranjero²⁴.

²¹ En cuanto al cuestionamiento, véase Ehrenzweig/Jayme, *Private International Law. A Comparative Treatise on American International Conflict of Law, including the Law of Admiralty. Volume II. Special Part: Jurisdiction, Judgments, Persons (family)*, pp. 43 s. (1973).

²² Walla, Allocution prononcé à l'occasion du séminaire, Abidjan 25 Août 1982, citado en Robert Kappel, *Strukturwandel in der Schifffahrt. Entwicklungsperspektiven der Schifffahrt der Dritten Welt im Rahmen der Neuen Internationalen Seeverkehrsordnung*, VRÜ 16 (1983), p. 221, 237.

²³ En general: KAPPEL; *Ob. Cit.*, Nota 22, pp. 221 y ss.

²⁴ Basedow, Jürgen, *Das Forum conveniens der Reeder im EuGVU*, IPRax 1985, p. 133, 134; Alvarez Ledo, Tulio, *Las cláusulas limitativas de responsabilidad en los Conocimientos de Embarque*, Revista del Comité Marítimo Venezolano 1 (1980), p. 107, 112; Moreno, José, *La jurisdicción venezolana en el contrato de transporte*, Revista del Comité Marítimo Venezolano 7 (1987) p. 207, 210 ss. Véase además, la decisión de la Corte Suprema de Justicia argentina del 16.11.1936, *Compte y Cía. C. Ibarra y Cía.*, Fallos de la

La enemistad con la derogación es la respuesta a una situación desbalanceada. La validez de la cláusula de derogación es desconocida cuando el correspondiente litigio toca un sector importante de la economía nacional y en tanto la cláusula impida al demandante local hacer valer su derecho. El hecho de que la dependencia económica de los países latinoamericanos haya conducido a desconfiar de la justicia extranjera y haya propiciado el surgimiento de sentimientos nacionalistas, es de lamentar. Sin embargo, es comprensible: una actitud favorable a la derogación por parte de las autoridades de los países suramericanos no es de esperarse²⁵ cuando, en el caso inverso, los tribunales extranjeros no estén dispuestos igualmente a reconocer la derogación de su propia jurisdicción²⁶.

Hoy en día la situación sigue reflejando ese conflicto. Las cláusulas de prórroga o derogación de la jurisdicción directa son un elemento más en el examen comercial de los negocios²⁷. A menudo esas cláusulas expresan los intereses de la parte dominante o de sus abogados²⁸. La dependencia económica obliga todavía hoy en día a los comerciantes latinoamericanos a aceptar las condiciones unilateralmente impuestas por sus contrapartes extranjeras. Cuando hoy en día los comerciantes latinoamericanos pretenden hacer valer sus cláusulas de elección de foro tropiezan con una creciente enemistad a la derogación de la competencia de los tribunales extranjeros²⁹. Litigar en casa trae consigo numerosas ventajas, y no sola-

Corte Suprema de Justicia Nacional 176 (1937), p. 218 ss.; y el Voto Salvado del Presidente de la Séptima Cámara del Tribunal de Justicia do Distrito Federal (Brasil), Sentencia del 25.4.1950, Ag. N° 876, ver Revista Forense 148 (1953), pp. 221 s.

²⁵ Schwind, Nota 20, "Unfortunately, it appears that the rising nationalism of the Latin-American countries, their desire to assert their independence has also has its effects in the legal field."

²⁶ Así, la jurisprudencia norteamericana admite la derogación de la propia competencia procesal internacional directa apenas desde la decisión en el caso *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1972 S.Ct. 1907, 32 L.Et.2d. 499; 1972 A.M.C. 1407 (1972); Note, ¡Viva Zapata!: Toward a Rational System of Forum-Selection Clause Enforcement in Diversity Cases, 66 N.Y.U.L. Rev. 422 (1991) (Lederman).

²⁷ Según Franz Gamillscheg, *Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmasslicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht*, AcP 157 (1958-1959), pp. 303, 316. No se debe olvidar que las cláusulas de elección de foro pueden dificultar el ejercicio de los derechos en forma intolerable., muy especialmente cuando el monto de lo reclamado es bajo. Ver Basedow, Jürgen, *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung nach neuem Recht* (1987), p. 16.

²⁸ Basedow, cit. Nota 24, p. 133. Véanse además los argumentos de Lord Wilberforce y de un «Solicitor» de Londres en *Jayme/Kohler, Das internationale Privat-und Verfahrensrecht der EG auf dem Weg zum Binnenmarkt*, IPRax 1990, pp. 353, 359.

²⁹ Basedow, cit. Nota 24, p. 133.

mente para los propios tribunales³⁰. Las cláusulas de elección de foro fortalecen el vínculo entre el abogado y su cliente³¹. Es común que en los contratos internacionales las partes se procuren la asesoría de abogados en los que ellos confíen, independientemente del país en que ellos ejerzan su profesión. Cuando una de las partes está en la posición de imponer la elección de sus tribunales y del derecho aplicable, ambos son escogidos por sus abogados, independientemente de que la elección sea ciertamente la más adecuada y efectiva³². De esta manera, se garantiza una buena fuente de ingresos tanto a los tribunales como a los abogados.

Frecuentemente las cláusulas de elección de foro demuestran un desprecio³³ y una desconfianza, apenas disimulados, ante las leyes y los tribunales de los denominados foros «exóticos»³⁴. Tales prejuicios sólo pueden ser vencidos a través del conocimiento de tales sistemas jurídicos y de sus organizaciones judiciales, así como a través de la apreciación especializada de las necesidades del tráfico jurídico internacional³⁵.

11. Nuevos desarrollos

El gran avance contemporáneo se debe a la suscripción y entrada en vigencia de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994)³⁶. No es un secreto que solo

³⁰ Así por ejemplo lo señala Kegel, Gerhard y Schurig, Klaus, *Internationales Privatrecht*. 8ª. Edición. München, p. 897 s. (2000), con la siguiente reserva: Resulta inútil pactar la competencia exclusiva de los tribunales de un Estado cuando la contraparte extranjera no posee bienes en ese Estado y la sentencia que se produzca sólo puede ser ejecutada en el extranjero previo el cumplimiento de determinados requisitos (e.g. *exequátur*).

³¹ Basedow, cit. Nota 24, p. 134

³² Michael Gruson, *Governing Law Clauses in Commercial Agreements—New York's Approach*, 18 Col. J. Transnat'l L. 323, 325 (1979).

³³ Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia Argentina en *Compte y Cía. C. Ibarra y Cía.*, cit. Nota 24.

³⁴ Según la opinión de un «conocedor», la elección de tribunales exóticos, e.g. los de los países de Sudamérica, a menudo equivale a una denegación de justicia, Wegner, Ronald, *Der Gerichtsstand der Geschäftsstelle nach Art. 27 Abs. 1 der Warschauer Abkommens (WA), Versicherungsrecht*, 1982, p. 423 y ss.

³⁵ Véase Note, *Enforcement of Forum Selection Agreements in Contracts Between Unequal Parties*, 11 Ga. J. Int'l. Comp. L. 693 (1981) (Notes).

³⁶ De la ya inmensa dimensión de la bibliografía en torno al tema solo citamos algunas obras recientes, Gebele, Alexander, *Die Konvention von México. Eine Perspektive für die Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?*, Berlin (2002); Dohmen, Charles J.H., *The law applicable to international contracts, a comparison between Latin-American*

fue firmada por Bolivia, Brasil, México, Uruguay Venezuela, y que solo está en vigencia para México y Venezuela. Pero a la vez es profundamente significativo que países tradicionalmente opuestos a la admisión de la autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado, como Uruguay, la hayan suscrito y que países que no disponen de una normativa sobre la materia, como Bolivia, también la hayan suscrito. En el caso brasileño constituye un gigantesco paso adelante para un sistema que ha dedicado infinitas palabras a la discusión de la admisión del principio a lo largo de todo el siglo XX y lo que va del XXI. Para México, habiendo ya recibido antes el principio en el artículo 13, fracción V del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, publicado en el Diario Oficial del 7.1.1988, ratificar la Convención de México no debió significar mayor problema. Para Venezuela, donde la doctrina³⁷ y la jurisprudencia³⁸ ya eran partidarias de la admisión del principio, la ratificación de esa Convención tuvo un decisivo impacto en la revisión y actualización del entonces proyecto de Ley que en 1998 se convertiría en la Ley de Derecho Internacional Privado y que expresamente reconoce tal principio en su artículo 29.

(Mexico City Convention) and European (Rome Convention) conflict rules, *Revue (belge) de droit international privé*, 4 (2002), pp. 4 y ss.; Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *Contratación internacional en el sistema interamericano*. México, pp. 89 ss. (2000); Giral Pimentel, José Alfredo, *El Contrato Internacional*. Caracas (1999); de Araújo, Nadia, *A Convenção do México sobre o direito aplicable aos contratos internacionais: suas características e influências para o Direito Internacional Privado brasileiro*, en Casella, Paulo Borba y de Araújo, Nadia (coordinadores), *Integração Jurídica Interamericana. As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo, pp.435 ss. (1998); Lamm, Martin Nyota, *Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht*. Würzburg, pp.261 ss. (2000); Samtleben, Jürgen, *Versuch über die Konvention von México über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht*, *IPRax* 1998, pp.385 ss.; mi trabajo citado en la Nota 10 y mi trabajo *International Handelsverträge im Lichte der interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht*, *IPRax* 1998, pp. 378 ss.

³⁷ Por todos ver: DOS SANTOS, Olga María; *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*. Caracas, Valencia, pp.73 ss., 154 ss. (2000).

³⁸ Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, 12.3.1970, caso Queibra de C.A. Canal Once Televisión, confirmada por el Tribunal Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial el 4 de junio del mismo año y por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil el 27.4.1971, todas citadas por Dos Santos, cit. Nota anterior, pp. 99 s.

La Convención de México también ha tenido el mérito indiscutible de revivir la discusión en torno la admisión del principio. Así tenemos nuevos desarrollos en Argentina³⁹ y en Chile⁴⁰. Autores cubanos también discuten el tema⁴¹. Debe tenerse presente en todo caso, que el relativo poco éxito de la Convención de México no debe atribuirse exclusivamente a la amplia admisión del principio, sino que tal resultado se ha debido de manera significativa a ciertos resabios ante el tratamiento que da la Convención a la denominada *lex mercatoria* y al mecanismo para la determinación del derecho aplicable a falta de elección hecha por los contratantes⁴².

El papel modelo que se le debe a la Convención de México se limita a la materia de los contratos internacionales. Sin embargo, otras áreas también se han abierto al campo de aplicación del principio de autonomía conflictual. Particularmente el área de las obligaciones extracontractuales derivadas de hecho ilícito, así como las sucesiones y el régimen económico del matrimonio. En materia procesal se notan avances tanto por lo que respecta a la prórroga como a la derogación de la jurisdicción.

En cuanto al MERCOSUR, es de destacar el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del 5.8.1994, vigente para Argentina, Brasil y Paraguay, pero no para Uruguay, el cual admite la autonomía de la voluntad como criterio atributivo de jurisdicción⁴³. Por otra parte, hasta esta fecha no se ha uniformado la legislación de los

³⁹ El más reciente desarrollo lo constituye el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado presentado al Senado y Cámara de Diputados de ese país en abril de 2004. Ver además, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; *Ley Aplicable a los Contratos Internacionales: Un Estudio Comparativo del Derecho Internacional Privado Venezolano y Argentino*, en libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. Addendum 2001. Caracas, pp.45, 47 ss.; DREYZIN DE KLOR, Adriana; *Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional privado en el próximo siglo en Argentina*, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Número Especial 2000, pp. 51, 74 ss.

⁴⁰ Por todos ver: LEÓN, Avelino; *Reforma del Sistema Chileno de Derecho Internacional Privado*. En *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Montevideo, pp.179, 187 ss.

⁴¹ DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo; *La Regulación Jurídica del Contrato Internacional*. Ponencia al XXII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid, pp. 11 ss. (2002).

⁴² Por ejemplo, nota anterior y la discusión en los autores citados en la nota 36.

⁴³ Ver NOODT TAQUELA, María Blanca; en *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., Coordinador), Buenos Aires, pp. 187 y ss. (2003).

países miembros de MERCOSUR en materia de elección del Derecho aplicable.

Pasamos a hora a hacer referencia individual a los desarrollos mas significativos en nuestros países siguiendo para ello un orden puramente alfabético.

12. Argentina

El tema de la autonomía conflictual ha sido considerado en Argentina como un “misterio”⁴⁴. Ernst Rabel al referirse a las disposiciones del Código Civil argentino de 1869, las calificó como “un laberinto de misteriosas disposiciones”⁴⁵. La doctrina y la jurisprudencia han tratado de buscar salidas a ese “laberinto”⁴⁶. Sin querer ser específico en el tema recordemos que el Código argentino obra de Dalmacio Vélez Sarsfield tuvo una gran influencia de las ideas de Joseph Story, Augusto Teixeira de Freitas y Federico Carlos von Savigny. El mas reciente desarrollo en Argentina es el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado presentado al Congreso de la Nación en Abril de 2004⁴⁷. Está basado en el proyecto elaborado por la Comisión de Estudios y Elaboración del referido Proyecto designada por la Resolución M.J. y D.H. 191/02 y la Resolución M.J.S y D.H. 134/02, presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14.5.2003⁴⁸. El actual Proyecto de Código establece en su artículo 69 lo siguiente: “Elección del Derecho. La forma, la validez intrínseca y los efec-

⁴⁴ BOGGIANO, Antonio, *Contratos Internacionales*. 2ª. Edición. Buenos Aires. p. 23, 1995.

⁴⁵ RABEL, *Ob. cit.*, nota 6, p.373.

⁴⁶ Ver las referencias en BOGGIANO, *Ob. cit.*, nota 44, p. 23 y ss.; además, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara; *Contratos Internacionales*. Buenos Aires, p. 93 ss. (1995).

⁴⁷ El Proyecto fue presentado por el Diputado Jorge Reinaldo Vanossi. El texto y demás información relativa al Proyecto de Código me fueron suministrados por la Profesora Sara Feldstein de Cárdenas, a quien agradezco su preocupación por mantenerme informado acerca de los desarrollos jurídicos en Argentina.

⁴⁸ Con inmediata anterioridad la reforma se pretendió llevar a cabo por vía de la actualización del Proyecto de Libro Octavo del Código Civil, consagrado al Derecho Internacional Privado. Dicho proyecto fue elaborado en 1998/1999 por las profesoras de las universidades de Córdoba y del Litoral, Berta Kaller de Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés. El proyecto de actualización posterior fue fechado en el año 2000 y encuentra sus raíces en un proyecto elaborado en 1993. Se inspira en el pensamiento de autores europeos, entre los que se cita al Profesor Jayme, y latinoamericanos, como es el caso del Profesor Gonzalo Parra-Aranguren. También las leyes de Suiza de 1987, de

tos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes. La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de la referencia.” El artículo 15 del mismo Proyecto, sin embargo, limita la amplia admisión del principio hecha en el artículo antes transcrito. Dice el artículo 15: “Normas de Policía. El ejercicio de la autonomía privada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas argentinas dictadas para preservar el interés público...” En materia de contratos con consumidores no se admite la elección por las partes (artículo 79). La misma solución parece regir en materia de contratos de transporte terrestre de personas (artículo 78). El principio de autonomía se recoge especialmente para los contratos de transporte de cosas (artículo 77) y de trabajo (artículo 80). Para los contratos sobre inmuebles se aplica el derecho del lugar de su situación admitiéndose “el pacto en contrario, con los límites señalados en el ARTICULO 14” (Orden público). Al someter los contratos de intermediación y representación a “las soluciones de la Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediación y a la Representación de La Haya del 14 de marzo de 1978” (artículo 76) indirectamente se acoge la autonomía conflictual admitida en el artículo 5 de dicha Convención. La autonomía conflictual también tiene cabida en materia de responsabilidad civil por contaminación ambiental, permitiendo a al damnificado optar entre el derecho del Estado donde se produce el hecho dañoso, del Estado donde se producen los efectos del hecho generador del daño, del domicilio o de la residencia habitual del responsable del daño (artículo 90). Para la responsabilidad por productos la víctima puede elegir entre el derecho del Estado en el que se encuentra el establecimiento o el domicilio del productor, donde el producto ha sido adquirido, siempre que en este último caso allí exista un servicio técnico autorizado o se hubiese realizado publicidad en medios locales (artículo 91). Para el caso de accidentes de circulación vial igualmen-

Australia de 1992, italiana de 1995, la de Túnez de 1998 y la venezolana de 1998. También el Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 se reporta como fuente de inspiración, así como se hace referencia a la Convención de México de 1994, ver FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *Ob. cit.*, nota 39, p. 49 y ss.

te se admite la autonomía del damnificado entre el derecho del lugar donde se produce el hecho dañoso, el derecho del domicilio común de las partes o el del estado al que corresponda la matrícula común de los vehículos comprendidos en el accidente (artículo 92).

En materia de jurisdicción es apreciable una actitud positiva frente a la prórroga y derogación en materia patrimonial, "salvo la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República" (artículos 17 y 24)⁴⁹. De tal manera quedaría derogado parcialmente (para asuntos internacionales) el artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 132). En materia de protección al consumidor no se admite el acuerdo de elección de foro (artículo 27) ni en materia de transporte terrestre concertado antes de que ocurra el hecho litigioso (artículo 25) ni tampoco en materia de contratos de trabajo (artículo 28).

13. Bolivia

Bolivia es realmente un enigma. La anunciada reforma del Derecho Internacional Privado boliviano como consecuencia de la reforma en 1975 del Código Civil de ese país no ha tenido lugar⁵⁰. Aun no teniendo normas expresas que admitan el principio de autonomía, Bolivia, como antes se dijo, suscribió la Convención de México de 1994. Sin embargo, hasta la fecha no se ha producido la ratificación correspondiente. En materia de jurisdicción, el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil de 1975 señala: "La jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales se regirá por lo dispuesto en el Título II, capítulo único de la Ley de Organización Judicial y por las disposiciones del presente capítulo." En este sentido, el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 28 de la Ley de Organización Judicial (Ley No. 1455 de 18.2.1993) permitirían sostener la posibilidad de la prórroga de la jurisdicción boliviana, mas no así su derogación.

⁴⁹ Los casos de jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos están relacionados en el artículo 45 del Proyecto, a saber: acciones reales sobre inmuebles situados en territorio argentino, acciones que tengan por objeto rectificar las inscripciones practicadas en un registro público argentino, y las acciones referidas a patentes, marcas, diseños, dibujos, modelos y demás derechos de propiedad industrial, cuando se hubiere solicitado o efectuado el registro o depósito en Argentina.

⁵⁰ Vigente del 2.4.1976; ver Samtleben, Jürgen, *Internationales Privatrecht in Lateinamerika-Regionale Entwicklungen und nationale Kodifikationen*, en *Aufbruch nach Europa*. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht. Tübingen, p.670.

14. Brasil

Confieso ser un entusiasta seguidor de la discusión de estos temas en el Brasil: desde los clásicos del siglo XIX como Augusto Teixeira de Freitas, José Antonio Pimenta Bueno, Clóvis Beviláqua, pasando por los también clásicos de principios del siglo XX como Rodrigo Octávio, Lafayette Rodrigues Pereira, Eduardo Espínola (padre e hijo), Pontes de Miranda, Oscar Tenório; los autores durante la segunda mitad del siglo XX en donde destaca la gran obra del Profesor Haroldo Valladão, de Amílcar de Castro, Edgar Carlos de Amorim, luego la obra de Irineu Strenger, de Jacob Dolinger, Luis Olavo Batista, João Grandino Rodas, José Inácio Gonzaga Franceschini, Carmen Tiburcio, Nadia de Araújo y, también, mas recientemente de Cláudia Lima Marques, y otros tantos mas que quisiera nombrar para destacar el aprecio intelectual que les tengo. Lo que siempre me ha llamado la atención de los autores brasileños en su vocación comparatista, fiel a la tradición latinoamericana. El problema de la autonomía de las partes no ha sido respondido todavía adecuadamente en el Brasil. Mi impresión es que la doctrina se ha esforzado a través del tiempo en brindar el apoyo teórico suficiente para admitirlo⁵¹; y lo ha logrado, pero sin convencer. La jurisprudencia no ha hecho todo lo suyo, a veces luce contradictoria, pero en verdad, tampoco el artículo 9 de la *Lei de Introdução ao Código Civil* de 1942 brinda muchas alternativas. Igual vale para la materia de la prórroga y la derogación⁵².

⁵¹ de Araújo, Nadia, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro-São Paulo, pp. 320 ss. (2003); de la misma autora, *Contratos Internacionais*. 2ª. Edición. Rio de Janeiro-São Paulo, 83 ss., 243 ss.; Rechtsteiner, Beat Walter, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática*. 5a. Edición. São Paulo, pp. 138 ss. (2002); Jo, Hee Moon, *Moderno Direito Internacional Privado*. São Paulo, pp. 456 ss. (2001); Rodas, Joao Grandino, *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente as Obrigações Contratuais*, en Rodas (Coordinador), *Contratos Internacionais*. 3ª. Edición. São Paulo, pp. 19,43 ss. (2002); Franceschini, José Inácio Gonzaga, *A Lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais*, en id., pp. 66 ss; de Nardi, Marcelo, *Eleição de Foro em Contratos Internacionais: Uma Visão Brasileira*, en id., pp.122 ss. Una visión comparada puede verse en el trabajo del recientemente fallecido profesor portugués Antonio Marques dos Santos, *Algumas consideracoes sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e o Brasil*, *Revista Brasileira de Direito Comparado* 23(2002), pp. 81, 117 ss.

⁵² Por todos ver: de Araújo, *Direito Internacional Privado*, cit. Nota anterior, pp. 331 ss.; Soares, Martha Gonçalves da Silva, *A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais*, en *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul* 22 (2002), pp.259 ss.

En este sentido, una reciente sentencia del Superior Tribunal de Justicia del 8.8.2000 es ilustrativa. Al negar validez a una cláusula de sumisión a la Corte Distrital de New York en un “*performance bond*”, el Ministro Barrios Monteiro, citando al Profesor José Inácio Botelho de Mesquita señaló que “Las normas que definen la extensión de la jurisdicción de un Estado son normas directamente fundadas en la soberanía y por ello no se hayan sometidas a la voluntad de las partes interesadas”⁵³. Además de la referencia a la soberanía nacional, el Tribunal añadió que “Las normas de competencia internacional son, pues, normas de orden público: Por esto mismo, no se aplican a la competencia internacional la conocen de clasificación de competencia interna que la divide en competencia absoluta y relativa. “Si por analogía quisiéramos aplicar esta clasificación a la competencia internacional, tendríamos que decir que la competencia internacional es siempre absoluta, aun cuando la ley admita la competencia concurrente de otro Estado”⁵⁴. Las ideas expuestas se fundan, a su vez, según señalamientos hechos en la sentencia, en las ideas de Chiovenda y de Liebman, ideas que ya en Italia misma han caído en desuso⁵⁵.

Para terminar estos comentarios sobre la situación brasileña, me referiré al *Projeto de Lei Complementar* N° 243 de 2002, también conocido como *Projeto Moreira Mendes*⁵⁶. Los artículos 31 a 35 de ese *Projeto* no hacen honor a todo el esfuerzo que ha desplegado la doctrina brasileña por décadas y mucho menos a la suscripción hecha por Brasil de la Con-

⁵³ Publicada en Revista dos Tribunais 786 (2001), pp. 245, 250. La referencia a esta decisión se la agradezco a mi colega Vicente Oliveira Filho, São Paulo.

⁵⁴ Id., p. 251, ver además de la nueva literatura brasileña Strenger, Irineu, *Direito Processual Internacional*, São Paulo, pp. 61 ss. (2003); da Silva Neto, Orlando Celso, *Direito Processual Civil Internacional Brasileiro*, São Paulo, pp. 111 ss. (2003).

⁵⁵ Esto se ha producido a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N° 218 de 31.5.1995, de reforma del Sistema Italiano de Derecho Internacional Privado. Al respecto ver Pocar, Fausto, *Das neue italienische Internationale Privatrecht*, IPRax 1997, pp.145, 147-149; Romero, Fabiola, La nueva regulación de Derecho Internacional Privado en Australia, Italia, Yemen y Venezuela, en *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Tomo III, pp. 59, 61 s. (2001).

⁵⁶ Al respecto Tiburcio, Carmen, “A legislação da maioria dos países admite a possibilidade da autonomia da vontade nos contratos”. *Prática internacional de comércio e regras do direito brasileiro*, en *Valor Economico*, 24 de fevereiro de 2003- Ano 4, N° 705-*Legislação & Tributos*; Barral, Welber, “O conflito entre norma interna e tratado internacional é um dos mais intrincados problemas do direito brasileiro.” A Lei de Introdução ao Código Civil e o direito internacional, en *Valor Economico*, 11 de dezembro de 2002- Ano 3- N° 656-*Legislação & Tributos*.

vención de México. No admiten la autonomía conflictual en materia de determinación del derecho aplicable ni en materia procesal. Realmente, con todo respeto, esos artículos tan solo pueden verse como un repentino alto en el camino, que afortunadamente retomará su dirección hacia adelante a toda velocidad. Parece en este sentido que el artículo 11 del *Proyecto* de Ley N° 4905 de 1995 seguía una mejor orientación⁵⁷.

15. Chile

En Chile, no obstante la muy débil base normativa la unanimidad de los autores chilenos parece aceptar el principio de autonomía conflictual⁵⁸. Las más recientes exposiciones de los autores discuten la modificación del sistema de Derecho Internacional Privado de ese país todavía encapsulado en las soluciones del Código de Andrés Bello de 1855. La opinión de los profesores Avelino León Steffens (Universidad de Chile)⁵⁹, Alvaro Quintanilla Pérez (Universidad de Valparaíso)⁶⁰ y Hernán Ríos de Marimón (Universidad Católica de Chile)⁶¹ coinciden en afirmar la admisión del principio sobre la base los lineamientos de la Convenciones de Roma y de México, así como también de la Ley Suiza. Las diferencias existen, sin embargo. De los autores consultados, la mayoría prefiere tan solo admitir la elección expresa del derecho aplicable y rechazar la determinación por indicios o circunstancias concluyentes⁶².

16. Colombia

En Colombia, país perteneciente al área de influencia del Código Civil chileno, la doctrina tradicional se limita a señalar que el Código Civil consagra el principio de validez de los contratos celebrados en el extranjero

⁵⁷ El *proyecto* fue encomendado a los doctores Joao Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocencio Mártires Coelho. Al respecto ver Dolinger, Jacob y Tiburcio, Carmen, O DIP no Brasil no Século XXI, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Número Especial 2000, pp.79, 87-88.

⁵⁸ Maluenda Parraguez, Rodrigo, *Contratos Internacionales en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile, pp. 51 ss. (1998).

⁵⁹ Ponencia principal, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Segunda parte. Santiago de Chile, pp.187, 205 ss. (2002).

⁶⁰ Comentario Crítico, nota anterior, pp. 216, 229, 232.

⁶¹ Comentario Crítico, nota 59, pp. 233, 239 y ss.

⁶² Nota 59, pp. 206, 232, 240.

ro, pero sometiendo sus efectos al derecho colombiano si el lugar de ejecución se encuentra en Colombia sin discutir realmente la admisión del principio de autonomía conflictual ⁶³.

Recientemente la Sala Plena de la Sala Constitucional colombiana dictó la Sentencia C-249/04 del 16.3.2004 en la cual hizo una serie de interesantes consideraciones relacionadas con la admisión de la autonomía conflictual en ese país. Se trataba de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 por la cual se dictó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Para nuestros efectos son particularmente relevantes los textos de los incisos segundo y tercero de dicho artículo ⁶⁴. Para decidir, la Corte Colombiana invocó el artículo 4 de la Constitución de 1991. Específicamente en la parte que dispone que “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.” Recoge así el principio de territorialidad de la ley, lo cual se traduce en materia de contratos en la siguiente fórmula: “Los contratos que se celebren en Colombia” deben someterse al régimen contractual nacional” ⁶⁵. Por su parte, “la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución.” En todo caso, los contratos celebrados en el exterior se podrán regir por el derecho del país donde se hayan suscrito, a menos que sean cumplideros en Colombia, aplicándose en este caso el derecho colom-

⁶³ MONROY CABRA, Marco Gerardo; *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 5ª. Edición. Bogotá, p. 533, también pp. 305 ss. (1999).

⁶⁴ Artículo 13. “De la Normatividad aplicable a los contratos estatales... Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera...”.

⁶⁵ La Corte también precisó: “La soberanía de un Estado se traduce en que los actos jurídicos celebrados o ejecutados en su territorio se sujetan a su orden jurídico. No existe soberanía de un Estado si su Constitución y leyes no rigen en su propio territorio. Si el orden jurídico de un Estado no rige en su propio territorio, lo que quiere decir es que rige el de otro Estado extranjero, y eso hace que el Estado no sea soberano...”. El texto de esta decisión se lo agradezco a mis colegas de Bogotá, los abogados Jaime Tobar y Claudia Benavides.

biano. Toda esta interpretación, que confirma la constitucionalidad (exequibilidad) del artículo 13 del Estatuto general de Contratación de la Administración Pública es conforme a lo dispuesto en los artículos 20.3 del Código Civil⁶⁶ y 869 del Código de Comercio⁶⁷.

Además de lo anterior resulta muy ilustrativa la discusión contenida en la sentencia número C-347 de 23.7.1997, también dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional⁶⁸. Es de mencionar que la referida sentencia decidió un recurso de inconstitucionalidad contra ciertos artículos de la Ley 315 de 1996 por la cual se regula el Arbitraje Internacional y se dictan otras disposiciones. Propiamente no discute el tema del derecho aplicable y la sumisión a tribunales extranjeros mas allá del ámbito del puro arbitraje internacional, pero el contenido de la discusión es fácilmente extensible al tema general de la autonomía conflictual. En varias ocasiones la Corte se fundamentó en el artículo 16 de la Constitución de ese país para referir que el principio de autonomía de las partes tiene su base en dicha disposición, la cual establece: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin mas limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico." Asimismo, el artículo 9 de esa Constitución fue utilizado para fundamentar la decisión. Dicho artículo establece: "Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia..."⁶⁹.

⁶⁶ Artículo 20 del Código Civil (Ley 57 de 1887): "Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la nación, se arreglarán a este Código y demás leyes civiles de la Unión."

⁶⁷ Artículo 869 del Código de Comercio: "La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana."

⁶⁸ Los datos y el texto de esta sentencia los recibí gracias a la gentileza de mis colegas de Bogotá, los abogados Jennifer Mick y Jaime Trujillo.

⁶⁹ Hemos utilizado la Constitución de 1991, reproducida en *Constituciones Latinoamericanas. Compilación y Estudio Preliminar* por Luis A. Ortiz-Alvarez y Jacqueline Lejarza A., Caracas, pp. 239 - 240 (1997).

De la misma sentencia vale la pena citar algunos pasajes que sirven para ilustrar el futuro desarrollo en Colombia. Así, dijo "...admitir el desplazamiento de las leyes nacionales, no entraña renuncia a la soberanía. Simplemente se acepta que, no existiendo reglas unívocas para solucionar los eventuales conflictos que pueden originarse a raíz de negocios de naturaleza internacional, las partes definen, en uso de su autonomía, pero dentro de un marco predeterminado por el derecho interno e internacional, las reglas que habrán de aplicarse para solucionar tales controversias. Se trata, en suma, de aceptar una excepción al principio de aplicación territorial de la ley, en los eventos en los cuales se verifican elementos internacionales respecto de las personas, los bienes, las relaciones o los efectos de contratos mercantiles que, por esa misma circunstancia, pueden ser regulados por dos o mas ordenamientos jurídicos."

Adicionalmente puntualizó que "En las condiciones anotadas, la adopción de mecanismos diseñados por el derecho internacional privado para solucionar problemas propios de esta disciplina, en lugar de afectar la soberanía, responde a una urgente exigencia de principios constitucionales, como la seguridad jurídica y el fomento de la internacionalización de las relaciones comerciales. Frente a la existencia de ordenamientos jurídicos heterogéneos, que contienen reglas disímiles e incluso contradictorias, el derecho interno de los estados interesados en fomentar las relaciones internacionales, debe ofrecer a las personas involucradas en negocios internacionales, una regla que les permita saber con exactitud cuales son las normas que se les han de aplicar, a fin de que puedan adaptar a ellas su comportamiento y estimar sus expectativas. Y, como quedo dicho, en tratándose de conflictos de carácter mercantil e internacional, una regla que respeta por igual la supremacía interna de los estados y su carácter independiente y paritario en el plano internacional, es la de deferir a las partes la elección del derecho aplicable".

Finalmente resulta digna de mención la referencia hecha a los aspectos procesales. Así, la Corte indicó que "...no sobra advertir que las normas estudiadas estarían autorizando a las partes de un contrato mercantil a renunciar al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico interno. Una renuncia tal, sólo puede ser reconocida y avalada por el Estado colombiano, cuando concurren circunstancias que la hagan útil y estrictamente necesaria para el logro de fines constitucionalmente relevantes. Tal renuncia se justifica,

entonces, en el caso de un conflicto de leyes, en el cual, el sujeto opta por la protección jurídica que le confiere otro ordenamiento, como único medio para solucionar problemas relativos a la seguridad sobre la norma aplicable. Sólo en circunstancias excepcionales como la descrita puede tolerarse una renuncia al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos que le confiere el ordenamiento colombiano”.

17. Costa Rica

En Costa Rica, país centroamericano también representativo de la gran influencia del Código Civil chileno, los más recientes desarrollos indican una tendencia a la admisión del principio aun cuando sus leyes no lo reconocen expresamente. Autores como Vanessa Retana Barrantes⁷⁰ y Felipe Rodríguez Serrano⁷¹ admiten claramente el principio. Para ello se fundamentan en la interpretación de los artículos 1022 y 27 del Código Civil reformado en 1986. Según el artículo 1022: “Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes”. Por su parte, el artículo 27 dispone: “Para la interpretación de un contrato y para fijar los efectos mediatos que de él resulten, se recurrirá a las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato, pero si los contratantes tuvieren una misma nacionalidad se recurrirá a las leyes de su país”. Se argumenta que el contrato es la misma ley aplicable y que el artículo 27 solo aplica en caso de ausencia de elección expresa o concluyente. En materia laboral se admite la elección del derecho costarricense. Basados en el artículo 47 del Código Procesal Civil de 10.4.1996 se niega la derogación de la jurisdicción costarricense en los casos en que la misma sea exclusiva. Estos casos son demandas reales o mixtas relativas a muebles e inmuebles situados en Costa Rica y para proceder al inventario y partición de bienes situados en ese país, que pertenecieran a un costarricense o extranjero domiciliado fuera de Costa Rica. En los demás casos se admite la derogación. La prórroga se admite tanto por la jurisprudencia como por la doctrina ya de manera expresa ya de manera tácita⁷².

⁷⁰ Interpretación Jurisprudencial de las normas de conflicto de derecho internacional privado costarricense. Tesis de Grado. Universidad de Costa Rica. San José, pp. 30-49 (1992).

⁷¹ Introducción al Derecho Internacional Privado. San José, p. 13 (1988).

⁷² Ver Rissel, Dirk, Das internationale Privatrecht von Costa Rica. Hamburg, pp. 58 y ss.; 147 y ss. (2001).

18. Cuba

En Cuba, el artículo 17 del Código Civil de 1987 establece que: “A falta de sumisión expresa o tácita de las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato”⁷³. Nuevamente, es interesante que a pesar que Cuba está marginada de los trabajos de la Organización de Estados Americanos, recientemente el Profesor Rodolfo Dávalos Fernández (Universidad de La Habana) en su ponencia para el XXII Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional celebrado en San Salvador en Septiembre de 2002, al comentar las disposiciones de la Convención de México, indicó que si bien la legislación cubana admite el principio no lo hace de manera directa al no utilizar una fórmula sencilla⁷⁴.

La prórroga y la derogación de la jurisdicción cubana están reguladas en los artículos 2 y 3 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19.8.1977. Así, en materia de prórroga el artículo 2 establece:

“Corresponde a esta jurisdicción conocer de:...3) los asuntos sometidos contractualmente o por los tratados a la jurisdicción de los Tribunales cubanos.

Se exceptúan las controversias sometidas a la jurisdicción y competencia del arbitraje estatal, que surgen de las relaciones entre unidades presupuestadas y empresas estatales y otras entidades”⁷⁵.

La derogatoria queda regulada por el artículo 3 en los siguientes términos: “La jurisdicción de los Tribunales cubanos es indeclinable. Los Tribunales no pueden rehusar el conocimiento de los asuntos si cualquiera de los litigantes es cubano o se refieren a bienes situados en Cuba, aunque sobre lo mismo exista pleito pendiente en otro país o haya habido sumisión a Tribunales extranjeros, aun arbitrales.

⁷³ Ley N° 59 de 16.7.1987.

⁷⁴ Nota 41, p.12.

⁷⁵ Ley de Organización del Sistema Judicial, Ley N° 4 de 10.8.1977, Gaceta Oficial de 25.8.1977.

Se exceptúan de lo establecido en el párrafo anterior las controversias que surjan en el comercio internacional y que se sometan expresa o tácitamente, o por disposición de la ley o por acuerdos internacionales, a cortes arbitrales”⁷⁶.

19. Ecuador

Ecuador se ha mantenido fiel a las enseñanzas de Andrés Bello y del Código Civil chileno. En tal sentido no admite de manera general la elección del derecho por las partes. Sin embargo, en materia de arbitraje internacional según el artículo 42 II de la Ley de Arbitraje y Mediación de 4.9.1997: “Toda persona...es libre de estipular...todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la legislación aplicable...”⁷⁷. En asuntos procesales la situación es la siguiente. La Ley Interpretativa de los artículos 27, 28, 29 y 30 del Código de Procedimiento Civil para los casos de Competencia Concurrente Internacional de 30.1.1998 establece que: “Sin perjuicio del significado de sus tenores literales, interpretase los artículos 27, 28, 29 y 30 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que en tratándose de competencia concurrente internacional el demandante podrá elegir libremente entre presentar la demanda en el Ecuador o en el extranjero, con excepción de los casos que por ley expresa, el asunto debe a ser resuelto exclusivamente por los jueces ecuatorianos, como el del divorcio de un ecuatoriano casado en el Ecuador”⁷⁸. Los artículos 30 (3) y 11 del Código de Procedimiento Civil admite la sumisión voluntaria a tribunales ecuatorianos. El artículo 11 dispone: “La prorrogación voluntaria expresa se verifica cuando una persona que no está, por razón de su domicilio, sometida a la competencia del juez, se somete a ella expresamente, bien al contestar la demanda, bien por haberse convenido en el contrato.” La prórroga también resulta por comparecer en juicio sin objetar la jurisdicción de los tribunales ecuatorianos (artículo 12). La posibilidad de someterse a tribunales extranjeros parece estar excluida a tenor de lo dispuesto en el artículo 1505 del Código Civil que prevé que: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Así, la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuato-

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Registro Oficial 145 de 4.9.1997.

⁷⁸ Registro Oficial 247 de 30.1.1998.

rianas, es nula por vicio del objeto.” Sin embargo, en virtud de la Ley Interpretativa del Artículo 1505 del Código Civil, fechada 27.9.1976, la posibilidad de someterse a una jurisdicción extranjera es admitida “cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional”⁷⁹.

20. El Salvador

Las orientaciones internacionalprivatistas de la República de El Salvador reflejan la influencia del Código Civil chileno de 1855. El artículo 16 del Código Civil de El Salvador de 1859 reproduce la solución chilena que hemos comentado al hacer referencia a la situación colombiana⁸⁰.

21. Guatemala

En Guatemala, el artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial del 18.3.1989 reconoce de manera amplia el principio de autonomía de las partes al disponer que: “Los actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes probatorias expresas al orden público”. Paralelamente en materia procesal el artículo 34 (c) de esa misma Ley dispone que “Los tribunales guatemaltecos son competentes para reemplazar a personas extranjeras o guatemaltecas que se encuentran fuera del país, en los siguientes casos: (...) c) Cuando se trata de actos o negocios jurídicos en que se haya estipulado que las partes se sometan a la competencia de los tribunales de Guatemala”⁸¹.

⁷⁹ Decreto Supremo 797-B de 27.9.1976, Registro Oficial 193 de 15.10.1976. En general ver: KADNER, Daniel; *Das internationale Privatrecht von Ecuador*. Tübingen, pp. 168 y ss., (1999).

⁸⁰ Artículo 16 del Código Civil: “Los bienes situados en El Salvador están sujetos a las leyes salvadoreñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en El Salvador. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño. Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño, para cumplirse en El Salvador, se arreglarán a las leyes salvadoreñas.”

⁸¹ Decreto 2-89 de 18.3.1989. Al respecto ver: LARIOS OCHAITA, Carlos; *Derecho Internacional Privado*, 5ª Edición, Guatemala, p. 57 (1998); OVALLE MARTÍNEZ, E.O.; *Manual de Derecho Internacional Privado. Parte General y Especial con énfasis en el ordenamiento jurídico guatemalteco*. Guatemala, pp. 127 y ss., (2000).

22. Haití

La legislación haitiana, inspirada directamente en el Código Civil de los franceses, no consagra expresamente el principio de autonomía conflictual. Igual resulta en materia procesal internacional⁸², aun cuando una vieja sentencia admite la prórroga de la jurisdicción haitiana⁸³.

23. Honduras

La situación hondureña es esencialmente similar a la salvadoreña en atención a los orígenes chilenos de su Derecho Internacional Privado⁸⁴. El artículo 14 del Código Civil de 1880 (reformado en 1906), equivalente a la solución colombiana antes comentada, es prueba de ello⁸⁵. Artículo 14 del Código Civil: "Los bienes muebles situados en Honduras están sujetos a las leyes hondureñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Honduras.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extranjero.

Cabe mencionar dos desarrollos significativos. Por una parte, la Ley de Contratación del Estado, Decreto No. 74-2001⁸⁶ cuyo artículo 22 ordena la aplicación de la legislación nacional, así como la sumisión a la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, a los contratos que celebre la Administración con personas naturales o jurídicas extranjeras. De esta manera, parecería que el legislador hondureño excluye la posibili-

⁸² CABANIS, Andres G.; MARTIN, Michel Louis; Un exemple de créolisation juridique modulée: Le Code civil haïtien de 1825 et le Code Napoléon, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1996, pp. 443 ss.

⁸³ Casación de 9.5.1893, en Hector, Luc D., *Code de Procedure Civile*, Port-au-Prince, p. 62 (1978).

⁸⁴ Carcamo Tercero, Hernán, Don Andrés Bello y el Código Civil de Honduras, *Revista de Derecho*, Universidad nacional Autónoma de Honduras, 1 (1969) 2ª. Epoca, pp. 75 ss.

⁸⁵ Artículo 14 del Código Civil: "Los bienes muebles situados en Honduras están sujetos a las leyes hondureñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Honduras.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extranjero.

Pero los efectos de los contratos celebrados en país extraño, para cumplirse en Honduras se arreglarán a las leyes hondureñas." Al respecto ver Cruz López, Reinaldo, *Comentarios al Título Preliminar del Código Civil*, Tegucigalpa, p. 41 (1986).

⁸⁶ La Gaceta de 17.9.2001, No. 29.583.

dad de intervención de la autonomía conflictual en esos contratos. Por otra parte, el artículo 87 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto No. 161-2000⁸⁷ autoriza el arbitraje internacional en los contratos que celebre el Estado hondureño y las entidades de derecho público de ese país, ya sea con nacionales o extranjeros, no domiciliados. Además, el artículo 88 de esta última Ley permite a las partes en el arbitraje internacional la elección de las normas sustantivas y procesales aplicables “conforme a las cuales los árbitros habrán de resolver el litigio”.

24. México

En el año 2000, la legislación mexicana fue modificada en materia de Derecho Internacional Privado. Se produce así una alteración de la significativa modificación que había tenido lugar a raíz de los cambios efectuados al entonces Código Civil para el Distrito Federal en materia Común, y para toda la República en materia federal. Esta modificación, sin embargo, no afecta la admisión del principio de autonomía conflictual. El artículo 13, fracción V de ese Código establece: “Salvo lo previsto en las dos fracciones anteriores (en materia de principios *lex rei sitae* y *locus regit actum*), los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del Distrito Federal que deban ser ejecutados en su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”. No obstante, la situación mexicana actual hace recordar el debate que tuvo lugar en Venezuela hace muchos años en torno a la naturaleza de su sistema de Derecho Internacional privado. Esto se debe a que el artículo 12 del mismo Código prescribe “Las leyes para el Distrito Federal se aplicarán a todas las personas que se encuentren en el territorio del mismo, sean nacionales o extranjeros”. La evidente contradicción entre el territorialismo del artículo 12, inspirado en las enseñanzas de Andrés Bello, y el reconocimiento del principio de autonomía conflictual, producto del esfuerzo de sus más recientes defensores en ese país entre los que tan solo citamos a los profesores José Luis Siqueiros, Carlos Arellano García, Fernando Vásquez Pando y Leonel Péreznieta Castro, solo puede calificarse con la lapidaria frase del ilustre profesor venezolano Lorenzo Herrera Mendoza cuando al referirse al sistema venezolano imperante en 1943 lo describió como “híbrido-antagónico”⁸⁸.

⁸⁷ La Gaceta de 14.2.2001, No. 29.404.

⁸⁸ HERRERA MENDOZA, Lorenzo; La Escuela Estatutaria en Venezuela y su Evolución hacia la Territorialidad. 1ª edición, 1943, en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado*.

En asuntos procesales el artículo 566 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que: "Será reconocida la competencia asumida por un órgano jurisdiccional extranjero designado por convenio de las partes del juicio, si dadas las circunstancias y relaciones de las mismas, dicha elección no implica de hecho impedimento o denegación de acceso a la justicia". A lo anterior se añade lo dispuesto en el artículo 567 del mismo Código al proveer que: "No se considerará válida la cláusula o convenio de elección del foro cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte, pero no de todas. "En materia mercantil señala el artículo 1093 del Código de Comercio que: "Hay sumisión expresa cuando los interesados renuncian clara y terminantemente al fuero que la Ley les concede y para el caso de controversias señalen como tribunales competentes los del domicilio de cualquiera de las partes, los del lugar de cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas o los de la ubicación de la cosa." Esta disposición guarda similitud con el artículo 321 del Código Bustamante, no ratificado por México, sin embargo, que se inspira en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de finales del siglo XIX ⁸⁹.

25. Nicaragua

El Código Civil nicaragüense de 1904 muestra aún trazas de influencia chilena, a pesar de evidenciar su separación del modelo original adoptado en 1867 al promulgar su primer Código Civil. No obstante, no incluye disposición equivalente al artículo 16 chileno, que como hemos mostrado se repite en una buena parte de los países latinoamericanos y en los que ha sido desarrollado de manera desigual.

do y Temas Conexos. Caracas, pp. 121, 140 ss. (1960). En cuanto al sistema mexicano vigente ver PÉREZNIETO, Leonel; Notas sobre el Derecho Internacional Privado mexicano actual, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum* Jürgen Samtleben. Montevideo, pp. 153 ss. (2002).

⁸⁹ Artículo 321: "Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan." La praxis cubana entendía al segundo de los requisitos como "ínsito y presente en el primero". Audiencia de La Habana N° 187 de 25-9-1950 y Auto N° 91 de 9-4-1952, A.H., p. 194 R.J. de septiembre 1952, en Juan J.E. Casaus, *Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en Cuba, con la jurisprudencia de Cuba, España y otras Naciones*. Tomo I, vol. Primero, p. 275, La Habana (1956).

26. Panamá

En Panamá encontramos una particular disposición en materia de régimen económico del matrimonio. El artículo 10 del Código de Familia, Ley N° 3 de 17.5.1994 señala que “El régimen patrimonial de los cónyuges se rige por la ley en lugar donde se haya celebrado el matrimonio, salvo que las partes, de común acuerdo hayan celebrado capitulaciones matrimoniales señalando un régimen económico distinto al legal.” De esta forma se reconoce para esta materia específica la elección del derecho aplicable por vía de capitulaciones matrimoniales.

Además, el artículo 6 del Código de Comercio panameño establece en cuanto al derecho aplicable a los actos de comercio que los mismos se regirán en cuanto a la esencia y efectos mediatos o inmediatos de las obligaciones que de ellos resulten y salvo pacto en contrario, por las leyes del lugar donde se celebren. Por lo que respecta al modo de cumplirse se regirán por las leyes panameñas, a menos que otra cosa se hubiere estipulado⁹⁰. El Código Civil panameño, heredero al igual que otros tantos del Código chileno, contiene una norma similar a la ya antes referida para Colombia, El Salvador y Honduras⁹¹. En materia procesal la prórroga queda sometida a lo dispuesto en los artículos 243 al 249 del Código Judicial⁹².

27. Paraguay

El artículo 3 del Código Procesal Civil excluye la posibilidad de la sumisión a tribunales extranjeros o la derogación de la jurisdicción paraguaya, salvo lo establecido en leyes especiales⁹³. La opinión dominante admite

⁹⁰ BOUTIN, Gilberto; *Derecho Internacional Privado*, Panamá, pp. 587 y ss. (2002).

⁹¹ Artículo 6 del Código Civil: “Los bienes muebles situados en Panamá están sujetos a las leyes panameñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Panamá.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extranjero.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Panamá, se arreglarán a las leyes panameñas.”

⁹² BOUTIN, *Ob. Cit.*, nota 87, pp. 760 y ss.

⁹³ PANE, Ricardo A.; *Código Procesal civil con repertorio de jurisprudencia*, Asunción, p. 21 (2001). Este artículo 3 dice: “La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptuase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales.” A su vez, el artículo 6 del Código de Organización Judicial completa esta conclusión al disponer: “La jurisdicción es improrrogable, salvo la territorial, que podrá

la prórroga de la jurisdicción paraguaya⁹⁴. En materia de elección del derecho aplicable se nota la ausencia de norma expresa que lo permita para los contratos internacionales.

28. Perú

El Código Civil de Perú del año 1984, ampliamente influenciado por el proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963/1965, contiene las disposiciones relevantes. El artículo 2095 dispone que “Las obligaciones contractuales erigen por la ley expresamente elegida por las partes...”. Por su parte, el artículo 2096 fija su alcance al señalar que “La ley competente, de conformidad con el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes.”. Se trata de la primera consagración del principio de manera clara y directa en América Latina. La sumisión a tribunales peruanos está aceptada en el artículo 2058 (3) en materia de acciones de contenido patrimonial. La sumisión puede ser expresa o tácita. Aquí es evidente la influencia venezolana. El artículo 2060 señala que “La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al orden público el Perú.” El artículo 2062 (2) admite también la sumisión a tribunales peruanos en materia de acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales, o a las relaciones familiares “siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República”. La reforma peruana de 1984 se debió principalmente a la Profesora Delia Revoredo y al Profesor Roberto Mac Lean⁹⁵.

prorrogarse por conformidad de partes en los juicios civiles y comerciales, y tampoco podrá ser delegada. Los Jueces y Tribunales conocerán y decidirán por sí mismos los juicios de su competencia, pero podrán comisionar, cuando fuere necesario, a otros jueces para diligencias determinadas.”

⁹⁴ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; en *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., Coordinador), Buenos Aires, pp. 245 y ss., (2003).

⁹⁵ En general ver: TOVAR GIL, María del Carmen; TOVAR GIL, Javier; *Derecho Internacional Privado*. Lima, pp. 15 ss., 165 ss., 212 s., 308 ss. (1987).

29. Puerto Rico

Desde hace más de diez años Puerto Rico ha emprendido la tarea de renovar su sistema de Derecho Internacional Privado contenido en esencia en su Código Civil⁹⁶ y en las decisiones de sus tribunales que lo complementan y desarrollan. El proceso de revisión ha sido liderizado por la Academia puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación y encomendado a un comité presidido por el ex-Magistrado de la Corte Suprema de Puerto Rico Lino Saldaña, incluyendo además al ex-Chief Justice José Trías Monge, los profesores Luis Muñíz Argüelles, A. García Padilla, R. Aponte Toro, C. Díaz Olivo, A. García Martínez, J. Mayda, A. Morales, J.L.A. Passalacqua, J. Portuondo, A. von Mehren y S. Symeonides. Los dos últimos fueron designados como “rapporteurs”⁹⁷. En 1991 fue publicado el Proyecto para la Codificación del Derecho Internacional Privado de Puerto Rico. Según informa el profesor Symeonides, razones políticas retrasaron la presentación del Proyecto a la legislatura puertorriqueña. En 2002, la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico adoptó el Proyecto como parte de un plan de reforma general del Código Civil. El Proyecto ha debido ser presentado a la legislatura puertorriqueña a comienzos de 2003⁹⁸. Dicho Proyecto pretende actualizar las soluciones puertorriqueñas en materia de Derecho Internacional Privado. En particular, en materia de contratos ni el Código Civil ni otras leyes especiales regulan los problemas de fondo de los contratos internacionales⁹⁹. El Proyecto admite la autonomía conflictual junto con una can-

⁹⁶ El Código Civil de Puerto Rico encuentra sus raíces en el Código Civil español de 1889, cuya aplicación en Puerto Rico se hizo efectiva en 1890. En 1902 fue modificado como consecuencia de la ocupación estadounidense. En 1930 fue “reducido” a un simple título, Título 31 de la colección *Laws of Puerto Rico Annotated (L.P.R.A.)*. En cuanto a los antecedentes ver Fernós, Antonio, *Perspectiva del Derecho Internacional Público (sic) Puertorriqueño*, Anuario IHLADI 9 (1991), pp. 287 ss.; Symeonides, Symeon, *Revising Puerto Rico’s Conflicts Law: A Preview*, 28 *Columbia Journal of transnational Law* 413 (1990).

⁹⁷ Ver SYMEONIDES, S.; *Codifying Choice of Law for Contracts: The Puerto Rico Project, Law and justice in a Multistate World, Essays in honor of Arthur T. von Mehren*, Boston, 2002, pp. 419 ss.

⁹⁸ Ver SYMEONIDES, S.; *Codifying Choice of Law for Contracts: The Oregon Experience*, *RebelsZ* 67 (2003), pp. 726, 727 y allí Nota 4. El Proyecto sirvió de base a la nueva Ley sobre Determinación del Derecho aplicable a los Contratos del Estado de Oregon, Estados Unidos de América, Oregon House Bill 2414 of 2001, en vigencia desde el 1 de enero de 2002, ver *Or.Rev.Stat.* 81.100-81.135.

⁹⁹ SYMEONIDES; *Ob. cit.*, nota 92, pp. 417-418.

tividad de normas supletorias para el caso de ausencia de elección basada en la “most significant connection to the parties and the dispute” y reglas para contratos especiales¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Article 2. General and Residual Article. “Except as otherwise provided in this Code, cases having contacts with more than one state are governed by the law of the state which, with regard to the issue in question, has the most significant connection to the particular issue.

This state is determined by: (a) considering the policies embodied in the particular rules of law claimed to be applicable, as well as any other pertinent policies of the involved states; and (b) evaluating the strength and pertinence of these policies in the light of: the relationship of each involved state to the parties and the dispute; and (1) the policies and needs of the interstate and international systems, including the policies of upholding the justified expectations of the parties and minimizing the adverse consequences that might follow from subjecting the parties to the law of more than one state.

Article 34. Party Autonomy. “Except as otherwise provided in this Title or else where by law, contractual obligations are governed by the law or laws chosen for that purpose by the parties. The choice must be express or must be demonstrated clearly from the provisions of the contract or from the conduct of the parties.

The choice may extend to the whole or part of the contract and may be made or modified even after the conclusion of the contract. Unless the parties provide otherwise, a choice of law made or modified after the conclusion of the contract operates retrospectively to the time of the conclusion of the contract, but may not thereby prejudice the rights of third parties.”

Article 35. Limitations on Party Autonomy. “A choice of law made in accordance with the preceding Article may be disregarded to the extent necessary to ensure compliance with restrictions on party autonomy imposed by both Puerto Rico and the state whose law would otherwise be applicable to the particular issue under the following Articles of this Title.”

Article 36. The General Rule. “To the extent that an effective choice of law has not been made by the parties pursuant to the provisions of this Title, contractual obligations are governed by the law of the state which, with regard to the issue in question, has the most significant connection to the parties and the dispute.

That state is determined by considering and evaluating all pertinent factual contracts, such as the place of negotiation, conclusion, and performance of the contract, the domicile, habitual residence, or place of business of the parties, and the location of the object of the contract, in light of (a) The nature, type, and purpose of the contract; and (b) The principles prescribed by Article 2 and the policies referred to therein, as well as the policies of facilitating the orderly planning of transactions, promoting multistate commercial intercourse, and protecting one party from undue imposition by the other.”

Article 37. Presumptive Rules. “In the absence of an effective choice of law by the parties, the contracts enumerated in this Article are governed respectively by the law of the state determined in the manner provided below. However, a party may prevent the application of that law by demonstrating that, with regard to the issue in question, another state has a manifestly more significant connection to the parties and the transaction in accordance with the principles of Article 36.

(a) Contracts involving rights in immovable property are governed by the law of the state where the property is situated.

30. República Dominicana

La situación de la República Dominicana es similar a la de Haití. En ambos países rigen versiones muy próximas al Código Civil francés de 1804. Ninguna de ellas regula expresamente la cuestión de la admisión de la autonomía conflictual. Del artículo 2128 del Código Civil se desprende el reconocimiento de eficacia de los contratos celebrados en el extranjero¹⁰¹. La práctica dominicana reconoce la elección del derecho aplicable y de foro en los contratos internacionales.

(b) Contracts for the sale of movables, other than those regulated by Article 41, are governed by the law of the state where the seller has his principal place of business.

(c) Contracts of transportation, other than those regulated by Article 41, are governed by the law of the state where the carrier has its principal place of business.

(d) Franchise contracts are governed by the law of the state where the franchise is to operate pursuant to the contract.

(e) Licensing contracts are governed by the law of the state where the licensor has his principal place of business.

(f) Agency contracts are governed, with respect to the rights and duties between the principal and agent, by the law of the state where the agent habitually carries out his work."

Article 41. Consumer Contracts. "Notwithstanding the provisions of Chapters 1 and 2, the court shall, unless the consumer request otherwise, apply the law of Puerto Rico to a consumer contract, when: (a) the consumer was domiciled or residing in Puerto Rico at the time of contracting; and (b) his assent to the contract was obtained, or was induced in substantial measure by an invitation or advertisement, in Puerto Rico.

For the purposes of this Article, a consumer contract is one for the supply of goods or services to a person for his personal or familial use outside his professional or commercial activity."

Article 42. Employment Contracts. "Notwithstanding the provisions of Chapters 1 and 2, the court shall, unless the employee requests otherwise, apply the law of Puerto Rico to an employment contract for services to be rendered by him primarily in Puerto Rico. A person domiciled or residing in Puerto Rico and hired there for services to be rendered outside Puerto Rico may not be deprived of the protection provided by those mandatory rules of Puerto Rican law whose application is appropriate regardless of the place where the services are rendered."

Article 43. Insurance Contracts. "Notwithstanding the provisions of Chapters 1 and 2, the court shall, unless the insured requests otherwise, apply the law of Puerto Rico to: (a) A contract of life, health, or disability insurance if the policy or its renewal was delivered or issued for delivery in Puerto Rico or the insured was there domiciled at the time the relevant issuance or renewal occurred; and (b) All other insurance contracts except contracts for ocean marine or foreign trade insurance, if, at the time the policy was issued or renewed, the insurer knew or should have known that the insured risk was or would be located primarily in Puerto Rico."

¹⁰¹ Artículo 2128 del Código Civil: "Los contratos hechos en país extranjero no pueden producir hipoteca sobre bienes que radiquen en la República, si no hay disposiciones contrarias a este principio en las leyes políticas o en los Tratados."

31. Uruguay

Uruguay es tal vez el mas férreo bastión contra la admisión del principio de autonomía conflictual. Las ideas de Alvaro Vargas Guillemette y de Quintín Alfonsín¹⁰² parecen inmortales en esta materia. Sin embargo, como antes mencionáramos la suscripción del Convenio de México por Uruguay sugiere un cambio de actitud que todavía, no obstante, está por verse. Ojalá que sus mas recientes y destacados representantes, tales como los profesores Didier Operti Badán, Eduardo Tellechea Bergman, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Rubén Santos Belandro y Ronald Herbert, actúen favorablemente¹⁰³.

32. Venezuela

La Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela entró en vigencia el 6.2.1999. Su aprobación tomó más de 30 años y se debe al proyecto de Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra-Aranguren presentado originalmente en los años 1963-1965. Regula el Derecho Internacional Privado en sentido amplio, abarcando tanto los asuntos de derecho aplicable como los procesales. Su artículo 29 admite ampliamente el principio de autonomía conflictual en materia contractual. Así, señala "Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes." En todo caso, las normas de aplicación inmediata o necesaria del foro deberán ser respetadas (artículo 10). De manera general puede decirse que la regulación venezolana en materia de contratos es una gran síntesis de la Convención de México; tarea ésta que se redujo a reproducir los principios fundamentales de la Convención en los artículos 29, 30 y 31

¹⁰² La referencia está tomada de Boggiano, cit. Nota 43, p.19. El artículo 2403 del Código Civil dispone: "Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente." Ver no obstante los artículos 46 de la Ley N° 16.479 de Mercado de Valores, Diario Oficial de 12 de junio de 1996 y 2 del decreto N° 344/996 de 28 de agosto de 1996.

¹⁰³ Por todos ver: OPERTTI BADÁN, Didier; El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano, en *Los principios de UNIDROIT: Un derecho común de los contratos para las Américas*. Roma, pp. 29 y ss. (1998).

de la Ley venezolana¹⁰⁴. En materia de responsabilidad civil extracontractual derivada de hechos ilícitos se reconoce también la autonomía conflictual. El artículo 32 indica que: “Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito”¹⁰⁵. La inspiración de esta norma viene del Derecho alemán, con la peculiaridad de que se invirtió la solución¹⁰⁶. La doctrina admite la autonomía conflictual para los casos de sucesiones testamentarias¹⁰⁷ y de régimen económico del matrimonio¹⁰⁸.

Por lo que respecta a los aspectos procesales se regula tanto la prórroga como la derogación. La prórroga queda regulada en dos disposiciones en materia de acciones de contenido patrimonial y en materia de acciones de estado de las personas y de relaciones familiares en términos muy similares a los establecidos en el Código Civil peruano de 1994 (artículos 40 (4) y 42 (2) de la Ley venezolana). Ello evidencia una vez más la profunda influencia del pensamiento venezolano en la normativa peruana. Según los artículos citados los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción en materia de acciones de contenido patrimonial “cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción.” La jurisdicción venezolana en materia de acciones sobre el estado de las personas o las relaciones familiares “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 sumisión puede ser expresa, para lo cual se exige que conste por escrito (artículo 44) o tácita, la cual resulta para el demandante por el hecho de proponer la demanda y, por parte del demandado, del

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio; *Las obligaciones convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado*, en libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, Tomo II. Caracas, pp. 325 y ss. (2001).

¹⁰⁵ GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo; *La responsabilidad civil extracontractual por productos en el Derecho Internacional Privado. Estudio Comparado*. Caracas, pp. 166 ss. (2002); ROMERO, Fabiola; *Las personas jurídicas y las obligaciones en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana*, en libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Tomo II, pp. 269, 280 y ss., (2001).

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ-BRETÓN, Nueva Ley venezolana de Derecho Internacional Privado, en libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Tomo II, pp. 53, 57 (2001).

¹⁰⁷ Ver en general: D'ONZA GARCÍA, Rossanna; *Ley aplicable a las sucesiones, a la forma y a la prueba de los actos en la nueva Ley de Derecho Internacional Privado*, en libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, Tomo II, pp. 343 ss.

¹⁰⁸ Dicha idea se retrotrae al pensamiento de Luis Sanojo en sus *Instituciones de Derecho Civil venezolano*. Caracas, pp. 57 s. (1873).

hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva (artículo 45)¹⁰⁹.

La derogatoria está regulada en el artículo 47. Se trata de la variante venezolana ante los inconvenientes que se presentaron con ocasión de la recepción en Venezuela del derogado artículo 2 del Código de Procedimiento Civil italiano de 1942. Ese artículo incorporado con modificaciones en Venezuela en 1986, por las deficiencias en su redacción, no dejaba claro si establecía o no el principio de inderogabilidad de la jurisdicción venezolana. La praxis jurisprudencial, no obstante, sostenía el criterio de la inderogabilidad. La nueva disposición de la Ley establece que: "La jurisdicción que corresponde a los Tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente a favor de Tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano"¹¹⁰.

33. Conclusión: La utilidad del Derecho Comparado

La seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas entre particulares es postulado de reconocido valor universal que debe ampararse para así promover la expansión del comercio y de la industria. La insuficiencia de la regulación normativa y la ausencia de tratamiento científico de los aspectos jurídicos de las relaciones jurídicas internacionales que presentan contactos con los países latinoamericanos constituyen serio obstá-

¹⁰⁹ En general ver: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio; Algunas cuestiones de derecho procesal civil en la Ley de Derecho Internacional Privado, en libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Tomo II, pp. 381 ss. y del mismo autor en el mismo Texto: Cuestiones de Jurisdicción, competencia y litispendencia internacional en la Ley de Derecho Internacional Privado, pp. 403 ss.

¹¹⁰ En cuanto a los problemas con el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil venezolano ver: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio; Uso inapropiado de la doctrina extranjera y desconocimiento del Derecho Internacional (Público y Privado): apuntes para un estudio de la derogación convencional de la "jurisdicción" (Art. 2 CPC venezolano), en *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República*. 8 (1993), pp. 41, 79 ss. Caracas.

culo al desarrollo adecuado de sus fronteras comerciales. Por otra parte, el confuso tratamiento de la regulación internacional de los contratos ha brindado apoyo a la justificación del principio de autonomía de las partes en base al cual las partes excluyen del tratamiento incierto de las normas de conflicto el problema de la determinación del derecho aplicable al contrato jurídicamente internacionalizado haciendo uso de uno de los mecanismos del Derecho Internacional Privado. Nadie puede negar que ese principio ha actuado como promotor de certeza y seguridad en el marco de las relaciones comerciales internacionales.

Para reafirmar su presencia en el comercio internacional, los países de América Latina deben estar dotados de una regulación internacionalprivatista adecuada. De nada servirán políticas de apertura comercial, si el sistema normativo es incapaz de brindar seguridad. El examen comparativo de los datos aportados por las experiencias de algunos países de la región es elemento importante que contribuirá a avanzar objetivos prácticos desde una perspectiva teórica. En todo caso, no debe escapar la idea de que hoy en día el método del Derecho Internacional Privado sólo es concebible como un método comparativo¹¹¹. Tan solo quisiera que estos comentarios resulten de utilidad en la búsqueda de soluciones “siempre mas justas para reglamentar la vida humana”¹¹².

¹¹¹ Zweigert y Kötz, *Ob. cit.*, nota 4, p. 6.

¹¹² Valladão, *Ob. cit.*, nota 2.

La pretensión procesal administrativa

Daniela Urosa Maggi

SUMARIO

Introducción

I. Delimitación conceptual de la pretensión procesal administrativa

1. Definición de pretensión procesal administrativa
2. Naturaleza jurídica y función de la pretensión procesal administrativa
3. Relación pretensión-actuación administrativa. De la actuación como materia impugnabile a la actuación como objeto de la pretensión procesal administrativa
4. Clases de pretensión procesal administrativa

II. La necesidad de reinterpretar el sistema contencioso administrativo vigente para elevar la pretensión a la categoría de objeto del proceso administrativo. Propuestas de *lege ferenda* ante una inminente –e imperante– reforma del proceso administrativo venezolano

1. Situación actual del proceso administrativo venezolano: Inconveniencias y deficiencias del sistema impugnatorio
2. La ordenación del régimen procesal administrativo en atención a la naturaleza y contenido de la pretensión procesal administrativa. Propuestas de *lege ferenda* para una mejor regulación procesal de la pretensión en el contencioso administrativo venezolano

III. Reflexiones finales

INTRODUCCIÓN

La meritoria evolución que en las últimas décadas ha experimentado el contencioso administrativo, transformando aquel proceso objetivo de control de legalidad en un proceso subjetivo de tutela de derechos, no se ha visto reflejada aún en la estructuración del proceso según la naturaleza y requerimientos de la pretensión. En efecto, esa subjetivización se ha centrado en temas puntuales como la legitimación procesal, las medidas cautelares, la ejecución y efectividad del fallo, entre otros, pero siempre dentro del marco de los medios impugnatorios que establece nuestra legislación como modos de proceder en el contencioso administrativo.

En nuestra opinión, el proceso administrativo, al igual que cualquier proceso judicial, debe estudiarse desde la óptica de su objeto: la pretensión procesal. Opinión que consigue asidero nada menos que en el propio fundamento constitucional de nuestro sistema contencioso administrativo. Así, el artículo 259 de la Constitución venezolana de 1999, en idénticos términos a los del artículo 206 de la Constitución de 1961, reconoce la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa y otorga rango constitucional a dos vertientes de ésta: su vertiente *orgánica*, cuando hace referencia a los tribunales a los que corresponde el ejercicio de las competencias contencioso-administrativas; y su vertiente *procesal*, cuando hace referencia a las distintas *pretensiones* que pueden plantear los particulares ante dichos tribunales: la *nulidad* de actos administrativos generales y particulares; la *condena* al pago de sumas de dinero; la *reparación* de daños originados en responsabilidad de la Administración; las *reclamaciones* por la prestación de servicios públicos y, por último, el *restablecimiento* de las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa¹.

¹ Téngase en cuenta que al analizar esta disposición de nuestra Constitución, Jesús González Pérez ha destacado que, en su opinión, "...no es buena técnica legislativa tipificar las pretensiones procesales administrativas, pues siempre existirá el riesgo de olvidar algún supuesto, riesgo que en vuestro caso está cubierto por la fórmula general del artículo 27, que consagra con una fórmula bellísima el derecho a la tutela judicial efectiva...". De allí que el rango constitucional de la vertiente procesalista del contencioso administrativo no debe entenderse, en modo alguno, como una manera de catalogar taxativamente o de limitar las pretensiones admisibles en el proceso administrativo. Vid. la opinión del autor en su estudio "Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos", VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", Funeda, Caracas, pp. 201 y ss, 2002.

De allí la importancia de referirnos, en el marco de estas importantes Jornadas, al tema de la pretensión procesal administrativa. Tema que abordamos desde una óptica estrictamente procesal, tal como –siguiendo las enseñanzas del maestro español JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ– creemos debe estudiarse el sistema de justicia administrativa.

De manera que en la primera parte del presente estudio, pretendemos exponer, muy sumariamente, una delimitación conceptual de la pretensión procesal administrativa, determinando así su definición, su naturaleza jurídica, su clasificación y, principalmente, su función dentro del proceso administrativo: la de servir de objeto del mismo, lo que lleva a cuestionar las tradicionales apreciaciones que consideraban al acto y, en general, a la actuación administrativa “impugnable” como el objeto del proceso. Con fundamento en este marco general, intentaremos plantear, en la segunda parte, la necesidad de reinterpretar el sistema contencioso administrativo vigente para elevar la pretensión a la categoría de objeto del proceso administrativo, lo cual exige poner de relieve la situación actual del contencioso administrativo venezolano en tanto conjunto de medios de proceder que atienden a la actuación administrativa lesiva en cada caso. Finalmente, proponemos lo que consideramos puede ser el modo de ordenación del régimen procesal administrativo en atención a la naturaleza y contenido de la pretensión procesal administrativa.

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA

1. Definición de pretensión procesal administrativa

La pretensión procesal es entendida, en el marco de cualquier proceso judicial, como “*la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta al autor de la declaración*”². Definición de preten-

² Esta noción de pretensión procesal es la aportada por GUASP D., Jaime; *La pretensión procesal*. Civitas, Madrid, segunda edición, p. 62, 1985; asumida y adaptada a nuestro ordenamiento jurídico por RENGEL RÖMBERG, Aristides; *La Pretensión Procesal*, en libro-homenaje a Luis Loreto, Caracas, 1975, recogido en la compilación de sus obras *Estudios Jurídicos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, pp. 343 y ss.; del mismo autor: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen II, Editorial Arte, tercera edición, Caracas, pp. 108 y ss., 1992.

sión procesal aportada en España por JAIME GUASP, recogida magistralmente en nuestro país por ARÍSTIDES RENGEL-RÖMBERG, y que sirve de base para precisar, también, a la pretensión procesal administrativa respecto de un especial proceso judicial: el proceso administrativo. En este sentido, entendemos a la pretensión procesal administrativa como *la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a la Administración pública o frente a otro sujeto de Derecho público o privado que ejerza actividad administrativa*³.

Enseña GONZÁLEZ PÉREZ que *“la nota que realmente califica la pretensión procesal administrativa es su fundamento: la actuación que se pide al órgano jurisdiccional está fundada en el Derecho administrativo”*⁴. Por tanto, cede relevancia el aspecto subjetivo de la pretensión, es decir, el que esté dirigida, necesariamente, contra un órgano de la Administración pública, y cede importancia también el acto objeto de esa pretensión: el acto administrativo, la actuación material o la inactividad que dio origen a la lesión, para centrar el concepto de pretensión procesal administrativa en su fundamento: el Derecho administrativo.

La petición o *“petitum”* de la pretensión procesal administrativa será *la imposición a la Administración de una declaración judicial, de una situación o de una conducta determinada, debida y fundada en Derecho administrativo*, según se trate de una pretensión declarativa, cons-

³ Sobre el concepto de pretensión procesal administrativa vid. ACOSTA ESTÉVEZ, José B.; *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en el contencioso administrativo*, PPU, Barcelona, pp. 15 y ss., 1987; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A.; Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente, en *Revista de Administración Pública* núm. 38, Madrid, pp. 9 y ss., 1962; y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; La pretensión procesal administrativa, en *Revista de Administración Pública* nº 12, Madrid, pp. 77 y ss., 1953. Más recientemente, ARAUJO JUÁREZ, José; *Principios generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, pp. 403 y ss., 1996; CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Sherwood, Caracas, pp. 206 y ss., 1998; CORDÓN MORENO, Faustino; *El proceso administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 85 y ss. 1989; GARCÍA PÉREZ, Marta; *El Objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, pp. 142 y ss., 1999; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, V.; SALA SÁNCHEZ, P.; *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, p. 65, 1996.

⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, p. 213, 2001.

titutiva o de condena, respectivamente. Por su parte, la *causa petendi* o causa de pedir de la pretensión procesal administrativa estará determinada por “los acontecimientos ‘de hecho’ que la individualizan y la diferencian de cualquier otra, a modo de delimitación del trozo o parcela concreta de la realidad al que la pretensión se refiere”⁵, es decir, la *causa petendi* serán los presupuestos o razones de hecho y de derecho que motivaron al quejoso para acudir ante el juez y plantear esa pretensión frente a la Administración, cuestión distinta a los argumentos jurídicos en los que él mismo sustentó su pretensión.

2. Naturaleza jurídica y función de la pretensión procesal administrativa

En cuanto a su naturaleza jurídica, la pretensión procesal administrativa se entiende como un *acto de parte*, que se expresa a través de una *declaración de voluntad* que, además, tiene un contenido concreto: una petición de relevancia jurídica planteada ante un juez para ser cumplida o acatada por parte de un órgano administrativo (*lato sensu*).

⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, cit., p. 215. Asimismo vid. GARCÍA PÉREZ, Marta; *El Objeto del Proceso Contencioso-Administrativo, Contencioso Administrativo*, FUNEDA, Caracas, pp. 211-212, 1996, y de la misma autora “El Contencioso de los Servicios Públicos”, también en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias*, cit. pp. 231 y ss.; y especialmente, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos*, cit., pp. 201 y ss., quien expuso en nuestro país, en el marco de las citadas Jornadas Internacionales, el justo alcance que ha de darse al denominado “contencioso de los servicios públicos”. En esa oportunidad, y al analizar el artículo 259 de la Constitución de 1999, destacaba González Pérez —opinión que compartimos— lo siguiente: “...el hecho de que la misma Constitución enumere entre las competencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa el ‘reclamo por la prestación de servicios públicos’, no debe conducirnos al error de creer que debe establecerse un ‘contencioso de los servicios públicos’. La norma no tiene otro significado que dejar sentado que, entre las materias cuyo conocimiento corresponde a esta Jurisdicción, están las pretensiones sobre prestación de los servicios públicos, pero no que haya que regular un proceso administrativo para estas pretensiones, ni menos para extenderla a cualquier pretensión relacionada con los servicios públicos. Tales pretensiones deben ser conocidas y decididas en el proceso administrativo ordinario. El establecimiento de un proceso especial estará justificado solo en la medida en que seguir el proceso ordinario no permita obtener tutela judicial efectiva. Por lo que solo estará justificado respecto de las pretensiones formuladas con motivo de la falta de prestación de ciertos servicios -no de todos los servicios públicos- de carácter urgente”.

De allí surge, entonces, su *función primordial* en el proceso: la *pretensión procesal administrativa constituye el objeto del proceso administrativo*, afirmación según la cual en torno a la pretensión giran todos y cada uno de los acontecimientos del proceso: su iniciación, su instrucción y su decisión. En su *inicio*, es fundamental el planteamiento de cuál o cuáles son las pretensiones de la parte; en su *instrucción*, el proceso deberá dirigir los alegatos y pruebas en torno a la procedencia y comprobación de esa pretensión, y en su *decisión*, el proceso deberá ajustarse en un todo al principio de congruencia y, por tanto, el juez contencioso administrativo deberá resolver sobre todas las cuestiones –ni más ni menos– que planteó la pretensión, las cuales podría decidir incluso con fundamento en motivos jurídicos distintos a los alegados por las partes (piénsese, por ejemplo, en la estimación de la pretensión de nulidad de un acto administrativo por motivos distintos a los que se alegaron en juicio y que son apreciados de oficio), y con ello estimar o desestimar lo pedido, pero nunca podrá modificar la pretensión formulada, pues la sentencia incurriría en el vicio de incongruencia. Asimismo, siendo la pretensión el objeto del proceso, es evidente que su desaparición sobrevenida o bien su satisfacción extraprocésal, dará lugar a la extinción del proceso judicial.

3. Relación pretensión procesal-actuación administrativa. De la actuación administrativa como materia impugnabile a la actuación como objeto de la pretensión procesal administrativa

Ahora bien, las consideraciones anteriores surgen ajenas a lo que ha sido el tratamiento tradicional del estudio del contencioso administrativo y, concretamente, de lo que ha sido el objeto del proceso administrativo. Lo tradicional ha sido considerar al acto administrativo como el objeto de impugnación en el proceso administrativo. A lo sumo, y como gran avance, se ha entendido que no solo el acto, sino cualquier forma de actividad o inactividad administrativa puede ser materia de impugnación, es decir, puede ser objeto del proceso contencioso administrativo.

Para nosotros, no cabe duda que el tratamiento correcto en esta materia es el procesal y, en consecuencia, lo decíamos ya, ha de entenderse que la pretensión procesal administrativa es el objeto del proceso, ante lo cual surge la siguiente interrogante *¿qué posición ocupa entonces el acto o, en general, la actuación administrativa dentro del debate procesal?* En otros términos, *¿cuál es la naturaleza jurídica de la actuación*

administra dentro del proceso administrativo cuando se entiende a la pretensión procesal administrativa como objeto del mismo? En el sistema contencioso administrativo venezolano, al igual que ha sucedido en otros ejemplos de Derecho Comparado, se ha considerado tradicionalmente a la actuación –o ausencia de actuación administrativa– como objeto de impugnación o como actuación impugnabile dentro del proceso administrativo⁶. Se trata de una terminología muy poco feliz y carente además de asidero jurídico-procesal, pues mal puede entenderse a la actividad –o inactividad administrativa– como objeto del proceso y menos aún como materia de impugnación.

En efecto, por impugnación se entiende, en sentido procesal, *la depuración del resultado de un proceso, con el fin de revisar y determinar la exactitud e inexactitud de las conclusiones procesales primeiramente obtenidas*⁷. Esta definición de impugnación, referida a las diferentes clases de recursos previstos en la Ley contra las decisiones judiciales, ha sido tradicionalmente extrapolada al campo del contencioso administrativo, para definir la pretensión procesal administrativa típica: la pretensión anulatoria, pues en definitiva, se ha considerado que ésta se dirige a obtener la depuración en juicio de un acto administrativo o disposición general contrarios al ordenamiento jurídico y lesivos del interés particular, con las consecuentes modificaciones en la situación jurídica del mismo⁸.

No obstante, el concepto procesal de impugnación resulta absolutamente ajeno a la mayoría de las pretensiones que pueden ser objeto del proceso administrativo. Así, surge contradictorio hablar de *inactividad administrativa impugnabile* o de *vía de hecho impugnabile*, pues frente a las lesiones subjetivas causadas por éstas, la pretensión idónea es la de *condena a un hacer o no hacer administrativo, es decir, una condena*

⁶ El acto administrativo ha sido considerado como "objeto de impugnación", entre otras muchas, en sentencias de la Sala Político-Administrativa de 13 de febrero de 2001 (caso "Molinos San Cristóbal") y de 25 de junio de 2002 (caso *Roque de Jesús Farías*); asimismo, la inactividad administrativa se ha considerado como "objeto" del recurso por abstención o carencia, el cual se ha definido como un "medio de impugnación" en sentencias de la Sala Político-Administrativa, entre otras, de 14 de febrero de 1996 (caso *Héctor Antonio Díaz*) y de 23 de mayo de 2000 (caso *Sucesión Aquiles Monagas H.*).

⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, cit., p. 601.

⁸ En este sentido, nos remitimos a nuestras consideraciones en UROSA MAGGI, Daniela; *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano*, FUNEDA, Caracas, pp. 189 y ss., 2003.

a actuación –lato sensu– *administrativa*, a fin de lograr el cumplimiento omitido o el cese de la actividad antijurídica. Sostener lo contrario llevaría a considerar, tal como apunta en España SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, que de la noción del contencioso administrativo como sistema *revisor de actos administrativos* se “evoluciona” al contencioso *revisor de la actuación* –o ausencia de actuación– *administrativa*, con todas las consecuencias negativas que ello conlleva⁹. El contenido del acto, actuación u omisión no pueden definir el marco del litigio¹⁰, pues no se trata de revisar en vía jurisdiccional lo decidido en la instancia administrativa, sino de resolver el conflicto surgido con motivo de esa actuación u omisión.

Es paradigmática, en este sentido, una reciente sentencia de la Sala Electoral de 28 de octubre de 2003 (caso *William Dávila Barrios*) en la cual se afirma –incorrectamente, en nuestro criterio– que el acto u omisión de la Administración electoral es el objeto del proceso y que de él depende la pretensión procesal. Citamos: «*indistintamente del objeto del recurso –(acto), simple abstención o silencio administrativo– la vía de impugnación es una: el Recurso Contencioso Electoral. Aunque, tal como lo expone el auto apelado, el objeto del recurso (el acto o abstención) determine en cada caso la pretensión del recurrente –de condena, de anulación–, que en el presente caso, tal como lo refiere el auto apelado se circunscribe a “...atacar la inactividad del órgano electoral y procurar la obtención de una respuesta a su solicitud”...*». De manera que esta sentencia invierte el orden de importancia dentro del proceso entre la pretensión procesal, que debe siempre ser considerada como el objeto del proceso, y el acto o actuación administrativa objeto de dicha pretensión.

Ahora bien, desde la óptica de la pretensión procesal, puede decirse que el acto, actuación o inactividad administrativa se erige, *formalmente*, como *presupuesto procesal* de la acción, y *materialmente*, como *objeto de la pretensión*. Así, y en cuanto presupuesto procesal, es requisito de toda pretensión contencioso-administrativa la supuesta existencia de una

⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago; *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tecnos, Madrid, pp. 48 y ss., 1999.

¹⁰ En este sentido opina FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón; Objeto y pretensiones del recurso contencioso-administrativo, en *Estudios sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa*, (JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Dir.), CEMCI, Málaga, p. 137, 1998.

lesión subjetiva causada por un *exceso* o *defecto* de actuación de la Administración¹¹. Por tanto, para admitir la pretensión en juicio debe existir previamente esa actuación administrativa que se pretende lesiva e ilegal.

Pero en sentido material, el acto, actuación u omisión administrativa se concibe como el *objeto de la pretensión procesal administrativa*¹². Así, la manifestación de voluntad que a través de tal pretensión se solicita, se refiere precisamente y según decíamos ya, a lograr la nulidad de un determinado acto, el cese de una actuación ilegal o bien la realización por parte de la Administración de una determinada conducta a la cual está jurídicamente obligada y que no ha cumplido. Por ende, el debate procesal se circunscribe a determinar la existencia o no de esa ilegalidad administrativa respecto del cual el particular es sujeto activo.

Dos conclusiones derivan de lo antes expuesto. En primer lugar, y es conveniente insistir en ello, desde la óptica del Derecho procesal no puede sostenerse que la *actuación administrativa* es el objeto o materia del proceso contencioso administrativo. El objeto es, en ese caso, la pretensión esgrimida en torno a esa actuación y esta última no será más que presupuesto o requisito formal de admisibilidad del proceso, o bien el objeto material del incumplimiento que se pretende sea depurado en juicio. En segundo lugar, el “recurso contencioso-administrativo” no puede ser definido como un medio de impugnación, ni siquiera cuando su objeto es la pretensión de nulidad de un acto administrativo y menos aún cuando su objeto es una pretensión declarativa o de condena.

¹¹ Así lo sostienen, entre otros, CORDÓN MORENO, FAUSTINO; *El proceso administrativo*, cit., p. 125 y DE LA CUADRA-SALCEDO, Tomás; en AA.VV. “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 100, Civitas, Madrid, p. 295, 1999.

¹² Es esta la posición de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago; *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., p. 49; GARRIDO FALLA, Fernando; *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen III “La Justicia Administrativa”, Tecnos, Madrid, p. 173, 2001; y de GIMENO SENDRA, Vicente; et al., *Comentarios a la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción de 1998*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, p. 269, 1999. Así también lo ha considerado la jurisprudencia española en cierta oportunidad (STS de 18 de diciembre de 2000, Ar. 287/2001).

4. Clases de pretensión procesal administrativa

El estudio de la pretensión procesal administrativa nos exige atender también a su clasificación. Se trata de un tema que ha sido ya objeto de estudio en varias oportunidades por parte de la doctrina venezolana, no obstante, es pertinente volver –aunque sea brevemente– sobre este punto¹³.

Para nosotros, al estudiar la clasificación de las pretensiones en el contencioso administrativo deben seguirse, como en muchos otros temas, las enseñanzas del Profesor GONZÁLEZ PÉREZ, y por tanto ha de sostenerse que la pretensión procesal administrativa se clasifica según *el contenido de la actuación que se pretenda conseguir a través del juicio*. Así, la clasificación de la pretensión contencioso-administrativa sigue el mismo patrón que el de cualquier pretensión procesal, según la siguiente *summa divisio*: de una parte, las pretensiones de cognición o de declaración, y de otra, la pretensión ejecutiva. Hagamos una breve referencia a cada una de éstas.

(i) Por *pretensiones cognitivas o de declaración* entendemos *aquellas en que se solicita del órgano jurisdiccional una declaración de voluntad frente al demandado, y que dan lugar a un proceso cognoscitivo en el que se determine si la pretensión objeto del proceso es o no conforme a derecho, es decir, si el demandante tiene o no derecho a la petición planteada*¹⁴. Dentro de esta categoría, se insertan:

En primer lugar, las pretensiones *mero declarativas*, que serían *aquellas mediante las cuales se pide al juez la declaración de existencia o inexistencia de una situación jurídica*¹⁵. Se trata de pretensiones perfectamente conducibles a través del proceso administrativo, ciertamen-

¹³ Por todos, DUQUE CORREDOR, ROMÁN J.; Acciones contencioso-administrativas, contenido y clases de sentencias, en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Funeda, Caracas, pp. 473 y ss, 1995.

¹⁴ Las definiciones expuestas pueden verse en GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Ob. Cit., pp. 215 y ss.

¹⁵ Recogemos así la definición que aporta RENGEL RÓMBERG, Arístides; *La Pretensión Procesal*, Ob. Cit., p. 351, quien en relación con esta clase de pretensiones señala que “*En general, se admite que esta forma de tutela jurídica tiende a conseguir la realización más acabada del orden jurídico objetivo y la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos, sin esperar a que el equilibrio que aquel orden establece y ordena respetar se halle del hecho menoscabado y roto, porque el daño puede originarse tanto de la falta de una prestación, como de la incertidumbre del derecho*”.

te extrañas a nuestra legislación y práctica forense contencioso-administrativa aunque, debe destacarse también, admitidas en alguna oportunidad por nuestra jurisprudencia, como es el caso de la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 30 de marzo de 2000 (caso *Corporación Venezolana de Guayana*), en la que, con fundamento en el artículo 42, numeral 15 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se admitió una demanda cuyo objeto era una pretensión mero declarativa de reconocimiento del derecho de propiedad de las demandantes respecto de determinados bienes inmuebles.

Asimismo, en reciente decisión de 7 de enero de 2004, caso *Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV)*, la Sala Electoral admitió una “acción mero declarativa” cuyo objeto es “una declaración de certeza que sirva de título a la cualidad de la CONFEDERACIÓN DE TRABAJADORES DE VENEZUELA (CTV) como organización más representativa de los trabajadores venezolanos y que así sea reconocida por las autoridades de la República Bolivariana de Venezuela” y además se pretende que la Sala declare “la certeza de los derechos que asisten a la CTV como organización más representativa de los trabajadores venezolanos”¹⁶.

No se trata, ni mucho menos, de pretensiones ociosas. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que se pide la mera declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo revocado o de un reglamento derogado, no siendo posible su consecuente nulidad, pues se trata de actuaciones que ya se extinguieron. En tales casos la pretensión mero declarativa podría tener diversas justificaciones: servir de título jurídico para una posterior reclamación de daños y perjuicios, o servir de precedente para que, en lo sucesivo la Administración no pueda reincidir en su conducta ilegal¹⁷. Sobre este punto, el ordenamiento venezolano tiene en el Derecho administrativo

¹⁶ En esa oportunidad, la mencionada Sala analizó la procedencia de esta clase de pretensiones en el ámbito del contencioso administrativo –en especial en la materia electoral– y de conformidad con el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia –hoy derogada– aplicó el trámite procesal previsto en los artículos 881 y siguientes del Código de Procedimiento Civil “con las variables derivadas de la aplicación del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”.

¹⁷ En relación con el estudio de esta modalidad de pretensiones en el ámbito contencioso-administrativo venezolano, vid. CASAL H., Jesús María; Las pretensiones mero-declarativas en el contencioso-administrativo, en *Revista de Derecho Administrativo* núm. 5, Caracas, pp. 63 y ss, 1999.

argentino un buen ejemplo a seguir, pues el artículo 12 del Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires contempla expresamente, entre otras, la procedencia de la pretensión de “*declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regidas por el Derecho administrativo*”¹⁸.

En segundo lugar, dentro de las pretensiones de cognición encontramos las *pretensiones constitutivas* que, según su nombre lo indica, son aquellas mediante las cuales lo que se pide del órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídico-administrativa. Supuesto típico del proceso administrativo, pues dentro de esta categoría se incluyen las pretensiones de nulidad de los actos administrativos de efectos generales y particulares¹⁹.

En tercer lugar, son también pretensiones de cognición las *pretensiones de condena*, que han sido definidas, en el contexto contencioso administrativo, como aquellas mediante las cuales el demandante pide al órgano jurisdiccional que ordene a la Administración la realización de una determinada conducta²⁰. Dentro del ámbito de la pretensión de condena pueden identificarse, a su vez, distintas modalidades, como

¹⁸ En este sentido, vid. el estudio de PERRINO, Pablo Esteban; La inactividad administrativa y su control judicial en Argentina, en A.A.V.V., *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública*, INAP, Madrid, pp. 71 y ss, 2001.

¹⁹ Sobre el concepto de pretensión anulatoria vid. CORDÓN MORENO, Faustino; *El proceso administrativo*, Ob. Cit., p. 137.

²⁰ Definición aportada por HUERGÓ LORA, Alejandro; *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, p. 25, 2000. Sobre el concepto de pretensión administrativa de condena, vid. además, CORDÓN MORENO, Faustino; *El Proceso Contencioso-Administrativo. Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 140; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N.; *Comentarios a la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción de 1998*, Ob. Cit., p. 342 y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; Acciones declarativas, constitutivas y de condena de la Administración Pública, en *Revista de Derecho Público* n° 26, Caracas, 1986, pp. 19 y ss. En Venezuela el tema ha sido analizado fundamentalmente desde la óptica de la “acción de condena” más que de la pretensión, sin embargo, como apunta CANOVA GONZÁLEZ, a lo que en verdad se alude, en tales casos, es a la pretensión objeto de esa acción. En *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Ob. Cit., p. 208. Los principales estudios sobre el tema pueden encontrarse en BREWER-CARIAS, Allan; *Nuevas tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 116 y ss., 1993; MOLES CAUBET, Antonio; El sistema contencioso-administrativo venezolano en el Derecho comparado, AA.VV., *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica

lo sería la *condena patrimonial* a la reparación de daños y perjuicios causados por la Administración; la *condena a un no hacer administrativo*, que busca conseguir que la Administración se abstenga de continuar una conducta ilegal que está realizando o que va a realizar, caso de las denominadas actuaciones materiales o vías de hecho; y por último la pretensión de *condena a actuación administrativa*, que definimos como la declaración de voluntad por la que se solicita del juez contencioso administrativo ordene a la Administración la realización de una determinada conducta de hacer o dar a la cual está obligada y que ha sido incumplida²¹.

(ii) Volviendo a la *suma divissio* de las pretensiones procesales administrativas, y en contraposición a las pretensiones cognoscitivas, encontramos la pretensión de ejecución o *pretensión ejecutiva*, que se define como *la declaración de voluntad dirigida al órgano judicial y formulada frente al ejecutado, a fin de que realice determinada actuación concreta, para satisfacer un derecho ya declarado*²². Tales pretensiones se caracterizan por la existencia de un título ejecutivo, que contiene el reconocimiento de una obligación administrativa que requiere de ejecución y que aún no ha cumplido efectivamente la Administración.

La existencia de pretensiones ejecutivas no debe ser, en modo alguno, cuestión ajena al contencioso administrativo, aunque en nuestra tradición legal y jurisprudencial no se les haya dado mayor acogida. En efecto, tales pretensiones requieren, ya lo decíamos, de la existencia de un título ejecutivo, y la existencia de tales títulos es, en el Derecho administrativo aspecto mucho más común de lo que de ordinario se cree y que amerita que nos detengamos brevemente en su análisis. Ha señalado ALLAN BREWER-

ca Venezolana, tercera edición, Caracas, p. 31, 1993, y; RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard; Medios de proceder por la vía contencioso-administrativa, AA.VV., *Contencioso Administrativo en Venezuela, Ob. Cit.*, p. 118; de la misma autora, más recientemente, *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, Funeda, Caracas, p. 143, 2001.

²¹ Sobre el alcance y contenido de la pretensión de condena a actuación, nos remitimos a nuestro estudio *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano, Ob. Cit.*, pp. 181 y ss.

²² Es esta la definición aportada por MORENO CATENA, Víctor; en CORTÉS DOMÍNGUEZ, y MORENO CATENA (Coord.); *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Tecnos, Madrid, 2000, p. 57; asimismo vid. GUASP, Jaime; *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, cit., p. 685. Sobre la pretensión ejecutiva en el marco del proceso administrativo, vid. GARCÍA PÉREZ, Marta; *El Objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, cit., pp. 107 y ss.; y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, cit., pp. 497-498.

CARIAS que mientras en el Derecho privado la existencia de actos jurídicos dotados del carácter de *título ejecutivo* es excepcional, en el ámbito del Derecho administrativo resulta ser la regla, desde que los actos administrativos tienen siempre –sean favorables o ablatorios– el privilegio de considerarse, *per se*, como *actos ejecutivos*²³. Así opina también HENRIQUE MEIER, para quien “*el acto administrativo es un ‘título ejecutivo’ que tiene eficacia propia, es decir, una vez perfeccionado produce de por sí todos sus efectos, y éstos han de cumplirse insoslayablemente, sin que, en principio, haya cabida a su diferimiento (ejecutividad)*”²⁴. Pero también coincide en ello la más autorizada doctrina administrativista iberoamericana. Así, para los maestros EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, el acto administrativo favorable o ampliatorio de la esfera jurídica de los particulares, bien sea constitutivo o declarativo, se erige como *título del derecho en él recogido*, independizándose así de la cobertura legal superior con fundamento en la cual el mismo se haya dictado. Como consecuencia de ello, el acto adquiere eficacia directa, es decir, resulta *inmediatamente ejecutable*, tal como análogamente sucede, según los mismos autores apuntan, respecto de los títulos privados que expresan situaciones jurídicas abstractas, esto es, los llamados *títulos ejecutivos*²⁵.

En otros términos, los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad de los que gozan, sin lugar a dudas, todos los actos administrativos firmes, operan no sólo a favor de la Administración para que la misma pueda ejecutarlos de inmediato y forzosamente, sino además a favor del particular cuando el acto le beneficia y la Administración se abstiene de ejecutarlo. Con la gran diferencia de que, mientras la Administración podrá ejecutarlos forzosamente por sí misma, el particular requerirá siempre acudir al juez para que sea éste quien compele a la Administración a su ejecución.

²³ En “Sobre la importancia para el Derecho Administrativo, de la noción de acto administrativo y de sus efectos”, *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Funeda, Caracas, pp. 40 y ss., 1997. Sobre el alcance y requisitos del acto administrativo para ser considerado como *título ejecutivo*, nos remitimos a nuestro estudio *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano*, *Ob. Cit.*, pp. 368 y ss.

²⁴ MEIER, Henrique; *El procedimiento administrativo ordinario*, Editorial Jurídica Alva SRL, Caracas, p. 264, 1992.

²⁵ *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, séptima edición, Civitas, Madrid, 2000, pp. 103-104. En igual sentido, GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio; *Los Actos Administrativos*, segunda edición, Civitas, Madrid, p. 104, 1991.

Y es que así como la Administración cuenta con la posibilidad de acudir al juez a fin de lograr, de manera expedita, la ejecución de aquellos actos administrativos que, por ciertas razones excepcionales, escapan de su prerrogativa de ejecución forzosa —como por ejemplo, los actos administrativos cuya ejecución exige autorización judicial al implicar la entrada en el domicilio del ejecutado²⁶—, es de justicia e igualdad otorgar al particular la posibilidad de solicitar esa misma ejecución judicial respecto de actos firmes que le son favorables y que la Administración no ha ejecutado, más aun si se tiene en cuenta que, en este caso, *no puede existir autotutela ejecutiva alguna a su favor*.

La pretensión ejecutiva puede tener, a su vez, dos fundamentos posibles: bien la pretensión de ejecución por parte de la propia Administración de aquellos actos de contenido favorable para su destinatario; o bien la pretensión de condena al ejercicio de la potestad de ejecución forzosa —ejecutoriedad— en aquellos casos en que la Administración permanece pasiva frente a la conducta de los particulares destinatarios del acto que no cumplen las obligaciones que éste les impone, perjudicando así a terceros legitimados para exigir su ejecución²⁷. Piénsese, por ejemplo, en el caso del acto que acuerda el pago de una jubilación a un funcionario y que, no obstante, no es efectivamente ejecutado por la Administración, o bien el caso de que, ante una decisión de la Inspectoría del Trabajo mediante la cual se acuerde el reenganche y pago de salarios caídos de un traba-

²⁶ Nos referimos así al supuesto en concreto de los actos administrativos cuya ejecución exige autorización judicial al implicar la entrada en el domicilio del ejecutado y por tanto no gozan a plenitud de autotutela administrativa ejecutiva. En nuestro país la doctrina mayoritaria ha concluido que en estos casos es necesaria la exigencia de autorización judicial a los fines de que la Administración ejecute aquellos actos que impliquen entrada domiciliaria, postura que, no obstante, no ha sido siempre asumida por la jurisprudencia. Al respecto vid., por todos, BREWER-CARÍAS, Allan; "Consideraciones sobre la ejecución de los actos administrativos (A propósito de los actos administrativos que ordenan el desalojo de viviendas)", en *Revista de Derecho Público* n° 41, Caracas, pp. 163-176, 1990; y VILLEGAS MORENO, José Luis; "La ejecución forzosa por el autor de los actos administrativos (Especial referencia a la ejecución de aquellos actos que requieren una entrada domiciliaria)", en *Revista Tachirense de Derecho* n° 10, San Cristóbal, pp. 229 y ss., 1998. Sobre la evolución y alcance de la autotutela ejecutiva en estos casos, vid., por todos, BARCELONA LLOP, Javier; *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución forzosa de los actos administrativos*, cit., pp. 475 y ss.

²⁷ Estas dos modalidades de la pretensión ejecutiva han sido distinguidas por la doctrina, en concreto, PEMÁN GAVÍN, Juan; "Sobre la nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa: las novedades relativas al objeto y las partes y al objeto del proceso", *Ob. Cit.*, p. 422.

jador, el patrono opte por no dar cumplimiento a ese acto administrativo y dicha Administración permanezca inerte respecto de su potestad de ejecución forzosa. No se trata, este último, de un caso meramente hipotético, es precisamente el supuesto que dio lugar a una demanda de amparo, ante la Sala Constitucional, decidida mediante sentencia de 2 de agosto de 2001 (caso *Nicolás José Alcalá R*).

En aras de la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, el cumplimiento de los actos administrativos firmes que requieran de ejecución debería exigirse judicialmente a través de una vía ejecutiva y no a través de un innecesario proceso declarativo, que tuviera como fundamento ese acto inejecutado que funge como título ejecutivo, pues el mismo está dotado de ejecutoriedad y de presunción de legalidad.

La ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un procedimiento contencioso administrativo acorde con la naturaleza de esta pretensión es evidente y la razón no ha sido, ni mucho menos, la falta de planteamiento de pretensiones ejecutivas. Antes por el contrario, son muchos los ejemplos de la jurisprudencia en los que lo que pide el particular, en definitiva, es la ejecución de un acto administrativo firme que la Administración no ha cumplido, casos en los cuales ante la inexistencia de un proceso especial cuyo objeto sea la pretensión de ejecución de actos administrativos, la vía procesal hasta ahora aplicable ha sido el recurso por abstención o carencia, pudiendo citar en este sentido las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 16 de abril de 1996 (caso *Ministerio de Fomento*) y de fecha 29 de enero de 1997 (caso *Luis Enrique Pages*), así como las sentencias dictadas por la Sala Político-Administrativa de 30 de octubre de 1997 (caso *Luis Enrique Pages II*) y de 10 de abril de 2000 (caso *Instituto Educativo Henry Clay*), o bien se ha utilizado la acción de amparo constitucional, debiendo destacarse la sentencia de la Sala Constitucional de 2 de agosto de 2001 (caso *Nicolás José Alcalá Ruiz*) que anteriormente citamos, en la que se señala la insuficiencia del recurso por abstención frente a estas pretensiones, por lo que han de plantearse a través de la acción de amparo constitucional. En esa oportunidad la Sala Constitucional señaló:

“Podría pensarse que el ejercicio del mecanismo procesal previsto en el numeral 23 del artículo 42 y 182.1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, denominado por la

doctrina y la jurisprudencia recurso por abstención o acción de carencia, sería idóneo para procurar la ejecución del acto, sin embargo, adviértase que éste constituye un instituto dirigido al cumplimiento de una obligación legal de carácter específico, no satisfecha por la Administración, es decir, su utilización presupone la consagración de una obligación específica, expresamente prevenida en una norma legal, a cargo de la Administración, que se ha negado o ha omitido cumplirla, lo que no ocurre en el caso de autos, en el que, por una parte, la acción va dirigida hacia el patrono y es el que causa el agravio con su inactividad al desacatar la orden administrativa y, por la otra, porque sobre la Administración no pesa esa obligación específica exigida para que prospere ese mecanismo jurisdiccional, pues como ha quedado expuesto, existe un vacío legislativo, no existe regulación que imponga una determinada conducta a la Administración (distinta por supuesto a la imposición de la multa) para lograr la real y efectiva ejecución de su providencia, de allí que no se trate de una omisión injustificada de la Administración”.

Tanto el recurso por abstención como la acción e amparo constitucional resultan ser, evidentemente, medios procesales no idóneos para estos supuestos, pues implican que la tutela judicial esté supeditada a la existencia de un juicio cognoscitivo en el cual debe “declararse” el derecho a favor del quejoso, la correlativa obligación de cumplimiento por parte del ente demandado y en consecuencia la condena a la ejecución del acto, mientras que de seguirse un juicio ejecutivo, la ejecución del título se lograría de manera inmediata, sin previo debate judicial del derecho reclamado.

A modo de recapitulación, debemos señalar que la pretensión procesal administrativa es el objeto del proceso administrativo, siendo forzosa la superación de la idea de que el acto, actuación u omisión administrativa es objeto del juicio o la “materia impugnabile” del recurso contencioso administrativo. En consecuencia, es la pretensión la que determinará la pauta para la tramitación del proceso administrativo y, evidentemente, la que ha de determinar cómo deberá estructurarse el procedimiento que sirva de cauce a ese proceso administrativo. Situación a la que hemos de dedicar, entonces, la última parte de nuestro estudio.

II. LA NECESIDAD DE REINTERPRETAR EL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VIGENTE PARA ELEVAR LA PRETENSIÓN A LA CATEGORÍA DE OBJETO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* ANTE UNA INMINENTE –E IMPERANTE– REFORMA DEL PROCESO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

A diferencia de lo que ocurre en algunos sistemas de justicia administrativa que nos muestra el Derecho comparado –como por ejemplo, España y Argentina, concretamente en el Código Procesal Contencioso Administrativo Bonaerense–, en los cuales la Ley prevé un solo procedimiento ordinario como cauce para la tramitación de todas –o casi todas– las pretensiones procesales administrativas, la legislación venezolana contempla diversos procedimientos para la tramitación de las distintas pretensiones procesales administrativas. Por ello, es importante poner de relieve cuál es la situación actual de los modos de tramitación del proceso administrativo en Venezuela, cuáles son las inconveniencias y deficiencias de ese sistema y, a modo de *lege ferenda*, cómo podría ordenarse el régimen contencioso en atención a la naturaleza y contenido de las pretensiones procesales administrativas, lo que nos conduce a considerar la existencia de un proceso contencioso administrativo ordinario, respecto de la generalidad de las pretensiones y ciertos procedimientos especiales para tramitar determinadas pretensiones cuya naturaleza amerite este tratamiento especial²⁸.

1. Situación actual del proceso administrativo venezolano: Inconveniencias y deficiencias del sistema impugnatorio

Según ya apuntábamos, nuestra legislación contencioso-administrativa –tradicionalmente la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y ahora la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia– se ha fundamentado en el principio general de *multiplicidad de medios procesales*, tramitados a través de *procedimientos distintos*, configurados según la “*actuación administrativa impugnabile*”, frente a la cual procede *determinada pretensión* y, en consecuencia, un *determinado pronunciamiento*

²⁸ En este sentido nos hemos pronunciado ya en nuestro estudio *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano*, Ob. cit., pp. 330 y ss.

*judicial*²⁹. Dentro de esta gama de medios procesales diferenciados o “catalogados” se encuentran el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos de efectos particulares y el recurso de nulidad de actos de efectos generales, a los cuales corresponde la pretensión de nulidad; el denominado recurso por abstención o carencia, respecto de la pretensión de condena a actuación ante ciertas inactividades; y las demandas contra los entes públicos, cuyo objeto es la condena a indemnización por los daños y perjuicios causados por la Administración.

Puede decirse, entonces, que la regulación de las pretensiones deducibles no responde a un *numerus apertus*, sino que dependen de las “actuaciones administrativas impugnables” según cada “recurso”. Trinomio pretensión-actuación impugnable-medio procesal contencioso administrativo que, en palabras de ROBERTO DROMI, se traduce en una inconveniente “dicotomía de remedios jurisdiccionales” que implica una doble limitación al derecho fundamental a la tutela judicial³⁰.

Así, limita de una parte, la *integralidad* de la tutela judicial, pues excluye la posibilidad de plantear pretensiones respecto de actuaciones que no cuentan con una “especial vía impugnatoria”. Caso paradigmático en nuestro ordenamiento jurídico es, sin duda, el de la vía de hecho, que no cuenta con un medio de protección especial, lo que implica que las pretensiones de condena frente a ésta hayan de tramitarse, en la medida en que lo admite la jurisprudencia, a través del amparo constitucional³¹. En segundo lugar, se olvida que una misma pretensión puede deducirse en relación con distintas manifestaciones de la actividad administrativa. Por ejemplo, la pre-

²⁹ Este modelo asumido por el legislador venezolano ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, entre otras, CABALLERO ORTIZ, Jesús; “La posible influencia colombiana en nuestro Derecho Procesal Administrativo”, y DUQUE CORREDOR, Román José; “Acciones contencioso-administrativas, contenido y clases de sentencias”, ambos en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, cit., pp. 473 y ss. y 479 y ss., respectivamente. Asimismo, CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Ob Cit., pp. 233 y ss.

³⁰ DROMI, Roberto; *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, quinta edición, Buenos Aires, 1996, pp. 815 y ss.

³¹ La nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia incluyó dentro de las competencias de la Sala Político-Administrativa (artículo 5, numeral 27) la de “...conocer de las reclamaciones contra las vías de hecho imputadas a los órganos del Poder Ejecutivo y demás altas autoridades de rango nacional que ejerzan el Poder Público...”, no obstante, no estableció un procedimiento para ello. Por tanto, y mientras se determine qué procedimiento ha de seguirse en estos casos –bien sea el de nulidad que regula la propia Ley

tensión de condena a actuación puede plantearse con fundamento en una conducta omisa o bien respecto de un acto administrativo denegatorio expreso, aun cuando –y he allí el punto– se trataría de “actuaciones impugnables distintas” (inactividad y acto administrativo) condenables por vías jurisdiccionales también diferentes (recurso por abstención y recurso de nulidad de actos administrativos)³².

Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, bien que se aplique el que la Sala crea conveniente, de conformidad con el artículo 19 eiusdem– se mantiene el problema de la determinación de cuál es la vía más eficaz –incluida la acción de amparo constitucional– para otorgar tutela judicial frente a la vía de hecho. No obstante, la procedencia del amparo constitucional contra las vías de hecho administrativas no ha sido admitida a plenitud por la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Así, entre otras, en sentencia de 23 de octubre de 2002 (caso Gisela Anderson y otros) dicha Sala señaló que *“Así tenemos que, de la simple lectura de las atribuciones que el artículo 259 de la Constitución otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa, se aprecia que los justiciables pueden accionar contra la Administración a los fines de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la Administración aunque se trate de vías de hecho o de actuaciones materiales. El referido precepto constitucional señala como potestades de la jurisdicción contencioso-administrativa, no solo la anulación de actos administrativos, la condena de pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y el conocimiento de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos, sino también, el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración. Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respeto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración –a pesar de que la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, regula procedimientos objetivos, cuya finalidad es declarar la nulidad del acto impugnado– sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho...”*. Con fundamento en ese razonamiento, el criterio de la jurisprudencia constitucional ha sido que las pretensiones que se planteen contra las vías de hecho cuentan con una protección procesal idónea para su tramitación en la jurisdicción contencioso-administrativa (más aún a raíz de la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), dada la plenitud de conocimiento por parte de ésta, y en consecuencia el amparo constitucional sería solo excepcionalmente admisible en estos casos. Criterio cuestionable, a no dudar, si se tiene en cuenta que, según decíamos ya, nuestra legislación contencioso-administrativa no prevé un procedimiento especial para estos supuestos. No obstante, téngase en cuenta que en ciertas oportunidades la misma Sala Constitucional ha admitido y estimado demandas de amparo constitucional intentadas contra vías de hecho, como es el caso de las sentencias de 12 de marzo de 2003 (caso SAT VISION S.A.) y de 4 de noviembre de 2003 (caso Agropecuaria Doble R C.A.), en las que se consideró que en el caso concreto la única vía procesal idónea era el amparo constitucional.

³² Ha de señalarse, no obstante, que nuestra jurisprudencia ha admitido la procedencia del recurso por abstención o carencia respecto de ciertas negativas expresas a realizar determi-

Pero de otra parte la regulación actual de la pretensión procesal administrativa lesiona el principio de *efectividad* que se predica del derecho a la tutela judicial. Así, en primer lugar, no se refleja como un verdadero proceso interpartes, aunque deja abierta la posibilidad de “subjeterar” el procedimiento, al establecer como potestativos aspectos procedimentales típicamente subjetivos³³; en segundo lugar, ciertas las normas procesales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia parten de la excesiva rigidez y formalización del procedimiento que debe seguirse para la tramitación del recurso, como sucede respecto de la admisibilidad de la demanda. Y en tercer lugar el procedimiento carece de la brevedad y concentración requerida para administrar justicia del modo más oportuno posible, desde que contempla una serie de fases que en nuestro criterio son innecesarias a los fines de tramitar el proceso³⁴.

Por tanto, ese modo de tramitación del proceso administrativo fundamentado en la existencia de vías diferenciadas según la actuación im-

nada actuación administrativa, sin perjuicio de la procedencia del recurso de nulidad en algunos de esos casos. En este sentido, vid. sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 29 de octubre de 1987 (caso *Alfredo Yanucci F.*) y de la Sala Político-Administrativa de 11 de noviembre de 1989 (caso *Carlos Álvarez G.*).

³³ Así, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia —en similares términos que la Ley derogada— establece como potestativos (artículo 21) la solicitud de antecedentes administrativos, el emplazamiento de los interesados y la apertura del lapso de pruebas, no obstante, la evolución del contencioso administrativo ha llevado a que por vía pretoriana muchos de estos trámites, en principio potestativos, se realicen con carácter imperativo en juicio, como sucede, por ejemplo, en materia probatoria. Asimismo, es alegórica la terminología utilizada en la Ley, la cual frecuentemente se refiere a “las partes” y a la “materia litigiosa” (artículos 19 y 21, entre otros).

³⁴ Nos referimos, en concreto, a la fase procesal —de imperativa observancia— denominada “la relación de la causa”, la cual “consiste en el estudio individual o colectivo del expediente por los Magistrados o Magistrados que conformen el Tribunal Supremo de Justicia o la Sala que esté conociendo del asunto” (artículo 19 de la nueva Ley). Esta fase del procedimiento, en teoría prevista a los fines del mejor estudio del expediente por parte del juzgador, se reduce en la práctica a un lapso en el cual el procedimiento queda sencillamente paralizado en espera del transcurso de los plazos antes indicados, lo que evidencia un retraso innecesario e injustificado en la tramitación y decisión del proceso, máxime si se tiene en cuenta que la misma norma citada permite *prorrogar hasta por veinte días más* el término de la relación. Crítica similar a la expuesta ha sido realizada en la doctrina venezolana por CABALLERO ORTIZ, Jesús; “La posible influencia colombiana en nuestro Derecho Procesal Administrativo”, *Ob. cit.*, p. 474.

Otro aspecto criticable es la exigencia previa de los antecedentes administrativos, lo cual constituye un factor de retraso del juicio. Algunas pautas jurisprudenciales han interpretado este requisito de la manera más favorable al particular demandante. Así, la jurisprudencia, consciente de los frecuentes abusos de la Administración, ha sostenido que *los*

pugnable no es, evidentemente, el modo más efectivo de satisfacción de las distintas pretensiones procesales frente a las Administraciones públicas, por lo que, se insiste, es necesario su replanteamiento.

2. La ordenación del régimen procesal administrativo en atención a la naturaleza y contenido de la pretensión procesal administrativa. Propuestas de *lege ferenda* para una mejor regulación procesal de la pretensión en el contencioso administrativo venezolano

Para finalizar, debemos exponer que la ordenación de nuestro régimen procesal administrativo exige, en nuestro criterio un replanteamiento sustantivo y adjetivo del sistema contencioso administrativo, que se ajuste a los principios constitucionales que la informan y, fundamentalmente, a los principios de integralidad y efectividad de la tutela judicial, y que en consecuencia parta de dos premisas básicas: i) la tutela judicial de *toda* pretensión procesal administrativa fundada en derecho y ii) la previsión de medios procesales distinguidos según las necesidades de esa pretensión procesal.

Sustantivamente, la tutela judicial frente a la Administración Pública exige partir de la existencia de una *cláusula general* de procedencia de las pretensiones procesales administrativas, lo que implica que toda ilegalidad o incumplimiento administrativo lesivo de un interés jurídico –independientemente de que derive de un acto, hecho u omisión– puede ser objeto de la pretensión. Para ello, el análisis procesal no debe versar sobre el criterio de *las formas de manifestación de la actividad* que lleve a clasificarlas y posiblemente a “excluir las”, sino en la existencia de una actuación contraria a derecho que lesiona a un sujeto y cuyo restablecimiento exige su corrección judicial.

Ello no implica, cabe destacar, un control judicial desmesurado sobre el modo y oportunidad de la actuación administrativa, ni tampoco es

antecedentes administrativos constituyen una carga procesal para la Administración, y su no remisión establece una presunción desfavorable a la pretensión del actor (sentencia del Sala Político-Administrativa de 27 de octubre de 1987). Igualmente, ante la falta de remisión del expediente administrativo, el Juez debe decidir a favor del inculcado, cuando se trate de materias sancionadoras (sentencia de la misma Sala del 12 de diciembre de 1974). No obstante, y haciendo caso omiso a estos avances pretorianos, la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia reproduce la regulación de la ley derogada en relación con los antecedentes administrativos (artículo 21).

óbice para entender necesarios ciertos límites sustantivos y procesales a la estimación de las pretensiones, entre otros, la existencia de un derecho o interés jurídico que legitime al particular para exigir el cumplimiento de la Administración, la existencia de un deber cierto de actuación administrativa y el respeto del margen irreductible de apreciación administrativa en relación con el cómo y cuándo de su actuación.

Partiendo de la cláusula general de procedencia de las pretensiones procesales administrativas, resta replantear el tratamiento adjetivo o estrictamente procesal de la tutela judicial frente a la actividad administrativa. La ordenación del proceso administrativo, hemos repetido hasta la saciedad, debe atender a la naturaleza y contenido de la pretensión procesal administrativa, lo que implica atender al contenido de la petición que se formule en la pretensión³⁵ lo cual nos permite considerar la previsión de tres vías procesales concretas:

En primer lugar, como medio procesal general y si se quiere, subsidiario y residual, las pretensiones procesales administrativas deben ventilarse a través del *proceso administrativo ordinario*, el cual, siguiendo a FERNANDO GARRIDO FALLA, puede definirse como “*aquél por cuyos trámites se sustancian todas las pretensiones fundadas en Derecho Administrativo para las que el Ordenamiento jurídico no establezca la exigencia de ser dilucidadas mediante un proceso distinto (procesos especiales o procedimiento abreviado)*”³⁶. Proceso ordinario de naturaleza cognoscitiva, no impugnatorio, y común a la generalidad de las pre-

³⁵ Así lo ha señalado GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Ob. Cit., p. 70. Se trata de un planteamiento expuesto en reiteradas oportunidades en el Derecho comparado, por ejemplo, en Argentina, por parte de DROMI, Roberto; *Derecho Administrativo*, cit., p. 836, poniendo en evidencia los inconvenientes que implica la “*dicotomía de remedios jurisdiccionales*” en razón de las pretensiones planteadas o bien de la legitimación aducida.

En Venezuela, la necesidad de replantear los medios de proceder contencioso-administrativos en atención a la naturaleza de las pretensiones, ha sido expuesta por CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Ob. Cit., pp. 239 y ss., y asimismo, por CASAL H., Jesús María; “Las pretensiones mero-declarativas en el contencioso-administrativo”, cit. pp. 63 y ss.

³⁶ Es la definición aportada por GARRIDO FALLA, Fernando; *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen III “La Justicia Administrativa”, Ob. Cit., p. 184. De esta noción, la cual compartimos plenamente, se desprende el carácter general y residual del procedimiento ordinario, aplicable a falta de procedimiento especial legalmente previsto.

tensiones contencioso-administrativas: declarativas, constitutivas y de condena.

Tales distintas pretensiones de naturaleza cognitiva no ameritan diferencias sustanciales en el orden del procedimiento o *iter procedimental* a seguir, existiendo solo ciertas especialidades en lo relativo a la regulación de sus presupuestos procesales, efectividad, contenido y ejecución de la sentencia, aspectos cuyo análisis a fondo, precisamente por su carácter particular, excede del objeto de este estudio. De allí entonces que, como punto de partida, debe superarse todo planteamiento que correlacione al procedimiento ordinario respecto de la exclusiva pretensión anulatoria; antes por el contrario, el mismo debería adaptarse a las necesidades comunes de *todas* las pretensiones de cognición fundadas en Derecho administrativo, y asimismo a las exigencias de cada una de ellas. Piénsese, por ejemplo, en la acertada regulación de los procesos administrativos especiales en materia de función pública (la querella administrativa o recurso contencioso-administrativo funcional) ³⁷ o en materia electoral (el recurso contencioso-electoral) ³⁸, los cuales son medios procesales administrativos que, en el ámbito de su especialidad, sirven de proceso ordinario a la generalidad de las pretensiones deducibles en las relaciones funcionariales o electorales, respectivamente. Precisamente en materia electoral, se pronunció en este sentido, una reciente sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de octubre de 2003 (caso *William Dávila Barrios*) en la cual se analiza la figura del recurso contencioso-electoral como un “cauce procesal único” que da cabida a las distintas pretensiones con independencia de la actuación administrativa lesiva. Esa misma estructura es, precisamente, la que proponemos en el marco del sistema contencioso administrativo general ³⁹.

³⁷ La querella administrativa se establecía en los artículos 74 y siguientes la Ley de Carrera Administrativa, los cuales fueron derogados por los artículos 92 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que regulan el ahora denominada “recurso contencioso administrativo funcional”.

³⁸ Previsto en los artículos 235 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

³⁹ Sin embargo, nótese que en esa sentencia se afirma, desacertadamente, que el acto u omisión es el objeto del proceso y que de él depende la pretensión: «*indistintamente del objeto del recurso –simple abstención o silencio administrativo– la vía de impugnación es una: el Recurso Contencioso Electoral. Aunque, tal como lo expone el auto apelado, el objeto del recurso determine en cada caso la pretensión del recurrente –de condena, de*

Siendo el principio general un procedimiento *ordinario* de naturaleza *declarativa*, la naturaleza de la pretensión podrá exigir, también, que la legislación prevea procedimientos especiales para tramitar ciertas pretensiones frente a las cuales el procedimiento ordinario no sea idóneo, bien por la urgencia de la pretensión, bien porque su carácter cognoscitivo no se ajuste a los requerimientos de la misma.

En este sentido, sostenemos que es necesario contemplar legalmente dos medios procesales especiales: En primer lugar, un *procedimiento breve* frente a las pretensiones prestacionales –*stricto sensu*– que requieran de la urgente satisfacción procesal, urgencia que impide la operatividad y eficacia del procedimiento contencioso administrativo ordinario, el cual aun contando con potentes mecanismos cautelares no lograría dar satisfacción oportuna y en especie a dicha pretensión. Cuando nos referimos a la *pretensión prestacional* nos referimos a *aquella cuya causa sea la negativa, ausencia o deficiencia de ejercicio de la actividad administrativa de prestación de determinado servicio público, o bien de ejercicio de la actividad administrativa de policía respecto de los servicios de carácter esencial gestionados por los particulares, a fin de lograr el cumplimiento en especie de la actuación omitida*. Es pues, una pretensión de condena al *restablecimiento* de la situación lesionada, sea a través de la continuación en la prestación de servicios interrumpida, sea a través del inicio de la prestación denegada o bien a través del cese de las circunstancias que implican una deficiente prestación; de allí que, por argumento en contrario, y esto es importante destacarlo, resulten ajenas a este procedimiento especial las pretensiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública ante los daños causados por la inactividad en la prestación de servicios públicos, así como las pretensiones surgidas en el seno de las relaciones contractuales cuyo objeto sea precisamente la concesión de la actividad de prestación⁴⁰. Así por ejemplo, la negativa –injusti-

anulación–, que en el presente caso, tal como lo refiere el auto apelado se circunscribe a “...atacar la inactividad del órgano electoral y procurar la obtención de una respuesta a su solicitud”...».

⁴⁰ Sobre el denominado “contencioso de los servicios públicos” se ha pronunciado recientemente la doctrina venezolana, a propósito del alcance del artículo 259 de la Constitución de 1999. Fundamentalmente, vid. BADELL MADRID, Rafael; “Descentralización y desconcentración del contencioso administrativo y el contencioso de los servicios públicos”, conferencia dictada el 16 de noviembre de 2001 en la ciudad de Barquisimeto, en el marco de las Jornadas *El proceso contencioso administrativo y constitucional* (consultada en original); DE GRAZIA SUÁREZ, Carmelo; “El Contencioso de los Servicios Públi-

ficada— de la Administración a admitir a un particular en un centro de enseñanza pública; la falta de otorgamiento, a través del sistema de seguridad social, de los medicamentos requeridos frente a determinada enfermedad; la interrupción abrupta, injustificada e inmotivada del servicio eléctrico frente a determinado sujeto o bien frente a una colectividad; la deficiente —por falta de continuidad, periodicidad, etc.— prestación del servicio de recogida de basura, entre otros muchos, constituyen supuestos de inactividad administrativa que pueden exigir el planteamiento de la pretensión de condena a actuación a los fines de lograr la oportuna prestación o restablecimiento de la actividad de servicio. Asimismo, la ausencia de ejercicio de las potestades administrativas de policía frente a los servicios esenciales prestados por los particulares, puede fundamentar la pretensión de condena al efectivo ejercicio de esa potestad. Por el contrario, la reclamación de un contratista frente al incumplimiento de la Administración contratante, en el marco de una concesión de servicio público no sería, evidentemente, materia de este especial procedimiento judicial.

En segundo lugar, proponemos la existencia de un *juicio ejecutivo*, a fin de tramitar la *pretensión ejecutiva*, pues la misma prescinde de la petición de declaración judicial del derecho reclamado y se limita a solicitar

cos”, *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”*, *Ob. Cit.*, pp. 253 y ss. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard; *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, FUNEDA, Caracas, pp. 211-212, 2001; y de la misma autora “El Contencioso de los Servicios Públicos”, también en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”*, cit. pp. 231 y ss.; y especialmente, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; “Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos”, *Ob. Cit.*, pp. 201 y ss., quien expuso en nuestro país, en el marco de las citadas Jornadas Internacionales, el justo alcance que ha de darse al denominado “contencioso de los servicios públicos”. En esa oportunidad, y al analizar el artículo 259 de la Constitución de 1999, destacaba González Pérez —opinión que compartimos— lo siguiente: “...el hecho de que la misma Constitución enumere entre las competencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa el ‘reclamo por la prestación de servicios públicos’, no debe conducirnos al error de creer que debe establecerse un ‘contencioso de los servicios públicos’. La norma no tiene otro significado que dejar sentado que, entre las materias cuyo conocimiento corresponde a esta Jurisdicción, están las pretensiones sobre prestación de los servicios públicos, pero no que haya que regular un proceso administrativo para estas pretensiones, ni menos para extenderla a cualquier pretensión relacionada con los servicios públicos. Tales pretensiones deben ser conocidas y decididas en el proceso administrativo ordinario. El establecimiento de un proceso especial estará justificado solo en la medida en que seguir el proceso ordinario no permita obtener tutela judicial efectiva. Por lo que solo estará justificado respecto de las pretensiones formuladas con motivo de la falta de prestación de ciertos servicios -no de todos los servicios públicos- de carácter urgente”.

la ejecución de un acto administrativo firme en tanto título ejecutivo, cuestión a la ya anteriormente hacíamos referencia. En otros términos, es necesario contemplar en nuestra legislación un proceso administrativo que prescinda de la fase declarativa judicial –tal como sucede, en el campo del Derecho procesal civil, con las vías ejecutivas– y que se dirija, sin mayor dilación, a la ejecución de los actos administrativos firmes que cumplan con los requisitos para ser considerados títulos ejecutivos. La necesidad de un proceso especial en el contencioso administrativo cuya finalidad sea la ejecución de actos firmes ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. Así, la Sala Constitucional, mediante sentencia de 2 de agosto de 2001, que anteriormente citamos, señaló que:

“ante la ausencia de un procedimiento apropiado –en relación con el administrado– que permita la ejecución real y efectiva de la providencia dictada por el ente administrativo, y ante la indiferencia de la Administración –justificada o no– para ejecutar sus actos, deben los órganos del Poder Judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional controladora, conocer de las conductas omisivas de aquellos, a los fines de garantizar el ejercicio de los legítimos derechos de los administrados que, en tales circunstancias, se hallan desamparados e impotentes para alcanzar su objetivo. La Administración se limitaría, de acuerdo a los acontecimientos referidos, a imponer una sanción, hasta allí llega su misión, en tanto que los Tribunales declararían que a ellos no les corresponde ejecutar esas resoluciones, por no existir, ciertamente, un procedimiento prevenido en la Ley Orgánica del Trabajo que les habilite para ello”.

Asimismo, en esa decisión se acotó que la competencia para conocer de tales pretensiones de ejecución de actos administrativos corresponde a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. La exigencia de un procedimiento que prescinda de la fase declarativa frente a la pretensión de ejecución de actos, ha sido implícitamente reconocida también por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa. Así, en sentencia de 23 de septiembre de 1999 (caso *Aideé Isabel Campos Pérez*), la Sala Político-Administrativa señaló, con ocasión de un recurso por abstención, que: *“debe el órgano jurisdiccional realizar un análisis de los requisitos previstos en la norma para su procedencia, comparándolos con la situación fáctica planteada; y, en caso de identidad, proceder a la*

aplicación de la norma omitida, sustituyéndose así en la administración. Ahora bien, en el caso de existir acto previo, el cual, como se dijera, en principio, supone una revisión administrativa de la procedencia de la norma y de la existencia de los requisitos que la norma exige en cabeza del administrado, se releva al órgano jurisdiccional de la labor de la verificación de la existencia de tales requisitos (puesto que dicha verificación ya debió haber sido hecha por la administración), pero no así de la existencia de la obligación administrativa” de ejecución.

Por último, se trataría de un procedimiento judicial esencialmente sumario, esto es, de cognición y contradicción limitada, en el que se reducen considerablemente los trámites del proceso ordinario y se invierte la carga de la prueba a causa de las condiciones de ejecutividad y sumariedad; asimismo, son inherentes a los procesos de esta naturaleza, los principios de celeridad y de escritura, pues exige como requisito *sine quanon* la presencia documental del acto que se hace valer como título ejecutivo⁴¹.

III. REFLEXIONES FINALES

Para finalizar queremos únicamente insistir que en Venezuela urge una reforma sustancial del sistema procesal administrativo, que regule finalmente, de manera sistemática y definitiva, el marco legal de la jurisdicción contencioso-administrativa, recogiendo los loables avances de la doctrina y jurisprudencia que se han venido consolidando durante estas últimas décadas y adaptándose a los principios constitucionales que la informan, para lograr, en definitiva, un verdadero sistema procesal de justicia administrativa que regule el proceso según las necesidades de la pretensión procesal administrativa.

Reforma que no solo es urgente, sino además imperante pues la Disposición Transitoria cuarta de la Constitución de 1999 así lo exige. No obstante, tanto la recién sancionada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia como los actuales proyectos de reforma de la legislación regulado-

⁴¹ En relación con la tramitación y fases de este procedimiento que proponemos, hemos ahondado en nuestro estudio *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano*, Ob. Cit., pp. 366 y ss.

ra de lo contencioso administrativo⁴² no parecen, lamentablemente, inclinarse por las ideas que expusimos, al mantener el sistema de pluralidad de medios procesales –y sustancialmente impugnatorios– que hemos cuestionado. Por el contrario, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se limitó a reproducir la mayoría de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que regulaban los procedimientos contencioso-administrativos, con el agravante de que, inexplicablemente, no recogió algunas de sus normas fundamentales, como son las que regulaban la existencia y competencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Superiores con competencia en lo contencioso. De manera que la aprobación de esa Ley resultó, en lo que respecta a la regulación del contencioso administrativo, el desperdicio de la esperada oportunidad para actualizar el sistema procesal administrativo venezolano. Confiemos, pues, en la cordura de nuestros legisladores a quienes aún corresponde normar sobre estos temas.

⁴² Nos referimos en concreto, al proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sometida actualmente a discusión parlamentaria.

La institución arbitral desde la perspectiva del Código de Procedimiento Civil Venezolano

Marielis Caridad de Navarro

SUMARIO

Introducción

- 1. Importancia del arbitraje**
- 2. Ventajas de la institución arbitral**
- 3. Análisis crítico de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil referentes a la institución arbitral**
 - 3.1. Generalidades**
 - 3.2. El procedimiento arbitral de conformidad con el Código de Procedimiento Civil.**
- 4. Algunas consideraciones críticas de la institución arbitral en la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana**
 - 4.1. Generalidades**
 - 4.2. El arbitraje comercial en Venezuela: un paso hacia adelante**

Referencias Bibliográficas

Legislación Consultada

INTRODUCCIÓN

Antes de entrar a analizar de manera profunda el análisis procesal de la institución arbitral en Venezuela a la luz de la Ley Adjetiva venezolana, es decir el llamado Arbitramento, se hace necesario reseñar la importancia y algunas de las ventajas que ofrece el arbitraje comercial, que es la figura que ofrece la Ley de Arbitraje Comercial, como un medio alternativo, óptimo y eficaz para la resolución de los conflictos, explorándose como una vía menos costosa y más rápida para manejar las diferencias.

1. IMPORTANCIA DEL ARBITRAJE

El arbitraje surge como una necesidad imperativa ante el auge casi descontrolado de las relaciones comerciales tanto internas como internacionales de los Estados.

En los últimos 25 años, aparecen dos nuevas esferas de poder económico que dieron lugar a transacciones internacionales importantes: primero todo lo relativo al petróleo y sus derivados y segundo, la producción y exportación de lo electrónico; la sola mención de estos dos rubros lleva a la imaginación de un nuevo mundo económico que requiere de nuevas tendencias hacia los problemas y conflictos que surgen a través de ellos. Las actuales redes informáticas que comunican a todos con todo en cualquier pequeña y mediana empresa o en la propia casa familiar, salen del fax, del módem o de la Internet, mensajes, recomendaciones, contratos.

Al aumentar las relaciones comerciales por supuesto crecen las diferencias y divergencias sobre hechos acaecidos o actos celebrados, apareciendo el arbitraje un medio idóneo para lograr zanjar esas diferencias que engloban problemas novedosos de un orden mundial nuevo, convirtiéndose así en una herramienta apta para los nuevos esquemas económicos.

Es una realidad mundial, latinoamericana y sin escapar de esto Venezuela, que la jurisdicción ordinaria se encuentra totalmente colapsada en una gran crisis tanto procesal como administrativa, que ahoga tanto a los usuarios del servicio de justicia, como a los abogados y a los mismos jueces, ya que entre la discusión acerca de la Ley aplicable, del tribunal competente y de la ejecución de la sentencia entre otros aspectos, se lleva

a los tribunales del Estado a largos debates, mientras las personas involucradas en un proceso judicial ven transcurrir su preciado tiempo sin obtener respuesta alguna; con el arbitraje, las partes encuentran una justicia a la “medida” de las necesidades y de los derechos que pretenden se les salvaguarde bajo el manto de una verdadera tutela judicial efectiva, ya que si acuden a centros de arbitrajes o se deciden por el arbitraje independiente o *ad-hoc*; logran en lapsos plausibles poner fin a sus diferencias.

Sin embargo, es necesario señalar que en ningún caso el arbitraje compite con la justicia del Estado, su desarrollo pleno tiene lugar precisamente en aquellos países donde sus legislaciones ofrecen eficaz colaboración a los tribunales arbitrales; de esta manera, el arbitraje es una forma alternativa de lograr el fin al que el Derecho está dirigido: la paz social, siendo sus reglas tan jurídicas y tan parte del Derecho, como las reglas que administran la justicia del Estado.

En lo que respecta al monopolio estatal y el arbitraje para la administración de la justicia, se encuentra en favor de la tesis que da vigencia al arbitraje, el profesor panameño Arturo Hoyos quien apunta que,

...en el derecho comparado, existen dos tendencias sobre esta materia (monopolio estatal), una primera que admite que organismos o personas que no son integrantes formalmente del órgano judicial, administran justicia y una segunda, representadas por un grupo de países, notablemente Alemania, Italia y Japón, que garantizan constitucionalmente el derecho de acción ante tribunales integrantes del órgano judicial (1996: 78).

Esta aparente disquisición apunta a que muchos acusan al arbitraje de inseguro, por no estar la controversia resuelta por un juez, y porque si en un arbitraje, el perdedor no cumple voluntariamente con el laudo, será un juez el encargado de la ejecución.

Por ello, debe distinguirse con sumo cuidado el proceso de dilucidación de un conflicto y su solución, del cumplimiento voluntario del fallo o de la ejecución forzada, ya que el tribunal arbitral tiene funciones jurisdiccionales para tramitar y resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, sin embargo, ellos para la “ejecución forzosa” del laudo requieren el auxilio

judicial por carecer de la *coercio*, que es una potestad única y exclusiva del Estado sin posibilidad de delegación.

Por ende, el Estado mantiene el monopolio de la fuerza, que no debe confundirse con el concepto de administración de justicia que abarca el proceso, la resolución y la posibilidad de la ejecución forzada. El árbitro carece de la posibilidad de ejecutar mediante la fuerza.

Otro aspecto relevante que ha de tomarse en cuenta dentro de la importancia del arbitraje, constituye la amplia gama de posibilidades que ofrece el arbitraje el momento de alcanzar la constitución de un tribunal arbitral, ya que son las mismas partes interesadas en someter la controversia a arbitraje dependiendo que sea institucional o dependiente, las que podrían diseñar sus propias reglas de procedimiento, eligen el idioma, el lugar y hasta podrían decidir sobre la materia recursiva, entre otros aspectos.

Esa riqueza de alternativas que le arbitraje ofrece a sus usuarios, ha surgido de la creatividad de los árbitros, especialistas y partes, que han ido a lo largo del tiempo configurando reglas “a la medida” para cada tipo de problemas a resolver, por eso es que se dice que el arbitraje es un traje hecho a la medida del conflicto.

Se trata de una “justicia privada” donde los interesados deciden la forma y modo de articular el proceso, desarrollarlo y respetarlo desde el principio hasta el fin, decidiendo el modo de resolver las posibles diferencias entre ellos.

Es tan importante y tan legal la institución del Arbitraje, que ella a pesar de constituir una justicia privada, su base descansa en principios constitucionales y legalistas, como los principios donde está sujeta la justicia del Estado, ya que su plataforma ha de sustentarse de manera imperativa en apoyo de las garantías básicas del proceso ordinario, como lo son la contradicción, la defensa, el debido proceso, etc, pero con la diferencia que el proceso arbitral es esencialmente informal con amplio contenido sustantivo y caracterizado por ser un modo eficaz, rápido y seguro de acceder a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, se afirma que la llamada privatización de la justicia que encarna el arbitraje, no es más ni menos que la capacidad otorgada por los

particulares a los árbitros designados a tal efecto para ordenar y resolver los conflictos presentados entre ellos.

En relación a los montos de las controversias, también se señala la importancia del arbitraje, ya que a través de él se dan soluciones a conflictos no sólo de mayor cuantía, sino también de menor y media cuantía, desvirtuándose así la creencia de que el arbitraje es un método de resolución apto solo para ser empleado por los hombres que manejan los grandes negocios. El arbitraje visto por muchos como “una justicia para ricos”, es, paradójicamente, un proceso que puede ser breve y económico, ya que su costo es generalmente menor que los de los largos procesos judiciales, aunado ello a la brevedad de sus procedimientos.

Los costos de un litigio ordinario incluyen no solo los costos que sufren los litigantes y los costos directos de administrar los sistemas del tribunal, sino también los demás efectos tangibles e intangibles del litigio.

Por todas estas razones y ratificando el engranaje entre arbitraje y justicia estatal, no puede atribuírsele a la institución arbitral una adjetivación de control económico a las controversias sometidas a ello, cualquiera sea el monto en juego.

2. VENTAJAS DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL

Ahora bien, así como el arbitraje es importante tal como se explicó *supra*, también el mismo posee bondades y ventajas que lo impregnan de seguridad y empeño en su uso como medio eficaz y alternativo a la justicia ordinaria para dirimir controversias.

El litigio como medio público para la resolución de los conflictos, trae como consecuencia la revelación pública que podrían colocar a las partes en conflictos en una verdadera alerta sobre estrategias y pruebas que no habían tenido en cuenta, es decir se puede generar suficiente publicidad perjudicial para alguna o ambas partes, quienes pudieran al final resultar exonerados de las consecuencias jurídicas del proceso, podrían sufrir gran daño personal o comercial, dependiendo todo de cómo se manejó el proceso judicial para la obtención de esos resultados.

Por el contrario, en el arbitraje ni el proceso arbitral ni los laudos se hacen públicos, las soluciones a las diferencias o controversias surgidas entre las partes se hace de forma privada, sin que conozcan su existencia el público en general, sino única y exclusivamente las partes involucradas en el mismo, es decir, existe una ausencia de publicidad plena. Por lo tanto, el desenvolvimiento del proceso arbitral se mantiene dentro de la más estricta reserva, ello para que el buen nombre de las partes no se vea afectado por el hecho del litigio, especialmente cuando las partes son muy conocidas.

El arbitraje constituye un proceso eficaz, ya que en caso de incumplimiento, el laudo arbitral puede ser objeto de ejecución forzosa a través de los tribunales ordinarios, al igual que las sentencias judiciales firmes; igualmente, a menos que así lo decidan las partes, los laudos arbitrales no están sometidos a recursos. La institución arbitral está dotada de especialidad y confiabilidad, ya que en el arbitraje los árbitros son designados por las partes como personas especializadas, expertas y con alto grado académico en la materia objeto del conflicto, esto ayuda por supuesto, a una mayor confianza y aceptación del juicio arbitral, que conduce a una garantía de aproximación de un fallo justo, es decir se sustituye la figura del juez por un experto en la toma de decisión.

En procesos complejos que involucran asuntos muy técnicos, es preferible que alguien con conocimientos y destrezas en el área debatida decida el caso con base a esa experiencia o según esas normas técnicas que conoce como especialista, en vez, como puede ocurrir en un proceso judicial ordinario, que el caso se decidiría según normas o leyes generales y muchas veces por personas no expertas ni técnicas dentro del área que se trata decidir.

Lo que se trata de señalar, es que estas notas de especialidad y confiabilidad, no significa que los jueces ordinarios no sean especializados en una u otra rama del derecho, sino que los árbitros están más cerca del sentir de las partes ya que han sido nombrados especialmente para esa controversia surgida; por otro lado, no significa que los jueces ordinarios no sean de fiar para la resolución óptima de la causa, ¡no!, sino que los árbitros por el hecho de ser electos por las partes o por una institución especial para ello (centro de Arbitraje), tienen más posibilidad que el juez ordinario de turno, frecuentemente desconocido por ellas, para gozar de su confianza

en cuanto se les atribuye una comprensión más profunda de su situación y de su idiosincrasia.

El proceso arbitral se rige a través de procedimientos simples e informales, permitiéndosele a las partes interesadas poder diseñar su propio forma ajustada a las necesidades del conflicto (Arbitraje independiente), pero sin dejar de estar sometidos a los principios generales propios de todo proceso judicial ordinario, es decir plegado por completo al contenido del principio procesal del debido proceso, de defensa, contradicción, de pruebas, igualdad procesal, entre otros, se trata de un proceso lleno de flexibilidad y lenidad que permite ajustar el procedimiento al conflicto presentado.

La institución arbitral se caracteriza por ser un medio expedito, es decir que el arbitraje es una opción rápida para resolver cualquier conflicto de intereses, pues de acuerdo a la Ley de Arbitraje Comercial el tiempo de duración del proceso arbitral es de seis meses (Art. 22), a menos que se requiera de alguna prórroga si así se determinare por los árbitros o partes involucradas.

Respecto al aspecto económico, como antes ya se mencionó, el arbitraje es visto por muchos como “justicia para ricos”, sin tomar en cuenta que la buena justicia obtenida en corto tiempo, trae consigo ventajas patrimoniales para los litigantes, se afirma, que de la celeridad hace surgir la economía del proceso arbitral, ya que resulta más oneroso para las partes el transcurso del tiempo que los costos y gastos procesales que se ocasionan con motivo del proceso arbitral. El uso del arbitraje como un medio alternativo en la solución de las controversias, necesariamente ayudaría a descongestionar esa justicia saturada de expedientes, con normas procesales que originan desgaste a los jueces, abogados y partes, siendo ello en consecuencia una justicia ordinaria entramadamente lenta.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil ordinario, el proceso arbitral siempre se encuentra impregnado del principio de la inmediatez, lo que sin duda siempre favorece a la decisión justa del conflicto, ya que la interrelación de los árbitros con las partes es permanente, facilitando la búsqueda y obtención de la verdad histórica del conflicto ya que el arbitro hace observar y escuchar a las partes en conflicto, a sus defensores y a los testigos si fuere el caso; sólo cuando el proceso es “vivido” por su director,

puede éste ponderar las reacciones y gestos de partes involucradas y declarantes, pautas inapreciables para descubrir y comprobar la veracidad de los hechos.

En el Arbitraje se observa que los árbitros practican y decretan directamente las pruebas, con la colaboración de las partes y sus apoderados lo que redundaría a favor de la lealtad procesal; por otra parte los árbitros por haber sido nombrados especialmente para el caso concreto, disponen de mayor ánimo y tiempo suficiente para realizar una valuación probatoria minuciosa y acertada, situación que por causas variadas difiere frente a la justicia ordinaria y que evidentemente favorece la arbitral. Todas estas ventajas de la inmediatez, se tienen a través del arbitraje comercial.

Por medio de la justicia arbitral pueden resolverse todo tipo de conflictos, con la condición de que éstos sean transigibles, es decir que sea materia que pueda ser objeto de transacción; lo anterior indica que perfectamente un tribunal de arbitramento puede conocer y acordar lo referente a controversias que de ser sometida a la justicia ordinaria, desencadenaría un proceso largo, lento y costoso que podría ser fácilmente sustituido por un proceso arbitral abreviado o especial.

A continuación se analizará el instrumento normativo de orden Adjetivo que regula el arbitramento en Venezuela, se refiere específicamente a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil vigente (Arbitramento o Arbitraje Civil), ya que el análisis de los aspectos procesales especificados en la Ley de Arbitraje Comercial (Arbitraje Comercial), promulgada recientemente en fecha Abril de 1998, por lo extenso de su contenido, será objeto de otra investigación que será ofrecida posteriormente; sin embargo, al final de la presente investigación, se ofrecen algunas consideraciones jurídicas y críticas de aspectos contenidos en la Ley Especial que regula la material arbitral comercial venezolana.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL REFERENTES A LA INSTITUCIÓN ARBITRAL

3.1. Generalidades

El Código de Procedimiento Civil vigente (1986), publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3.694 de fecha 22 de Enero de 1986, contempla el arbitramento o arbitraje civil, como uno de los procedimientos especiales, dedicando para ello el Título I de la Primera Parte del Libro Cuarto.

De igual manera, el Código de Procedimiento Civil anterior (1916), también contemplaba la institución arbitral como un procedimiento especial, pero en él la cláusula arbitral solo tenía un valor relativo, en el sentido de que a pesar de que dos partes se ponían de acuerdo a través de una cláusula arbitral para someter sus controversias a arbitraje, una vez surgida dicha controversia, una de ellas podía desconocer su voluntad o rechazar lo que originalmente había pactado y simplemente negarse a comprometer el conflicto a árbitros, sin existir para ese entonces, manera legal alguna de poder obligar a la parte renuente a cumplir con lo pactado.

Afortunadamente ese absurdo legislativo, fue subsanado con la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, ya que a partir de ella, se reconocen los efectos vinculantes de la cláusula arbitral, en el sentido de que una vez que las partes se han puesto de acuerdo en someter la controversia a arbitraje, ya no puede una de ellas, una vez surgida la controversia, negarse a formalizar el compromiso arbitral; más sin embargo, esta reforma al igual que la Ley de Arbitraje Comercial publicada recientemente en Venezuela (Abril 1998), sigue siendo incompleta adoleciendo de lagunas legales sobre aspectos relevantes e importantes para el óptimo desarrollo de la institución arbitral.

Se hace importante señalar, que aún con la reforma legislativa antes mencionada, el arbitraje civil o arbitramento (tal como lo señala expresamente el Código de Procedimiento Civil vigente) continúa siendo un procedimiento complejo, engorroso y difícil.

Tal aseveración se fundamenta en el hecho, de que a pesar de los cambios surgidos en la institución arbitral en 1986, tal como esta planteado actualmente en el Código de Procedimiento Civil, la parte que está interesada en resolver la controversia por arbitraje, ante la negativa de su contrario de acudir al arbitraje, tiene que iniciar un verdadero proceso judicial, que finaliza incluso con una sentencia que tiene recurso de apelación.

Frente a estos supuestos prevenidos en el Código de Procedimiento Civil vigente, se pregunta ¿Qué sentido tiene entonces, firmar una cláusula arbitral para evitar la lentitud, lo costoso, y el congestionamiento de la jurisdicción ordinaria, para resolver la controversia en un tiempo relativamente corto, si antes de iniciar éste, las partes tienen que emprender de acuerdo al artículo 609, un verdadero proceso judicial, dotado incluso de recurso de apelación, para luego concluida esa controversia judicial, y establecida la validez de la cláusula arbitral, entonces poder empezar el proceso que inicialmente se deseaba, es decir el proceso arbitral?.

Pues bien, tal como se menciona, ese procedimiento tardío e ilógico, actualmente está establecido en el vigente Código de Procedimiento Civil, sin ofrecer verdaderas y eficientes ventajas a las partes interesadas para utilizar el proceso arbitral, sino por el contrario, lo envuelve con un manto lleno de inconvenientes y trabas que desmejoran y opacan las bondades y ventajas que ofrece el arbitraje, al exigir lamentablemente, un verdadero procedimiento judicial para hacer efectivo los efectos de la cláusula arbitral celebrada entre las partes.

Y es aquí, precisamente donde la nueva Ley de Arbitraje Comercial pone mayor énfasis, en el sentido de que según ésta, para la formalización del compromiso arbitral no se requiere la intervención judicial, sino que éste puede ser formalizado ante los propios árbitros.

El arbitramento, tal como lo cita el vigente Código de Procedimiento Civil, está contemplado a partir de su Artículo 608, donde se observa claramente, la delegación a los árbitros de la potestad jurisdiccional, tal como quedo analizado por la teoría jurisdiccionalita la cual se acoge plenamente.

3.2. El procedimiento arbitral de conformidad con el Código de Procedimiento Civil

El análisis que a continuación se realiza sobre el procedimiento arbitral que regula la Ley Adjetiva venezolana, es a los fines de ilustrar lo complejo y difícil de dicho procedimiento, por lo que se aboga por futuros cambios y reformas urgentes que requiere el Código de Procedimiento Civil actual, lo que podría ser un aspecto a desarrollar en otra investigación, lo cual redundará en beneficio de esta noble y bondadosa institución como lo es el ARBITRAJE.

Como antes ya se mencionó, la institución del arbitramiento regulado en la Ley Procesal, lo considera como un procedimiento especial contencioso, donde se contemplan diversos supuesto importantes que vale la pena mencionar.

Así, el artículo 608 del CPC, como norma rectora de la institución bajo estudio, posee gran significación práctica, ya que es a partir de él cuando se da la delegación a los árbitros de la potestad jurisdiccional y por otro lado, estipula los límites de aplicación del arbitraje sobre aquellas cuestiones o materias que no versen sobre el estado y capacidad, ni sobre los demás asuntos en que no cabe transacción, es decir, que el Arbitraje, de acuerdo con esta norma, es limitado a ciertos tipos de negocios, porque el Estado insiste en mantener, su hegemonía jurisdiccional, no siendo permisible entonces, la aplicación del mismo sobre aquellas cuestiones donde este interesado el orden público.

Igualmente, el referido Artículo 608 en su primera parte, permite a las partes de un juicio, para que sobrevenidamente puedan decidir someter la controversia a un acuerdo arbitral, ya que dispone que:

«...Si estuvieran ya en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa, y en él deberán expresar las partes las cuestiones que cada uno someta al arbitramiento, si no constaren ya en el juicio, el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstas, las facultades que les confieran y lo demás que acordaren respecto del procedimiento...»

Es decir que de acuerdo a esto, formalizado el acuerdo arbitral dentro del expediente judicial, el Tribunal de la causa, cesará inmediatamente de su función jurisdiccional, debiéndole pasar los autos a los árbitros nombrados, tal como lo dispone el Artículo 617 *ejusdem*.

Otro supuesto contemplado por el mencionado Artículo 608, se trata del establecido en su segundo aparte, que dispone que si no existiera proceso judicial en curso, las partes pueden establecer el compromiso arbitral por instrumento auténtico, contentivo, al igual que el supuesto del compromiso durante el juicio pendiente, de las especificaciones establecidas en la primera parte del Artículo *in comento*.

Ahora bien, la exigencia que el documento contentivo del compromiso arbitral sea auténtico, significa, si se interpreta esa disposición en conexión con el Código Civil vigente, que el instrumento debe ser uno de los contemplados en el Artículo 1.357 del referido Código, que dispone:

...Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado...

Es decir, que el documento público o autentico, será aquel que ha sido otorgado con las formalidades legales, en presencia de un funcionario público competente, capaz de dotarle de fe pública, entendiéndose que esa fe pública, de conformidad al Artículo 1359 *ejusdem*, surtirá sus efectos entre las partes y frente a terceros de los hechos jurídicos que el funcionario público declare haber efectuado, visto u oído, siempre y cuando estuviere facultado para hacerlo contar.

El Artículo 609 del Código de Procedimiento Civil, contempla la posibilidad de que celebrado el acuerdo arbitral, las partes de mutua conformidad, pueden solicitar al juez la constitución del Tribunal arbitral, pero si una de las partes se niega a formalizar el acuerdo, la otra podrá acudir al Tribunal de Primera Instancia competente, quien deberá instar a la parte renuente para que conteste acerca del compromiso, en el quinto día siguiente, y es aquí precisamente donde comienza el absurdo legislativo a que antes se hizo referencia, porque verdaderamente se inicia un subpro-

cedimiento a los fines de determinar la validez de la cláusula compromisoria preexistente, regulado dicho trámite a partir de este momento por los artículos 611 y 612 de la Ley Adjetiva.

La parte renuente (citada) a formalizar el acuerdo arbitral podrá dentro de ese subprocedimiento, de conformidad al Artículo 610 *ejusdem*, asumir tres posiciones diferentes, a saber:

a) **CONVIENE EN LA OBLIGACIÓN** (Artículo 610 CPC): En este caso, se da por terminada la incidencia y la cláusula se convierte ya en compromiso judicial, indicándose expresamente en la misma, la materia objeto de arbitraje, se designan los árbitros y surten plenamente los efectos procesales dispuestos en el Artículo 617 CPC, es decir, que se pasan los autos por parte del juez ordinario a los árbitros nombrados, cesando de esta manera la potestad jurisdiccional del juez; mas sin embargo, dentro del procedimiento arbitral, tal potestad jurisdiccional es retomada nuevamente para los siguientes efectos:

1. Para resolver dudas y controversias en la interpretación del convenio arbitral si los árbitros lo solicitan (Artículo 618, Parágrafo Segundo CPC).
2. Para publicar y ordenar la ejecución del fallo (Artículo 625 CPC).
3. En aquellos casos donde sea procedente la tramitación del recurso de apelación (Artículo 624 CPC).
4. Para conocer del Recurso de Nulidad (Artículo 627 CPC).
5. Para fijar los emolumentos de los árbitros si hubiere discusión acerca de su monto (Artículo 629 CPC).

Es decir, que en este caso donde la parte renuente a formalizar el acuerdo conviene en la obligación, la potestad jurisdiccional del juez ordinario queda en suspenso a la espera del auxilio jurisdiccional que pudiera requerir el proceso arbitral en los supuestos referidos, ya que si se retoma el criterio de la cooperación mutua que debe existir entre la justicia arbitral y la ordinaria, analizada anteriormente en el Capítulo II de la presente investigación, ambas justicias se requieren y complementan, siendo imperativo existir entre ellas pleno equilibrio de ayuda a los fines de coexistir plenamente.

b) **CONTRADICE LA OBLIGACIÓN** (Artículo 611 CPC): En caso de contradicción se abrirá una articulación probatoria de quince (15) días, transcurridos los cuales el Tribunal procederá a dictar su decisión dentro de los cinco (05) días siguientes, sujeto a recurso de apelación en ambos efectos, causando la sentencia del Tribunal Superior autoridad de cosa juzgada. Este procedimiento no contempla al recurso extraordinario de Casación.

Establecida la validez de la cláusula compromisoria dentro de los cinco (05) días siguientes al vencimiento del lapso de apelación (si no lo hubiere) o al de la fecha de recibo de los autos en el Tribunal de origen, el citado procederá a expresar las cuestiones que por su parte quiera someter al arbitramento (cfr. 613 Código de Procedimiento Civil). Cumplido este requisito se seguirá el procedimiento previsto en el Artículo 610 *ejusdem* para la designación de los árbitros.

Nace la duda, si en caso de contradicción de la obligación, cabría la posibilidad de la oposición de cuestiones previas. Al respecto, particularmente se considera, que dicho supuesto no es procedente, a menos que sea la referida a la falta de jurisdicción y competencia, ya que las cuestiones previas relacionadas con el fondo del asunto deben ser resueltas por los árbitros nombrados y en todo caso, por el tribunal natural, si se ha dilucidado que sí es él competente para conocer del asunto, previa decisión de la defensa opuesta.

c) **NO COMPARECE** (Rebeldía): En este caso, de conformidad a lo establecido en el Artículo 614 de la Ley Procesal, se tendrá por válida la cláusula compromisoria y los árbitros resolverán la controversia atendiendo a las cuestiones sometidas al arbitraje por el solicitante, procediéndose a la elección de los árbitros, previa constancia por parte del Tribunal natural (Artículo 628 CPC) de la no-comparecencia del citado; ha de entenderse que en este supuesto de no comparecencia o rebeldía por parte del citado cuando no hubiere acuerdo entre las partes con respecto al carácter de los árbitros, se entiende que serán de derecho y el laudo en consecuencia será inapelable (Artículo 614 Parágrafo Segundo CPC); es decir que aquí habrá que entender que hay una voluntad supletoria de la Ley y que por lo tanto, a falta de indicación sobre la naturaleza de los árbitros, se entenderá que se trata de árbitros de derecho.

Ahora bien, este supuesto de determinación legal a favor del arbitraje de derecho tiene aparentemente una eventual contradicción con la norma 618 *ejusdem*, cuando en su Parágrafo Tercero establece que “Si en el compromiso no se indica de alguna manera el carácter de los árbitros se entiende que son arbitradores”.

Al respecto sobre esa aparente contradicción, la doctrina mantiene diferentes posiciones, en este sentido G. de Troconis sostiene que,

«...En el Artículo 618 se parte del hecho de que en el compromiso arbitral no se haya dicho nada sobre la naturaleza de los árbitros. Mientras que, en el Artículo 614 se parte del supuesto de que las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el mismo punto. Es decir, que el primero regula un supuesto de *omisión*, y, el segundo regula un supuesto de *desacuerdo*. Eso hace que la solución para cada uno de los casos sea distinta: el primero se resolverá como un arbitraje de equidad, y el segundo, como un arbitraje de derecho... (1999:308)»

Por su parte Henriquez La Roche, aduce:

«...La presunción de que los árbitros son de derecho-es decir, que juzgan según las leyes-se aplica cuando en el compromiso tampoco se ha señalado las reglas de procedimiento que deban seguir, según se deduce del segundo acápite de este artículo; y debe considerarse que son arbitradores –es decir que juzgan según conciencia–, en caso contrario. A tal conclusión se llega no sólo por *argumento a contrario sensu* sino también porque el artículo 618 *in fine* no condiciona a ningún otro elemento la presunción legal del carácter de arbitradores... (1998 V:34)»

Mas sin embargo, respetando y reconociendo el aporte doctrinal dado por las posiciones anteriores, se acoge el criterio sostenido por el Dr. Alberto Bausmeister (1997) durante la exposición del curso de Postgrado de la Especialidad en Derecho Procesal (Universidad Católica Andrés Bello), cuando explicaba que la solución a esta aparente contradicción, radica solo en el hecho de distinguir los supuestos antes mencionados sobre el compromiso arbitral “fuera de juicio” y el compromiso arbitral “dentro de juicio”.

Es decir, según esta opinión, el Parágrafo Tercero del Artículo 618 del Código de Procedimiento Civil vigente, solo se aplicará al caso de un compromiso arbitral ya existiendo litigio, o sea a un convenio judicial arbitral, ya que acá se está en presencia de un juez dotado de todas las facultades jurisdiccionales ordinarias y dentro de un proceso con todas las etapas e incidencias procesales que le podrían garantizar a las partes una justa administración de justicia, entonces se pregunta: ¿Qué sentido tendría que si se está dentro de un proceso judicial que está dotado de todas sus etapas y “garantías”, requerir de un proceso de arbitraje de derecho?. Esto no tendría sentido, lo que se desearía es poseer un medio sustitutivo de la jurisdicción ordinaria mas ágil, que estaría representado entonces por un arbitraje de equidad.

Por otro lado, lo pautado en el Parágrafo Segundo del Artículo 614 de la Ley Adjetiva, según este criterio que se acoge, se aplicará solo al compromiso arbitral “fuera de juicio”, es decir al convenio extrajudicial donde no hay juicio, debiendo entenderse que cuando las partes omitieron establecer la naturaleza de las árbitros que ellas desearían le resolvieron sus conflictos, se debe respetar el sistema de la legalidad, que serían los árbitros de derecho, quienes deben observar el procedimiento legal y en las sentencias, las disposiciones de Derecho, mientras que los arbitradores o árbitros de equidad, proceden con entera libertad, según les parezca mas conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad.

Retomando el íter procesal arbitral, se tiene que pasados los autos al Tribunal Arbitral, sea cual fuere el supuesto que de lugar a ello, bien porque el citado convino en la obligación arbitral, o porque aun contradiciéndola, quedó establecida la validez de la cláusula o compromiso arbitral o simplemente porque se declaró en rebeldía (no asistió después de citado), es aquí donde se abre en realidad el verdadero proceso arbitral, proceso éste que dependiendo de la voluntad de las partes o de la norma supletoria de la ley, debe cumplirse íntegramente de acuerdo al modelo legal, si se trata de arbitraje de derecho, o por lo que fije el árbitro para mayor celeridad y conveniencia a su leal y saber entender si se trata de arbitraje por arbitradores; es decir, dependiendo del tipo de arbitraje y una vez que se pasan los autos a los árbitros, es obvio que allí se inicia el verdadero proceso arbitral, investido él, por supuesto del manto legal que envuelve el princi-

pio procesal del “Debido Proceso”, (principio que antes se refirió) requisito *sine qua non* para determinar la validez del proceso arbitral y no conducir a su nulidad.

Constituido el Tribunal arbitral de conformidad a lo estatuido en el Artículo 614, Parágrafo Tercero del Código de Procedimiento Civil vigente, se apertura un lapso o período probatorio ordinario que se computará de acuerdo al contenido del Artículo 197 *ejusdem*.

Vencido dicho lapso probatorio, se deberá dictar el laudo por parte del Tribunal Arbitral dentro del término que se le señale en el compromiso (Artículo 623) o en el supuesto contrario, dentro de los treinta (30) días siguientes de dicho vencimiento (Artículo 614, Parágrafo Cuarto); mas sin embargo, a criterio personal de la investigadora, se considera que dentro de las causales de nulidad del laudo, se debería incluir expresamente como motivo de nulidad arbitral, la falta de indicación del término u oportunidad para dictar el fallo, ya que si el proceso arbitral es un medio que a sustituir a la actividad jurisdiccional ordinaria, las partes procesales lo que desean es dar celeridad y abreviar la resolución de su controversia, entonces un requisito sustancial que no tiene manera de sustituirlo en la Ley, sería el término que se le fije a los árbitros para pronunciar el fallo, y si el mismo no está establecido, considerándose que ese debe ser un laudo impugnabile de nulidad.

Igualmente se considera que, si en la convención de las partes se fija un término para dictar el laudo, solo serían esas mismas partes involucradas quienes pueden prorrogar dicho término, y si ese laudo es dictado fuera del tiempo establecido sin la prórroga voluntaria de las partes, ese laudo, según criterio personal, debe ser considerado caduco y por consiguiente, no podría surtir ningún tipo de efecto procesal, por ser ello un requisito de orden público que atiende al proceso arbitral mismo, viciado por una falta de determinación e imprecisión dentro del proceso arbitral.

En cuanto a las modalidades y formalidades del laudo, administrado a las normas que regulan la nulidad arbitral (Artículo 626), se considera, que el mandato de Ley es que el laudo deba revestir todos los requisitos de un fallo judicial, o sea debe ser el producto de un acto lógico jurídico similar al de la sentencia judicial, porque como acto decisorio del proceso arbitral, debe crear convicción llenando todos los requisitos mínimos de una senten-

cia, es decir debe contener una relación de los hechos debatidos, centrar el *thema decidendum*, apreciar y valorar las pruebas, en caso de haberse promovido y evacuado y por último, razonar lo que sería la parte dispositiva del fallo arbitral.

Igualmente se hace importante señalar, que el laudo arbitral debe estar apegado al principio de congruencia procesal de la sentencia, en el sentido de que el juez arbitral o árbitro, no puede analizar ni decidir más allá de los límites de su competencia sobre los asuntos que le han sido sometido para su decisión (Cfr. Artículo 626 Ord. 1°).

Una vez que ha sido pronunciado el laudo, éste deberá, de conformidad al Artículo 625 CPC, ser remitido conjuntamente con los autos, al juez ante quien fueron designados los árbitros a los efectos de su publicación, debiendo hacerse público al día siguiente de su consignación y a la hora que se le señale, siendo importante señalar que si el juez considera que es un laudo arbitral contrario al orden público, puede de conformidad al Artículo 11 *ejusdem* pedir la nulidad de oficio. A partir de este momento comenzará a correr los lapsos para la interposición de los recursos respectivos, esto es recurso de apelación, cuando fuere procedente y recurso de nulidad por las causales establecidas en el Código de Procedimiento Civil, que más adelante se estudian.

Este pase de la justicia arbitral hacia la justicia ordinaria tiene, como finalidad fundamental "...imprimir formalmente autoridad jurisdiccional al laudo..." (Henriquez La Roche, 1998:57).

Ahora bien, en la materia recursiva arbitral, se observa que la Ley Procesal establece la inapelabilidad del laudo cuando se está en presencia de un arbitraje de equidad, presuponiendo que las partes involucradas en el proceso arbitral han elegido árbitros arbitradores tomando en consideración su probidad, confianza y ecuanimidad, que le garantizan una decisión amparada dentro de la justicia e imparcialidad.

Según señala el Artículo 614 en concordancia con el Artículo 624 del Código de Procedimiento Civil, cuando el arbitraje es de derecho, se presume que el fallo es inapelable, a menos que, las partes acuerden la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra el laudo arbitral;

dicha salvedad sólo operará cuando se trate de un arbitraje de derecho más no de equidad.

Igualmente, está contemplado en nuestra Ley Adjetiva, la posibilidad de interposición del Recurso de Nulidad contra el laudo arbitral, por las causales establecidas en el Artículo 626 que al respecto dispone:

«La sentencia de los árbitros será nula: 1) Si se hubiere pronunciado sobre la materia de un compromiso nulo o que haya caducado, o fuera de los límites. 2) Si la sentencia no se hubiere pronunciado sobre todos los objetos del compromiso, o si estuviere concebida en términos de tal manera contradictorios que no pueda ejecutarse. 3) Si en el procedimiento no se hubieren observado sus formalidades sustanciales, siempre que la nulidad no se haya subsanado por el consentimiento de las partes».

El Recurso de Nulidad es un recurso impropio por dos motivos fundamentales, uno, por cuanto se observa que conocerá de él, el mismo tribunal que en el grado debía dictar la sentencia, es decir, no le corresponde a una instancia superior, y dos, porque solo procede por las causales especiales previstas en la Ley Procesal, causales éstas que no tienen relación alguna con un agravio dimanante del laudo, sino que se corresponden por fallas sustanciales del proceso arbitral o del laudo mismo.

Obsérvese que dentro del contenido de la disposición *in comento*, se encuentran tres tipos de causales de nulidad, a saber: Causales referidas al compromiso (Ord. Primero). Causales referidas a los vicios del laudo (Ord. Segundo) y causales por vicios atinentes al procedimiento (Ord. Tercero).

El Artículo 627 del Código de Procedimiento Civil vigente, contempla lo relativo al trámite del Recurso de Nulidad, entendiéndose que la manera como está redactada la norma, no se interpone a través de un libelo de demanda, sino como un recurso ante el tribunal que dictó el laudo arbitral y que éste posea el carácter ya de cosa juzgada. Como recurso extraordinario o impropio que es, sus lapsos son de caducidad, al igual que en el recurso de casación, invalidación o nulidad, y de su decisión, cabe interponer ante el Tribunal Superior, recurso de apelación.

Adicionalmente, cabe mencionar solo a título enunciativo, que el Código de Procedimiento Civil, dedica el *Título X, Parte Primera del Libro Cuarto* lo relativo a la Eficacia de los Actos de Autoridades Extranjeras, es decir establece el procedimiento de exequátur desde su Artículo 850 hasta el Artículo 858, debiéndose manifestar que tales disposiciones deben ser interpretadas y empleadas en concordancia con los instrumentos normativos de carácter internacional que regulan la materia, remitiendo a tal efecto al análisis realizado con anterioridad relacionado a la materia arbitral internacional.

Para concluir, se reitera que desde 1916, que es promulgado el Código de Procedimiento Civil anterior hasta la vigencia del actual (1986), la cláusula arbitral tuvo una vigencia relativa, tal como antes se explicó, pero a partir de 1986 es que se comienza a reconocer los efectos vinculantes a dicha cláusula, estableciéndose, lamentablemente, un verdadero proceso judicial previo para hacer efectivo sus efectos.

De lo anterior se deduce que, a pesar de la larga vigencia del arbitraje en ordenamiento jurídico venezolano, el mismo sea un medio sustitutivo de la actividad jurisdiccional ordinaria por carecer de mecanismos y procedimientos procesales adecuados que le permitan delinear y ofrecer las bondades, ventajas y posibilidades que esta institución aporta, tal como quedó expresado en el Capítulo II de la presente investigación.

De aquí que, el arbitraje civil o arbitramento, seguirá rigiéndose en Venezuela por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil vigente, con sus lagunas y desaciertos (aun cuando disponga de una regulación mínima de procedimiento) y por lo dispuesto en los Convenios y Tratados Internacionales, cuando resulten aplicables, ya que como antes se analizó, ellos reconocen la institución arbitral, establecen principios sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros y formas de proceder tanto en el arbitraje internacional, como el reconocimiento que merecen en el exterior los que eventualmente se dicten en Venezuela y de acuerdo a las leyes venezolanas.

Se aboga por la reforma del procedimiento arbitral civil establecido en la Ley procesal, con reglas procedimentales, más precisas y claras, esperando que los comentarios y opiniones explanados anteriormente al respecto, resultan un aporte al desarrollo y expansión de esta institución bajo

estudio en Venezuela, que lejos de perjuicios y trabas, se ofrece como una solución alternativa plausible a las controversias suscitadas entre las partes, ya que los méritos del arbitraje, su juridicidad y conveniencia, deberían ser las razones de su sólida institucionalización tanto en el plano nacional como internacional.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL EN LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL VENEZOLANA

4.1. Generalidades

A continuación, se analizará la Ley de Arbitraje Comercial venezolana dentro de un plano interpretativo, sin proponer extensas transcripciones teóricas inútiles, tratando de hacer énfasis muy especialmente, en todas esas deficiencias, lagunas y desaciertos que la misma contiene, a los fines de proponer su corrección para futuras reformas que puedan ofrecer un modelo de procedimiento arbitral experto, óptimo y económico, que llene las expectativas para ser seleccionado el arbitraje, como un verdadero medio alternativo de solución de controversias. He aquí, precisamente el objeto de esta investigación.

Hasta ahora, se ha referido la institución arbitral regulada por los tratados internacionales suscritos por Venezuela y por el vigente Código de Procedimiento Civil, esto es al arbitraje internacional y al arbitraje interno que versa sobre relaciones jurídico-privadas en que las partes, el objeto, el derecho aplicable y otros elementos, son exclusivamente nacionales.

El 07 de Abril de 1987, fue promulgada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430, la Ley de Arbitraje Comercial, impregnada de bondades, virtudes y ventajas, pero también de deficiencias, desaciertos y lagunas legales, que lamentablemente empañan y entorpecen su verdadero valor e importancia que como instrumento legal especial "...se proyectó como una alternativa para agilizar la solución de los procesos de litigios en materia comercial (celeridad procesal) y crear el marco jurídico apropiado para resolver las diferencias entre las partes, fuera del arbitrio de los tribunales ordinarios de justicia..." (Mezgravis, 1998:7).

Sin embargo, es de advertir que esta novísima Ley no soluciona todos los problemas que antes de su promulgación confrontaba la institución del Arbitraje en Venezuela, ya que con el nacimiento de este instrumento legal, no quedaron subsanadas todas las dudas y cuestiones importantes atinentes a la institución arbitral, perdiéndose lamentablemente una oportunidad muy especial para haber enmendado y corregido las perplejidades y lagunas que sobre esta materia existen al respecto.

Pero al margen de toda consideración, hoy ya se cuenta con la nueva Ley de Arbitraje Comercial, que con todas sus lagunas e imprecisiones, es un nuevo instrumento que mejora lo existente.

En tal sentido, con su promulgación se da comienzo en Venezuela a la distinción entre arbitraje civil o arbitramento (tal como lo contempla el Código de Procedimiento Civil) y el arbitraje comercial, ofreciéndose éste dentro de la nueva Ley en sus modalidades de arbitraje institucional y arbitraje independiente y hasta el de ámbito internacional.

Al decir de Baumeister, esta nueva normativa arbitral contempla igualmente, aspectos positivos e importantes sobre la institución, manifestando:

«...El nuevo instrumento legal incorpora también a nuestro sistema procesal nuevos principios e instituciones y conceptos respecto a la institución arbitral y, así, a pesar de que no resulta del todo claro, parece que el legislador optó por reconocer que el arbitraje comercial deja de ser un simple procedimiento especial más, o un medio substitutivo convencional del jurisdiccional ordinario y le concede un carácter más institucional, como modo de expresión propio de la función jurisdiccional, cuya característica fundamental será que el órgano judicial queda sustituido por personas ajenas al poder judicial, electas por las partes, por los centros institucionales, o inclusive por el propio órgano de justicia ordinario y, como tal, que efectivamente limita la potestad jurisdiccional... (1999:23)»

Mas sin embargo, se hace necesario señalar que con la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial en ningún momento se derogan las disposiciones que sobre el arbitramento (Arbitraje Civil) contempla el Código de Procedimiento Civil, ya que éste:

«...continuará siendo una especie de modelo o prototipo y siendo fuente de interpretación e integración, a falta de normas que puedan haber dejado establecidas las partes interesadas y, a la vez, servirán de fuente supletoria para la interpretación e integración en la aplicación de la nueva Ley de Arbitraje Comercial, en todo lo que no resulte dispuesto al respecto, bien por las partes o por el centro de arbitraje, según se trate de arbitrajes comerciales independientes o institucionales... (Baumeister,1999:24)»

Dicho criterio se comparte plenamente, porque a pesar que la Ley de Arbitraje Comercial no establece dentro de su articulado la supletoriedad de las normas sobre arbitramento, es evidente que ante las lagunas legislativas existentes en ella, debe aplicarse por analogía las disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas al arbitramento, siempre y cuando éstas no se contradigan con el espíritu, propósito y razón de la normativa especial y en última instancia, se aplicarán los principios generales del Derecho, tal como lo contempla el Artículo 4 del Código Civil vigente, que al respecto dispone:

«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, tendrá en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho».

Con la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial, Venezuela se coloca dentro de una corriente mundial moderna que ofrece la institución arbitral como un medio o mecanismo eficaz alterno, que le va a permitir a los interesados resolver sus controversias con mayor imparcialidad, rapidez, eficiencia y seguridad jurídica.

Anteriormente se manifestó, que a pesar que en 1986 con la reforma del Código de Procedimiento Civil, se había dado un gran paso reconociéndose los efectos vinculantes de la cláusula arbitral, sin embargo dicho avance se ve empañado, debido a que para lograr ese fin, las partes deben, de acuerdo a lo establecido en la Ley Adjetiva, acudir a la jurisdicción

ordinaria, para que a través de un verdadero proceso judicial se logre la formulación del compromiso: es decir, que antes de que los árbitros puedan conocer de la controversia, las partes tienen que acudir a los Tribunales ordinarios, y ello, precisamente es lo que se desea evitar.

Fue este procedimiento engorroso, tardío y difícil, lo que motivó al Poder Legislativo Nacional para que se promulgara la Ley de Arbitraje Comercial, cuya fuente principal de inspiración fue la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL. (Chillón Medina y otro (1991), Gabaldón (1999), Sarmiento Sosa (1999), Henríquez La Roche (2000), Rengel Romberg (1999).

4.2. El arbitraje comercial en Venezuela: un paso hacia adelante

En principio, hablar sobre el Arbitraje Comercial en Venezuela, genera entre la sociedad y entre los Abogados mismos, un desdén y apatía que no entusiasma la utilización de este medio como una vía óptima para la resolución de las controversias de manera extrajudicial, es decir, fuera de la jurisdicción ordinaria.

La experiencia dice que en Venezuela, por lo general, el grado de éxito del Abogado es proporcionalmente directo a las destrezas en el orden del Derecho Procesal, de manera que lo importante de acuerdo a ello, es conocer el rito procesal, lamentablemente articulado como red para atrapar al adversario, utilizando cualquier planteamiento y táctica dilatoria que sólo entorpecen y retardan el proceso (Govea,1998).

La Ley de Arbitraje Comercial, aparece como un sistema de garantías fundamentales a cuyo ámbito las partes voluntariamente se adhieren; garantías éstas que aun cuando a veces no se disponen expresamente dentro de su articulado, se determina su existencia luego de su interpretación.

El aporte fundamental de este instrumento normativo, "...reside en la celeridad procesal, en la certeza y en la seguridad jurídica que representa, respecto al aseguramiento de los derechos y su satisfacción..." (Henríquez La Roche, 2000:78).

La aprobación de la Ley de Arbitraje Comercial, implica un paso importante encaminado a consolidar el arbitraje como método o medio de solución de controversias en el ámbito interno e internacional; esta Ley con sus novedades ventajas, y desaciertos, como más adelante se analizará, elimina de alguna manera los obstáculos que entorpecían y frustraban el desarrollo del procedimiento arbitral, ya que consagra y establece al efecto, nuevas modalidades y mecanismos para la realización de los arbitrajes en Venezuela.

Este cuerpo legislativo, se encuentra estructurado en nueve capítulos que consagran la institución arbitral comercial en Venezuela, en adición a las estipulaciones que sobre arbitramento se contempla en el Código de Procedimiento Civil en los Tratados y Convenios internacionales firmados por Venezuela relacionados a la materia arbitral.

Todo esto, aunado a las futuras reformas que se deben dar a nivel del ordenamiento jurídico, previo a las críticas y consideraciones hechas a la Ley de Arbitraje Comercial, acerca aún más la posibilidad que Venezuela se entusiasme por una puesta al día de su legislación en materia de arbitraje, ya que las exigencias de este nuevo siglo XXI, obliga de manera inexorable, contar con un modelo jurídico adecuado que ofrezca a los ciudadanos que así lo deseen, resolver sus conflictos en el ámbito interno e internacional, mediante un mecanismo alterno de prestigio y probada eficacia en muchas legislaciones del mundo, como lo es el ARBITRAJE.

A continuación se mencionará de manera muy puntual, algunas ventajas y novedades que ofrece esta nueva ley especial en materia arbitral:

- a) Ofrece nuevas modalidades de ventilar los procesos arbitrales, pudiéndose utilizar al efecto el llamado arbitraje institucional, que es aquel reglamentado y decidido dentro de los esquemas diseñados por entes y corporaciones establecidas en la Ley (Centros de arbitraje); igualmente ofrece otra alternativa, y es llamado arbitraje independiente, donde se ofrece la posibilidad a aquellos comerciantes que prefieren apartarse de la opción anterior, dándole la posibilidad de resolver sus conflictos mediante la aplicación de las reglas de procedimiento establecidas en la propia Ley o mediante las diseñados por las

propias partes (Artículos 2, 11, 15 de la Ley de Arbitraje Comercial).

- b) Se dota de un amplio margen de autocontrol al órgano arbitral para la validez y exigibilidad del acuerdo arbitral y para decidir acerca de su propia competencia (Artículos 7, 25 de la Ley de Arbitraje Comercial).
- c) Con la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial, desaparece la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, estableciendo el reconocimiento de la fuerza vinculatoria del acuerdo arbitral, sea que se haya celebrado antes o después de la controversia, facilitando así el procedimiento arbitral, ya que elimina la necesidad de recurrir al auxilio de los tribunales de la jurisdicción ordinaria para lograr la formalización del compromiso arbitral (Artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial).
- d) Otorga autonomía e independencia al acuerdo arbitral, la cual se traduce en la independencia e inmunidad de que goza la cláusula con relación al contrato que la contiene o del que depende, es decir, que la invalidez del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que implica la supervivencia del acuerdo con respecto a la suerte del contrato (Artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial).
- e) Unifica en un mismo cuerpo legislativo la regulación del arbitraje tanto interno como internacional.
- f) Establece un plazo máximo de duración del proceso en seis (06) meses, el cual podrá ser prorrogado de oficio o a solicitud de las partes (Artículo 22 de la Ley de Arbitraje Comercial).
- g) En materia del control del laudo arbitral, reduce los recursos sólo al recurso de nulidad, mediante causales taxativas, eliminando de tal manera la aplicación del régimen de recursos ordinarios (Artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial).
- h) Regula de forma más viable y con menos dificultad, lo referente al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, remitiendo al Código de Procedimiento Civil en caso de ejecución forzosa (Artículo 48 de la Ley de Arbitraje comercial).
- i) Se consagra en varias etapas del proceso arbitral, el auxilio jurisdiccional de los tribunales ordinarios como un instrumento de apoyo a la función encomendada al árbitro, que a simple

vista pareciera una excesiva presencia de los órganos judiciales del Estado en la esfera privada del arbitraje, sin embargo tal intervención con la Ley de Arbitraje Comercial, se ha reducido a lo estrictamente necesario, (Artículos 17, 28, 38, 43 y 48 de la Ley de Arbitraje Comercial).

- j) Tomando en cuenta la Ley Modelo UNCITRAL (Artículo 17), las experiencias prácticas de los instrumentos internacionales, y algunas legislaciones extranjeras, la Ley de Arbitraje Comercial, regula aun cuando de manera no muy clara y definida, la potestad cautelar para los árbitros (Artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial).
- k) En cuanto al trámite del proceso arbitral, establece mecanismos más adecuados y organizados que evitan incidentes procesales, otorgando así mayor concentración del procedimiento.

Estas y otras ventajas, hacen lucir a la Ley de Arbitraje Comercial, como un instrumento legal especial, que le da paso a la institución arbitral en Venezuela como un medio o vía eficaz para la resolución de los conflictos surgidos entre los ciudadanos, quienes conscientes de la gran crisis judicial que actualmente se vive en Venezuela, en América Latina y en muchos países del mundo, prefieren encomendar tal tarea a la llamada “jurisdicción arbitral”.

Sin embargo, consciente como se está, de lo provechoso y ventajoso que ha sido para el ordenamiento jurídico venezolano, la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial y sin pretender negarle su importancia y aporte, igualmente se reconoce que la misma posee lagunas, imprecisiones y contradicciones que se analizaran como antes se señaló en otra investigación a ser publicada el futuro, inmediato, sólo con el fin de dar un aporte a las reformas legislativas que en materia arbitral han de venir próximamente en Venezuela.

Referencias Bibliográficas

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES; *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Serie Estudios, n° 47, Caracas, 1994.

ÁLVAREZ, Tulio Alberto; *Procesos Civiles Especiales Contencioso*. Centro de Investigaciones Económicas, Editora C. A. Anexo 1, Caracas, 2000.

AVELEDO MORRASSO, Luis E.; El Recurso de Nulidad en al Arbitraje Civil y Comercial. En *Revista de la Fundación Procuraduría*. N° 21, pp. 251-262, Caracas.

BADELL & GRAU Despacho de Abogados; Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial. *Cuadernos Jurídicos*. Editorial Torino, n° 01, Caracas, 1998.

BALZAN, José Ángel; *De la ejecución de la Sentencia. De los Juicios Ejecutivos. De los Procedimientos especiales contenciosos*. Mobil-Libros. Primera Edición, Caracas, 1990.

BARNOLA QUINTERO, José P.; Reconocimiento y Ejecución del laudo arbitral en Venezuela. En *Revista Venezolana de Derecho Procesal*. Editorial Livrosca, C. A., N° 1, pp. 103-124, Enero - Junio. Caracas.

BAUMEISTER TOLEDO, Alberto; Algunas Consideraciones sobre el Proceso Arbitral en la Nueva Ley de Arbitraje Comercial. En *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, n° 13, pp.19-73, Caracas, 1999.

BORJAS, Arminio; *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo V, Quinta Edición. Librería Piñango. Caracas, 1979.

CHILLON MEDINA, José; MERINO Merchán, José; *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Editorial Civitas. Segunda Edición. Madrid, 1991.

DUQUE SÁNCHEZ, J.R.; *Procedimientos Especiales Contenciosos*. Manuales de Derecho. UCAB, Caracas, 1983.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; LEONARDI DE HERBON, Hebe M.; *El Arbitraje*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.

GABALDON, Frank; *Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial*. Editorial Librosca C. A., Caracas, 1999.

GOVEA U., Luis Guillermo; El Recurso de anulación contra los laudos arbitrales comerciales en Venezuela. En *Aspectos relevantes de la Nueva Ley de Arbitraje Comercial*. Federación de Colegio de Abogados de Venezuela. Serie Cuadernos Jurídicos, n° 04, pp. 83-96, Caracas, 1998.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo; *Código de Procedimiento Civil*. Tomo V. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Caracas, 1998.

_____ ; *El Arbitraje Comercial en Venezuela*. Cámara de Comercio de Caracas. Centro de Arbitraje. Caracas, 2000.

HOYO, Arturo; *El Debido Proceso*. Editorial Temis. S.A. Santa Fe de Bogota. Colombia. 1996.

MATTHIES, Félix Roland; *Arbitrariedad y Arbitraje*. Oscar Todtmann Editores, C. A., Caracas, 1996.

_____ ; Aspectos Relevantes de la Nueva Ley de Arbitraje Comercial. El Arbitraje Independiente. El Arbitraje Institucional vs. Arbitraje Ad Hoc. En *Aspectos relevantes de la Nueva Ley de Arbitraje comercial*. Federación del Colegio de Abogados de Venezuela, Caracas, 1998.

MEJÍAS ARNAL, Luis Aquiles; El Arbitraje: Visión Histórica y de Derecho Comparado. En *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal*. Editorial LIVROSCA C. A., n° 1, pp. 7-18, Enero-junio, 1999.

RENGEL RÖMBERG, Arístides; El Arbitraje en el Nuevo Código de Procedimiento Civil y en la Nueva Ley de Arbitraje Comercial. En *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, n° 13, pp. 17-57, Caracas, 1999.

SARMIENTO SOSA, CARLOS J.; *Ley de Arbitraje Comercial*. Editorial LIVROSCA C. A., Caracas, 1999.

TROCONIS, Iris G. de; *Introducción al Estudio del Arbitraje en Venezuela. Su aplicación en la propiedad intelectual*. Fundación de estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1999.

Legislación consultada

República Bolivariana de Venezuela. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial n° 36.860, de fecha 30 de Diciembre de 1999.

República de Venezuela. **Código de Procedimiento Civil**. Ley de Reforma Parcial, Gaceta Oficial n° 3.970, de fecha 13 de Marzo de 1987.

República de Venezuela. **Ley de Arbitraje Comercial**. Gaceta Oficial n° 36.430, de fecha 07 de Abril de 1998.

República de Venezuela. **Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales**. Gaceta Oficial n° 33.891, de fecha 22 de Enero de 1988.

Derecho, derechos y legislación

Irene Loreto González

SUMARIO

- I. Ideas preliminares**
- II. Consideraciones alrededor del concepto de derecho fundamental**
 - 1. Derechos fundamentales**
 - 2. Derechos humanos**
 - 3. La justicia como fundamento de todo derecho**
 - 4. La Ley**
- III. El lugar de la Ley en la concepción cristiana del hombre**
 - 1. La ordenación de todo lo creado a Dios**
 - 2. Dependencia de las leyes humanas de la ley eterna**
 - 3. La libre incorporación de los hombres a los planes de Dios**
- IV. Protecciones de Derecho Constitucional**
 - 1. Ámbito de protección del Derecho Constitucional**
 - 2. Teorías de los derechos fundamentales**
- Bibliografía**

I. IDEAS PRELIMINARES

Inquietudes sobre lo que es un derecho, como surge, quien lo avala y como lo protegen los órganos del Estado, conducen al estudio de los “Derechos Fundamentales”, su naturaleza y su inherencia a la persona con independencia a que “la Ley” los consagre o los ignore, de aquí el título “Derecho, derechos y legislación”.

Por ello, hicimos un breve recorrido filosófico en torno al hombre como ser creado por un ser superior y su dependencia de éste; con el objeto de precisar cómo el hombre –por encima de las autoridades políticas o judiciales– debe dar cuenta a su creador, y partiendo de este principio, desarrollar entonces su actividades personales y sociales en una organización político-cultural.

En este marco de los derechos del hombre, la Constitución y las leyes, vendrían a ser los conductos mediante los cuales se protegen esos derechos, y surge entonces la pregunta ¿deben todos los derechos estar contenidos en una Constitución?, ¿deben ser estos enunciados en la Constitución o deben estar desarrollados? Por ello hacemos alusión a las diversas escuelas sobre los derechos fundamentales, e igualmente a la Constitución de Los Estados Unidos como un ejemplo de Constitución que sin hacer un desarrollo de los derechos del hombre, se fundamenta en ellos para prever la organización política de la Nación.

II. CONSIDERACIONES ALREDEDOR DEL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

1. Derechos Fundamentales

Una clásica definición de derechos fundamentales es considerarlos como:

“Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negati-

*va (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presu-
puesto de su idoneidad para ser titular de situaciones ju-
rídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”¹.*

Del anterior texto, a nuestro entender, se desprenden dos ideas fundamentales. La primera es la asunción de una cualidad del hombre que manifiesta su dignidad, que genera un derecho; y la segunda es que éste derecho esté protegido por una norma legal. En el origen de ésta protección legal se centra buena parte del presente trabajo, tratando de concluir en la existencia de la supervivencia del derecho independientemente de que éste esté consagrado o no en una norma legal. Es por ello que comenzamos el desarrollo de la anterior idea con el estudio de los conceptos de los derechos humanos, Derecho, justicia y legislación.

2. Derechos humanos

“Son los derechos de la persona a vivir conforme a su naturaleza y en comunidad con otras personas. (...) Los derechos humanos son en consecuencia, derechos que proporcionan a las personas los instrumentos, los medios, las posibilidades y la capacidad de proteger sus derechos mediante los tribunales. Cuanto más poderosos son los tribunales, mas libremente deciden, cuanto más accesibles son los derechos humanos, serán mejor protegidos”².

“Los Derechos humanos no significan que un habitante de Burundi deba disponer de las mismas autopistas y universidades que un habitante de Francia. Pero ambos deben tener iguales posibilidades para desarrollarse, en sus propios países y de acuerdo con sus capacidades naturales, como lo hacen los demás. (...) El Estado no puede obligar a las personas a actuar de una manera determinada solo porque son diferentes al grupo dominante. El

¹ FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías. La Ley de más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, p. 37.

² FLEINER, Thomas; *Derechos humanos*. Editorial Temis, pp. 10 y 15, Santa Fe de Bogotá, 1999.

color de la piel, el sexo y las raíces culturales, afectivas y familiares forman parte de la identidad de las personas”³.

“La idea fundamental de la moderna comprensión de los derechos humanos consiste, en que el gobierno está precisamente obligado a respetar los derechos humanos. Estos limitan el poder del Estado y obligan al gobierno a respetar la dignidad humana aun cuando le repugne hacerlo. El respeto esta obligación –y esto constituye el contenido esencial de los derechos humanos– debe poder ser garantizado mediante jueces independientes. Estos deben tener la potestad, en caso de violación de los derechos humanos, de tomar las medidas necesarias aun contra el jefe de estado. Si comprendemos derechos humanos como derechos, su protección compete a los jueces. Pues el derecho tiene esta condición cuando un juez puede tanto fijar su contenido y límites⁴.

3. La Justicia como fundamento de todo derecho

Según Aristóteles la Justicia es el orden de la comunidad Política⁵, es decir una armonía de los hombres que se relacionan de un modo tal que alcanzan su perfección propia, y como resultado, la perfección del conjunto de la ciudad: los problemas se resuelven mediante la jurisprudencia, no con violencia. La justicia implica en la persona singular actuar justamente con los demás, y ser así virtuoso, y en la comunidad, la autoridad de la ley, es decir, el respeto al derecho, que rige las relaciones entre los hombres. Si no hay respeto a la ley es que los hombres no son justos, y por tanto, no se ayudan a tener cada uno lo suyo. Son las leyes bien establecidas las que deben tener la soberanía, pues el que defiende el gobierno de la ley, parece defender el gobierno de la inteligencia. Una Ley justa, bien establecida es quien debe mandar sobre los hombres, porque mediante ella se instaura la racionalidad⁶.

³ FLEINER, Thomas; *Ob. cit.*, p. 11.

⁴ FLEINER, Thomas; *Ob. cit.*, p. 14.

⁵ ARISTÓTELES; *Política*, 1253 a 37.

⁶ ARISTÓTELES; *Política*, 1253 a 37.

Importa mucho entender que la autoridad sobre los hombres no pertenece a quien de ellos tenga más fuerza o pretenda ser superior por nacimiento o por ambición, sino a la ley que rige a todos, que es expresión de una regla común, muchas veces experimentada, y de un modo racional de conducirse que todos pueden compartir, puesto que, según se ha visto, introduce el orden y la medida que implica la justicia, y ahuyenta el capricho, la arbitrariedad, el individualismo, la fuerza bruta, la violencia y el miedo como criterios de conducta. Si no hay justicia, las relaciones interpersonales verdaderamente humanas desaparecen, puesto que lo que manda es la fuerza, y al final, la violencia, la fuerza sin ley. Si hay justicia y el derecho se funda en el discernimiento de lo justo, puede comenzar el diálogo y aparecer la benevolencia, y en consecuencia, lo común. La primera forma de cultura es el derecho y su vigencia significa superar la barbarie: así se han civilizado los hombres.

Regir según la ley justa la conducta personal, las relaciones interpersonales y la vida social es el mejor de todos los regímenes cívicos y políticos. Podemos designarlo con el nombre de nomocracia, es decir dominio o autoridad de la ley. Ningún régimen político ni institucional es aceptable, ni siquiera la democracia, sin nomocracia, puesto que mediante ella cesa el arbitrio subjetivo y el interés injusto, y se instaura el diálogo racional y la autoridad política⁷.

Hay un hábito de interpretar la ley como un instrumento del poder legítimo para dominar a los hombres mediante la fuerza coactiva, de tal modo que lo que definiría la ley sería precisamente la capacidad de imponer coactivamente una disposición legalmente emanada de la autoridad. Desde este hábito resulta difícil evitar la tentación de identificar el derecho con legislación⁸. Esta visión del derecho, que lo confunde con la legislación positiva emanada legítimamente de los órganos del Estado, tiende a escindir la ley humana en dos mitades ajenas y separadas entre sí: la ley moral interna y privada y la ley positiva, social, externa, concreta y pública. La moral y el derecho son entonces dos esferas autónomas. La consecuencia de esta separación es recluir el problema de la justicia en el santuario de la

⁷ YEPES STORK, Ricardo; *Fundamentos de Antropología*. Ediciones Universidad de Navarra, p. 314, 1996.

⁸ CARPINTERO F.; *Una introducción a la ciencia jurídica*, citado por YEPES STORK, Ricardo; *Fundamentos de Antropología*, Ediciones Universidad de Navarra, p. 314, 1996.

intimidad de la conciencia, y reducir el derecho a una mera convención, es decir, un acuerdo de los hombres mediante el cual la autoridad legítima elegida por ellos obliga a los demás a respetar los pactos establecidos, los cuales, del mismo modo que hoy son de un modo, mañana pueden ser de otro: basta que cambie la voluntad de los que pactan. El problema de esta escisión entre la moral y el derecho, es decir, entre los principios de la ley humana y sus conclusiones, obliga a establecer como criterio de justicia la mera legalidad, y encomienda a la fuerza coactiva del estado el establecimiento del dominio de la ley sobre los hombres: la nomocracia depende en tales casos de la coacción con que se obliga legalmente a cumplir la ley. En último extremo este planteamiento otorga la primacía a la mera voluntad del que establece la ley o del que manda. Pero la voluntad sola, sin racionalidad, es mera fuerza, puesto que la regla y la ley proceden de la razón.

El argumento más rotundo y definitivo para invalidar esta visión del Derecho (cosa bien distinta es lograr inspirar en otros principios la actuación fáctica del estado y de ciertas instituciones), aún hoy vigente en la teoría y la práctica de muchos, dice que es preferible que los hombres pongan sobre sí la autoridad común de la razón compartida por todos, antes que la voluntad de un solo individuo, con la fuerza y el poder que pueda acumular a su servicio. La autoridad despótica sólo es adecuada para gobernar seres inertes. Para gobernar seres racionales, hay que hacerlo desde la razón. La ley es el criterio común de la autoridad política, la única digna de reinar sobre los hombres, una autoridad interiorizada, dialogada y libre.

Lo que aquí se quiere destacar es que la separación de la moral y del derecho es perjudicial para ambos: es una forma más de dualismo. La moral pasa a ser un código extraño a la vida social, en cuyo auxilio viene como invitada inoportuna y molesta. El derecho, la política y la vida social dejan entonces de buscar la justicia intrínseca a cada situación y problema y sustituyen los principios de la ley humana por otros tomados de la legislación vigente, o de la moda cultural, o de la opinión de un grupo representativo, como si éstos fueran justos de por sí, por el mero hecho de ser emitidos libremente. Irremediablemente sucede entonces que se dirimen los conflictos con criterios de mayoría o de legalidad, cuando ninguno de ambos son necesariamente racionales y justos, sino más bien numéricos o coactivos: aparecen entonces formas solapadas de autoridad despótica como medida

de las relaciones humanas, pues se impone el grupo de presión que más fuerza tiene.

La solución a este arduo problema: la legislación está al servicio de la justicia, que es algo propio de la razón y la conducta de cada persona singular, pues requiere una aplicación de los principios de la ley humana y de la codificación de la justicia ya otorgada a cada caso particular. Esto se traduce en el análisis de lo que es justo en cada caso, diálogo, argumentación racional a partir de premisas y convicciones comunes, y un largo etcétera que dibuja el perfil de la acción prudente, respetuosa del sentido de las cosas. En suma, una institución verdaderamente justa debe tener rasgos comunitarios, los cuales establecen un tipo de relaciones humanas en las que tiene primacía lo verdaderamente común: la razón. Esto es la nomocracia.

4. La Ley

La ley es amiga de los hombres porque los protege de la violencia y hace nacer la seguridad de usos y costumbres compartidos y estables. En este punto conviene evitar un falso romanticismo intimista, y la ausencia consiguiente de mentalidad jurídica, tan corrientes en un mundo que ha perdido el aprecio por la ley al confundirla con el estado legislados. El planteamiento intimista de la libertad no admite otra ley que la que cada uno se da a sí mismo (subjetivismo) y ve la organización de la vida social, las instituciones, las relaciones interpersonales, la educación y en último extremo la cultura misma, como un ámbito extraño que se nos quiere imponer.

La falta de aprecio de la ley impide ver la vida social como lo que debería ser (el escenario de la plenitud humana) y se conforma resignadamente con verlo como lo que parece ser realmente (el escenario del imperio de las voluntades particulares). La desconfianza hacia la política procede de la contemplación de una sociedad en que la belleza de la nomocracia y del imperio de la autoridad política ha sido sustituido por la lucha legal o ilegal, entre fuerzas con mucho superiores al individuo. Todo esto nos hace volver los ojos a una necesidad básica del hombre: la de saber a qué atenerse, y prever lo que sucederá, de modo que la conducta pueda tomar en cada momento las decisiones oportunas: La reserva, si cabe hablar así, que el hombre tiene para su relativa carencia de instintos, es el saber, y en este

caso, el saber práctico. *“El saber práctico, la ética vivida y sabida, dan solidez y seguridad a mi comportamiento cotidiano y con ello a mi vida; es decir me ayudan a decidir”*. La ética es el arte de saber comportarse frente a las circunstancias cambiantes de la vida, es decir el arte de vivir. La necesidad de seguridad y de previsión es la consecuencia de la finitud y la debilidad humana, frente al mal y a la violencia que le amenazan. El hombre necesita seguridades y certezas desde las que vivir y actuar, aunque no sean definitivas, pues nunca suelen serlo.

La estabilidad y seguridad de la vida humana significan, no sólo saber a qué atenerse y tener pequeñas certezas o grandes convicciones, sino también la posesión y uso pacíficos y estables de los propios derechos: poseer un territorio, habitar un paraje, tener una casa y sus instrumentos, vivir en paz, disponer libremente de los recursos necesarios para la vida y el bienestar, y alcanzar, conservar y aumentar los bienes que integran la vida buena, fin de la vida social.

Los recursos con los que el hombre puede defenderse de los peligros que amenazan esta seguridad son dos: la fuerza y la razón. Cuando ambas se unen, los resultados son infinitamente mayores que cuando ambas actúan separada y descoordinadamente. La razón proporciona el saber necesario para conducirse, encauzar adecuadamente la fuerza imperiosa de la vida y de los sentimientos propios y ajenos (P.ej. el odio, la envidia, la ira, etc.), comunicarse con los demás y preservar la vida social, la autoridad política y la nomocracia. *“La fuerza y la razón unidas producen en el hombre y la sociedad la virtud, que es fuerza benefactora, poder creador y conservador de bienes; ésta referida a los demás, es justicia, respeto al Derecho”* ¹⁰.

La principal fuerza preservadora de la seguridad de la vida humana es por tanto la ley, entendida como aquí se ha hecho *“en las leyes está la salvación de la ciudad”* ¹¹. Visto así, el derecho es entonces una fuerza ancestral, implantada en las instituciones y comunidades mediante la costumbre de respetarlo: se convierte en un importante y decisivo elemento de

⁹ ALVIRA, R.; *Reivindicación de la voluntad*, citado por YEPES STORK, Ricardo; *Fundamentos de Antropología*, Ediciones Universidad de Navarra, p. 314, 1996.

¹⁰ ARISTÓTELES, *Rethorica* 360 a 19.

¹¹ ARISTÓTELES, *Ob. cit.*, 360 a 19.

tradición recibida. La nomocracia en definitiva, preserva los bienes de la sociedad.

Una forma de injusticia que introduce el desequilibrio, y pervierte la nomocracia, consiste en afirmar que no todos los hombres son iguales, sino que existe una desigualdad nativa entre ellos. Esto se puede afirmar teórica y prácticamente, dando origen al racismo, a la esclavitud y a formas despóticas de servidumbre basadas en el falso supuesto de que unos hombres son naturalmente superiores a otros. Frente a esto hay que decir que todos los hombres somos iguales; hay una sola raza, la raza de las personas humanas, todas igualmente respetables. El reconocimiento jurídico y el desarrollo concreto de este principio ha dado origen a las declaraciones de derechos humanos que deben ser tomados como principios de todo derecho, legislación y vida política.

La falsa creencia de que unos pueblos son por nacimiento o por merecimiento inferiores a otros ha sido, y es aún, camino permanentemente abierto a lo largo de la historia para pasar de la justa defensa del propio territorio y posesiones, injustamente invadidos por otros, a la invasión y sometimiento del vecino como medio de afirmar la propia superioridad. La justificación y el empleo de la fuerza coactiva, con ley o sin ella, para someter a los demás a mi voluntad es una constante histórica, tanto en la teoría como en la práctica. Esta tendencia agresiva, que ha generado y genera guerras constantes, es “un dialogo mal llevado”, es decir una sustitución de la razón por la fuerza. Hoy, el dialogo mal llevado tienen lugar en los territorios y ciudades donde la pluralidad étnica permanece como obstáculo para la armonía social.

La erradicación de esa tendencia es una tela que constantemente hay que volver a tejer, para que el poder de la injusticia no haga retroceder al de la justicia. Una sociedad es tanto mas segura cuanto mas tejido social tenga regido por la nomocracia. Por otra parte, la afirmación práctica de la propia superioridad natural respecto de los demás se transforma casi siempre en discriminación y en la vigencia de la ley del mas fuerte, sustentada por la voluntad de poder.

La seguridad se transforma en paz cuando se le añade la armonía del hombre con el medio, con los demás hombres y consigo mismo: la paz exterior significa ausencia de conflictos y concordia, un acto propio del

amor que tiene como requisito previo la armonía del alma, el sosegado y tranquilo fluir de las tendencias humanas en autoridad política unas con otras "la paz interior". A la concordia que nace de ella se le añade entonces la resolución de los problemas exteriores mediante el trabajo y la técnica, y sobre todo, la mediación de la justicia, la autoridad política, la tolerancia y el respeto, a todos los cuales se pueden sumar los restantes actos del amor, en la medida en que la amistad consiga acompañar el imperio de la justicia y de la nomocracia sobre personas e instituciones. *El estudio pormenorizado de los actos que preservan la justicia y la paz entre los hombres, y por tanto, la seguridad, pertenece a la ética*¹².

III. EL LUGAR DE LA LEY EN LA CONCEPCIÓN CRISTIANA DEL HOMBRE

1. La ordenación de todo lo creado a Dios

*Dios causa la totalidad de las criaturas y las atrae hacia sí: por eso, todas están como en tensión entre los dos polos de su origen y de su destino divinos*¹³. Sólo desde Dios, como creador y fin último del Universo, alcanzamos a penetrar en su intimidad el orden de las cosas, ya que existen solamente porque Dios las ha creado y porque las ha creado para sí. "En su perfecta sabiduría, Dios ha ordenado cada criatura, en la unidad de su ser y la inmutabilidad sustancial de su naturaleza, para que recorra el propio camino de retorno a El, y la guía y la mueve atrayéndola hacia Sí. Esta ordenación a Dios de las criaturas implica un orden interno en la creación: cada criatura es para su propio acto y perfección, las menos nobles para las más nobles, cada una para el bien de todo el universo, y todo el Universo para Dios, en cuanto imitándolo, representa su divina bondad y manifiesta su gloria, y así se explica por qué los entes del Universo parecen como penetrados por una especie de afinidad universal, que se manifiesta en la atracción o simpatía universal de unos hacia otros, en cuanto los inferiores aspiran y tienden hacia los superiores para alcanzar una participación de sus perfecciones, afinidad ontológica que hace del mundo un todo en sí ordenado, o cosmos. Esto esclarece, al mismo tiempo, que el ser

¹² YEPES STORK, Ricardo; *Ob. cit.*, p. 320.

¹³ BURKHART, Ernst; *La Grandeza del Orden Divino*. Universidad de Navarra, Pamplona, p. 23, 1977.

de las criaturas está indisolublemente unido al orden impreso por Dios en el Universo: en la medida en que una cosa es, posee una ordenación al fin; las criaturas al recibir el ser, reciben simultáneamente su ordenación al último fin, y la capacidad de dirigirse a él. Y así el orden de las cosas que es un bien, es creado por Dios y entregado a la criatura con el ser: la relación al creador, fundamento de la bondad creatural, es poseída por la criatura –de algún modo en su totalidad– por la misma acción creadora. De ahí que la ordenación de las criaturas se encuentra antes en Dios, que en ellas mismas; es el plan de la divina sabiduría imperado por su voluntad, para conducir todas las cosas hacia su fin, que es El mismo. El orden de las criaturas es por ende, una participación en la misma *ratio* divina y de ella descende: es la misma sabiduría divina la que mueve y dirige hacia su fin a todas las criaturas –según su propia naturaleza– como norma suprema de toda actividad.

*El orden natural que las creaturas guardan a Dios y entre sí, se instaure en el mundo porque El lo gobierna (...) el gobierno divino sigue un plan, se desarrolla según una ley eterna que no difiere realmente de Dios mismo (...) y le corresponde por tanto, la ordenación efectiva de las criaturas, le elección y realización de una de las infinitas alternativas de su omnipotencia creadora. Pero además le es propia la ejecución de ese orden concreto que proyecta sobre la creación: Dios por su providencia gobierna a las criaturas*¹⁴. En su aspecto primero de expresión de la ley eterna en el universo creado, pertenece inmediatamente a Dios; en el segundo –en cuanto gobierna a las criaturas– la providencia actúa ordinariamente de un modo mediato: Dios suele gobernar una criaturas a través de otras. Y esto no por defecto de su poder, sino por abundancia de su bondad: para comunicar también la dignidad de su causalidad a las criaturas, ya que precisamente ser causa de bondad para otras criaturas implica una mayor perfección, por ser participación de una más alta semejanza de Dios, que es causa de toda bondad.

2. Dependencia de las leyes humanas de la Ley eterna

La ley eterna es el fundamento de toda ordenación de las criaturas, y lo es de un modo radical, porque no existe ningún orden que no lo sea por

¹⁴ COLOM COSTA, Enrique; *Dios y el Obrar Humano*. Universidad de Navarra, Pamplona, p. 48, 1976.

participación deficiente de la ordenación divina, y por lo tanto como actualmente contenido y sostenido por la ley eterna: todo gobierno de las criaturas procede y depende del gobierno de Dios. En cualquier conjunto de seres que se mueven ordenadamente, cada uno depende del superior y dirige a los que le están sujetos conforme a las indicaciones recibidas. Resulta evidente, por tanto, que todo gobierno de las criaturas debe derivarse del plan de gobierno en Dios, gobernador supremo del universo, o sea, de la ley eterna, que es la divina *ratio gubernationis*. Así cualquier norma del derecho positivo en tanto es fuente de orden y tiene razón de ley, en cuanto se deriva realmente de la ley eterna. La capacidad de gobernar, de dirigirse y de dirigir a otros, que corresponde al hombre, se inserta pues, sin dejar de ser libre, necesariamente en el plan divino: el poder del hombre de proveerse a sí mismo y a otras criaturas racionales de participación activa en la providencia divina, posibilidad de legislar libremente, sin por eso escapar jamás al orden eterno de la ley de Dios.(...) La fuerza de la ley humana deriva totalmente de Dios, de su participación en el orden divino. Cuanto más un gobernante se esfuerza por adherirse a esa divina ordenación, mayor vigor cobran sus leyes, como más ricamente partícipes de la energía del orden divino, de la luminosidad de su sabiduría. Por eso cuanto más crecen las pretensiones de absoluta autonomía de un legislador humano, más sus leyes decaen de vigor, de fuerza real de ordenar. Cuando cae en olvido la dependencia imperturbable que tienen de la ley de Dios los intentos ordenadores del derecho humano, y más cuando se niega abiertamente esta dependencia, excluyendo la providencia divina acerca del hombre y afirmando que todo ocurre fortuitamente, a no ser que sea ordenado por la providencia y el consejo humano, entonces el resultado es siempre violencia e injusticia. Y no se puede esperar otra cosa, porque si se quita la providencia divina, no queda entre los hombres ya nada que reverencie a Dios y de temor con verdad; y cuanta inclinación a los vicios se sigue de ahí, lo ve cualquiera con toda claridad, no hay nada que aparte tanto a los hombres del mal como el amor y el temor de Dios. Es una experiencia tan antigua como la misma sociedad que las leyes humanas cuanto más han intentado valer por sí mismas —como si el legislador humano fuese la causa primera, a nadie sometido— más siempre han tenido que recurrir a la coacción y más han tenido razón de violencia que de ley, eran y son, como Santo Tomás los califica, *lex iniqua, perversitas legis, legis corruptio*¹⁵. Para que el derecho humano no sea una caricatura de ley, opresión de la verdadera liber-

¹⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO; *Summa Theologica*. I-II, q. 93.

tad del hombre, es preciso que sea penetrado y sustentado por el orden divino que los gobernantes tratan de descubrir y de realizar, porque sólo en las medidas en que las leyes humanas corresponden a la recta razón —que regula atendiendo al bien común— se hace patente su derivación de la ley eterna. Hay una doble regla de la voluntad humana, una doble medida también para el poder de la autoridad: “una —próxima y homogénea— es la misma razón del hombre; otra en cambio —la regla primera— es la ley eterna, que es en cierta manera la razón de Dios. Si la ley humana concuerda con esta doble regla —que en realidad se hace una, ya que la razón humana es verdadera regla sólo por su conformidad con la sabiduría y voluntad divinas— participa de alguna manera de la ley eterna. Y es entonces —solamente entonces— cuando se entiende que la voluntad de un príncipe tenga vigor de ley, porque de otro modo sería mas iniquidad que ley ¹⁶. Esta concordancia de las leyes humanas con la ley eternal se consigue pues a través del ejercicio de la prudencia, que está dispuesta a cooperar libremente con la providencia divina. Es cierto que de alguna manera, también los príncipes malos son ministros de Dios, para imponer, según su divina ordenación, las penas, pero se trata entonces ya no de una colaboración activa en el gobierno divino, sino de una —si se permite hablar así— instrumentalización de los malos gobernantes para el bien que Dios siempre saca de las deficiencias de sus criaturas. El auténtico gobierno humano, sin embargo, no se desvincula del orden divino, no se independiza para perder su dignidad, sino se deja regir por la ley eterna, anticipada como ley natural y como ley de la gracia por los hombres. *Al perseguir su fin inmediato se deja informar por su regla superior: la ley divina, la ley natura. Así, relejendo a san Isidoro, Santo Tomás define los presupuestos para que una disposición de la autoridad tenga verdadero carácter de ley: en cuanto guarda proporción debida a la ley divina, en cuanto guarda debida proporción a la ley natural, en cuanto guarda la debida proporción al bien común* ¹⁷.

3. La libre incorporación de los hombres a los planes de Dios

La concepción cristiana del hombre tiene como característica esencial la continua dependencia de Dios. La Sagrada escritura dibuja en base

¹⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO; *Ob. cit.*, I-II q. 71.

¹⁷ COLOM COSTA, Enrique; *Dios y el Obrar Humano*. Universidad de Navarra, Pamplona, p. 177, 1976.

a tal dependencia, los rasgos esenciales de la persona. La libertad humana es entendida en una visión nueva, precisamente por la profundidad y claridad con que se desentraña su dependencia del Dios vivo que le ha abierto gratuitamente su intimidad. La libertad del hombre adquiere su sentido en función de esa dependencia de Dios, en su ser y en su obrar: cuando conforme a los dones que ha recibido –su naturaleza humana y la gracia que la redime–, sigue el hombre los planes de Dios, la libertad le confiere una grandeza inigualable; en otro caso, le hace merecedor de los más duros calificativos. La Sagrada Escritura adjetiva duramente a los impíos e incrédulos, que no usan de su libertad para obedecer a Dios, porque en verdad no cabe pensar cuerdamente que valga nada por sí solo, de modo que si alguno se imagina ser algo, entonces es nada y se engaña a sí mismo, con la fórmula más fuerte y más ilusionante: si yo no tengo caridad no soy nada (...) la libertad humana no es por tanto un absoluto: ninguno de los bienes que el hombre posee –su inteligencia, su naturaleza espiritual, su libre voluntad– lo es, ya que él depende de Dios. Frente al creador –para quien no pierda el sentido de la trascendencia de Dios– el hombre es una criatura, imagen de Dios, hijo de Dios, capaz de participar en la tierra de la vida divina. Esta dependencia de origen, de destino, de vida, es precisamente la que aclara y pone en su sitio el dinamismo humano. La libertad, por tanto, no margina al hombre del plan de gobierno divino, sino que le permite participarlo con responsabilidad, gozándose en cumplirlo. Precisamente es esto lo que hace patente que la libertad es un don de Dios: una libertad sin norma, sin destino, negaría al Dios del Amos. Lo ha sostenido siempre toda la teología del Dios vivo, que no ha tratado de Dios como objeto, sino como aquel a quien se ama. Se formula así en su dimensión positiva –a contrario– lo que hay de cierto en el carácter angustioso de la libertad del hombre en un mundo sin Dios: o mejor, en la angustia del hombre que se piensa –porque no deja de existir como criatura, que se conserva por la acción de Dios– como siendo sin Dios, y usa de su libertad como si Dios no existiera. La grandeza de la persona humana no reside en perder su estructura de ser criatura, absolutamente dependiente de Dios y medida por los proyectos divinos hasta el último detalle, es decir, plena y necesariamente sometida a la ley eterna. Por eso, la ley eterna –ese plan de desarrollo hacia la plenitud que es camino, verdad y vida– lejos de ser límite o negación de libertad, es lo que la hace divina, don de Dios. *Lo esencial de la libertad como regalo de Dios a la criatura racional es la aptitud para conocer sus planes y autodeterminarse activamente a seguirlos: la energía interior, el dominio positivo con que el hombre es capaz de incorporarse al plan de*

*la divina sabiduría*¹⁸. La libre acción del hombre se revela en esta perspectiva cristiana como el esfuerzo por incorporarse activamente a los planes de Dios: sus proyectos amorosos sobre nosotros, se superan y colman todos los nobles deseos humanos, porque “*los pensamientos de Dios están por encima de nuestros pensamientos*” (IS 55,8; Rom 11,33.) De ahí que cuando el cristiano no se ciega a esta realidad, sino que se mantiene seguro del amor divino, busque la sumisión a sus planes: no vislumbra otra posible concepción de su libertad. Sabe que toda su peculiar dignidad, que le enlaza entre las demás criaturas, está ligada al lugar que ocupa en sus designios divinos y el modo en que libremente responde a ellos: *por eso la escritura presenta al hombre, criatura absolutamente dependiente de Dios, figura de un afanado buscador de sus designios*¹⁹.

IV. PROTECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Ámbito de Protección del Derecho Constitucional

La cuestión de derechos fundamentales en casos límites es siempre muy discutible y lo seguirá siendo. Los casos límites no son, sin embargo, una razón para dudar de los derechos humanos como tales. Muchos conflictos fundamentales entre Estado y ciudadanos pueden ser resueltos, hoy en día, gracias a la institución de la jurisdicción constitucional. El desarrollo de la jurisdicción constitucional después de la segunda guerra mundial demuestra que los Estados están cada vez más convencidos de que no es posible proteger los derechos humanos eficazmente, sobre todo los de las minorías, sin una protección constitucional. *Esta es una de las razones por la que los tribunales internacionales de derechos humanos obtienen cada vez más competencias para proteger a las minorías que no son debidamente protegidas a las mayorías por las instituciones establecidas en sus Estados*²⁰.

¹⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Super Epistulam S. Pauli in Rom.* Marietti, Turín, pp. 38-39, 1953, citado por GARCÍA DE HARO, Ramón; *La Conciencia Moral*. Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1978.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ FLEINER, Thomas; *Derechos humanos*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia, p. 85, 1999.

Sólo los jueces independientes dotados con las necesarias facultades pueden garantizar que los parlamentarios, gobernantes y los funcionarios de la administración no abusen de sus poderes. Los derechos humanos sólo son protegidos por un Estado que es regido no por los individuos sino por el Derecho.

Las disposiciones sobre derechos fundamentales son, conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas, de un único sentido material²¹.

Resulta difícil hablar de la protección de los derechos humanos por las normas constitucionales sin caer en la simplificación que trae consigo un procedimiento tipificador. Sin embargo, a modo de ilustración global sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales, existen unas teorías principales de los derechos Fundamentales desde las que se determina hoy, de forma alternativa o combinada, la interpretación de los derechos fundamentales: la teoría liberal o del Estado de derecho burgués de los derechos fundamentales, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales y la teoría del estado social.

La teoría liberal se fundamenta en la idea de que los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado y tienen su punto de partida en el principio de distribución, presentándose como emanación y concretización de dicho principio de distribución. Los derechos fundamentales son normas de distribución de competencias entre individuo y Estado.

La teoría institucional de los derechos fundamentales considera que los derechos fundamentales no tienen el carácter de derechos de defensa del individuo con respecto del Estado para el aseguramiento de un ámbito de libertad individual y social en el que los individuos, desde el punto de vista jurídico pueden actuar a su arbitrio, sino el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos. Esta concepción de derechos fundamentales no vale sólo para las garantías

²¹ BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Valleverde, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

institucionales expresamente mencionadas (enseñanza de religión), sino para los derechos fundamentales en general y también en especial para los derechos de libertad. Esto sólo es posible desde una concepción que declara a la libertad jurídica misma como un instituto, como un dato objetivo que se realiza y se despliega sólo en la configuración jurídica pormenorizada. Aquí la libertad liberal, jurídicamente indefinida, ya no aparece como contenido de los derechos fundamentales. En su lugar se sitúa una libertad objetivada, ya ordenada y configurada normativa e institucionalmente. Con ello las garantías de derechos fundamentales reciben un sentido y contenido básicamente distinto al de la teoría liberal de los derechos fundamentales.

La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su punto de partida, en la teoría de la integración de RUDOLF SMEND. Su contenido puede caracterizarse en que así como el Estado en su ser social se presenta como permanente proceso de integración de una comunidad de valores, de culturas y de vivencias, así también los derechos fundamentales se presentan como factores constitutivos determinantes de este proceso, son elementos y medio de creación del Estado. Fijan valores fundamentales de la comunidad, norman un sistema de valores o de bienes, un sistema cultural a través del cual los individuos alcanzan un status material, se integran objetivamente como un pueblo y en un pueblo de ideosincracia nacional.

De allí que los derechos fundamentales tengan primariamente, del mismo modo que en la teoría institucional, el carácter de normas objetivos, no de pretensiones subjetivas.

La teoría democrático funcional parte de la concepción de los derechos fundamentales desde su función pública y política. En lugar preferente se encuentran los derechos fundamentales con referencias democráticas como la libertad de prensa y la libertad de reunión y asociación, pero el planteamiento teórico va más allá de en su alcance. Los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política. La garantía del ámbito de libertad de los derechos fundamentales tiene lugar para proteger y facilitar estos procesos. Los derechos fundamentales no se le reconocen al ciudadano para que disponga libremente de ellos, sino en su calidad de miembro de la comunidad, y con ello también en interés público.

La teoría de los derechos fundamentales del Estado social tiene su punto de partida en las consecuencias derivadas de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la organización de la libertad del Estado de derecho burgués edificado sobre ella; por otro lado, la sustitución, provocada por el desarrollo social general, del espacio vital dominado de autarquía individual por el espacio vital social de relaciones y prestaciones sociales efectivas. La teoría de los derechos fundamentales del Estado social no está fijada respecto de la comprensión de los derechos fundamentales de la libertad, de manera que pueda anudarse tanto a la teoría liberal de los derechos fundamentales, como también, a la teoría institucional o axiológica de los derechos fundamentales, y desarrollar o transformar estas en consonancia con el estado social.

2. Diferentes posiciones en cuanto a la protección de Derecho Constitucional. Los Estados Unidos de Norteamérica

En Estados Unidos de Norteamérica, se habla de gobierno en lugar de Estado. Por gobierno se comprende todo órgano estatal superior, por ejemplo, el parlamento, el presidente y los jueces, pero no el estado como colectividad global. El *government*, es decir los órganos del gobierno, no tiene como tarea el cambio de la sociedad. Debe más bien equilibrar las diferentes fuerzas sociales en conflicto y servir de intermediario. El legislador lo hace dictando nuevas leyes; el presidente, mediante actos de gobierno, y la justicia, como tercer poder, mediante sentencias neutras. En los países del *common law*, a los cuales pertenece Estados Unidos, el estado no ha sido nunca comprendido como un instrumento que debe ser utilizado para cambiar la sociedad. Por esto para los norteamericanos resulta desconocida la división del derecho en dos ramas: una correspondiente a las personas privadas y otra al estado. Los derechos humanos, antes como ahora, se encuentran protegidos por los tribunales tradicionales que pueden decidir en las causas contra el parlamento o el ejecutivo, como lo hacen con relación con los simples particulares.

Por estas circunstancias, la concepción de los derechos humanos en Los Estados Unidos de Norteamérica es bastante diferente. Ni el Estado ni el constituyente han dado a las personas los derechos humanos. De acuerdo con su concepción, estos derechos están por encima de la Constitución. Se trata de derechos naturales irrenunciables otorgados por Dios.

Así, la concepción sobre los derechos son sustancialmente diferentes en uno y otro lado del Atlántico, y tanto los derechos humanos como el sistema judicial se han desarrollado de modo particularmente distinto.

En Los Estados Unidos de Norteamérica, los derechos humanos son, en la práctica, sólo administrados y protegidos por los tribunales. Dichos derechos existen independientemente de la ley y también de la Constitución. Constituyen una parte del *Rule of law*. Los tribunales y los jueces deben preocuparse de que los hombres no sean dominados por otros hombres, sino que deben ser regidos por el derecho. Los derechos humanos, como sucede de acuerdo con la concepción europea, no pueden ser garantizados, y a veces, suprimidos mediante la Constitución. Ellos no constituyen objeto del juego político, están íntimamente vinculados a la idea de la justicia, la misma que está confiada al tercer poder el judicial.

De acuerdo con la concepción europea, los derechos de los ciudadanos son creados por la Constitución y las leyes para determinar si sus demandas son correctas. La ley debe garantizar la protección judicial a quien es titular de un derecho. Los jueces y los tribunales están al servicio de los derechos consagrados en las Constitución y las leyes.

En Los Estados Unidos de Norteamérica, las personas tienen derechos irrenunciables que el legislador no puede ni otorgar ni suprimir. Todo lo que pertenece a las personas por naturales, dijo James Madison, el constituyente más importante de los Los Estados Unidos de Norteamérica, es un bien irrenunciable y debe ser protegido como la propiedad de todos los bienes. Lo que el hombre piensa, dice y escribe, su religión, profesión, sus representaciones de valor preferidas, la libertad de su persona, todo es de su propiedad. Si es lesionado, él o los interesados pueden recurrir al juez y exigir la totalidad de sus bienes en forma de valores espirituales, psicológicos y materiales. El juez, por su parte, no se percibe como un servidor de la mayoría política que ha dictado las leyes del país. Si no más bien como servidor de la justicia, es decir de la *Rule of law*. Debe resolver el conflicto entre dos partes que reclaman sus derechos (P.Ej. policía y ciudadanos) mediante decisiones razonables. En el caso concreto, la parte que gana el proceso es la que tiene derecho. Para que su decisión sea conforme a derecho, el juez debe cuidar que las dos partes tengan la posibilidad de ganar el proceso. Debe –y este es él más significativo de los derechos humanos– tratar con equidad a las partes.

Si se compara la discusión jurídica con el juego del ajedrez, se puede considerar a los derechos humanos, en el sistema norteamericano, como una reina suplementaria, un comodín con el que se puede manejar la posición de la parte que invoca los derechos humanos. Quien, ante un juez, puede reclamar con fundamento en sus derechos humanos, podrá mejor sensiblemente por largo tiempo su posición social.

En Europa, los derechos humanos y los jueces están al servicio de la mayoría. En los Estados Unidos de Norteamérica, los jueces pueden, apoyándose en los derechos humanos, proteger a las minorías frente a la mayoría. Así lo han hecho sobretodo, en las décadas del 70 y del 80 del presente siglo. Las decisiones de la Corte Suprema de los últimos años comportan un cambio fundamental de la orientación de la jurisprudencia. Debido a esto, muchos observadores tienen duda sobre si los jueces están dispuestos a usar su poder para proteger las minorías étnicas frente al cada vez más grande poder de la mayoría. Puesto que esta mayoría (*American Mainstream*) ha descubierto nuevamente la libertad económica y de contratar. *Con este cambio ingenuo, los jueces serán nuevamente condicionados a decidir, para hacer efectivo el principio de la promoción basándose en la eficacia personal, sobre los intereses del bienestar mayor de la gente (sin considerar el color, la raza, la cultura) teniendo en cuenta el principio de eficacia y no la pertenencia a una comunidad étnica determinada* ²².

Bibliografía

AFTALION, E. R.; *Crítica del saber de los juristas*. La Plata, 1951.

ARISTÓTELES; *Rethorica*. Planeta, 1977.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Valleverde, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

²² FLEINER, Thomas; *Ob. cit.*, p. 149.

- BURKHART, Ernst; *La Grandeza del Orden Divino*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.
- COLOM COSTA, Enrique; *Dios y el Obrar Humano*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías. La Ley de más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta.
- FLEINER, Thomas; *Derechos humanos*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- GARCÍA DE HARO, Ramón; *La Conciencia Moral*. Ediciones Rialp S.A., Madrid, 1978.
- GOLDSCHMIDT, W.; *Introducción al Derecho*. Madrid-Buenos Aires-México, 1960.
- N. BOBIO; *Teoría della scienza giuridica*. Turín, 1958.
- PRIETO SANCHIS, Luis; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Debate, Madrid, 1990.
- RECASENS, L.; *Filosofía del Derecho*. 2ed. Barcelona, 1961.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A.; Los principios generales del Derecho. *Boletín del Real e ilustre colegio de Abogados de Zaragoza*, 9. 1 de abril de 1963, 1-14.
- TOMÁS DE AQUINO, Santo; *Summa theologica*. Biblioteca de autores cristianos, Madrid, MCMLX.
- YEPES STORK, Ricardo; *Fundamentos de Antropología*. Ediciones Universidad de Navarra, 1996.

Las cuestiones previas. Visión jurisprudencial

Álvaro Badell Madrid

SUMARIO

Introducción

Generalidades

I. LAS CUESTIONES PREVIAS DEL ORDINAL 1º

1. Falta de jurisdicción

1.1. Falta de jurisdicción frente a la administración pública

1.2. Falta de jurisdicción frente al juez extranjero

1.3. Falta de jurisdicción frente al arbitraje

1.4. Trámite

2. Falta de competencia

2.1. Oportunidad

3. Litispendencia

3.1. Oportunidad

4. Acumulación a otro proceso por razones de accesoriadad

4.1. Accesoriadad

4.2. Acumulación a otro proceso por razones de conexión

4.3. Acumulación a otro proceso por razones de continencia

5. Efectos

II. LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES –ORDINALES

2º a 6º–

1. Ilegitimidad del actor –Ord. 2º–

2. Ilegitimidad del apoderado –Ord. 3º–

3. Ilegitimidad del citado en nombre del demandado –Ord. 4º–

4. Falta de caución o fianza –Ord. 5º–

5. El defecto de forma propiamente dicho –Ord. 6º–

5.1. Inepta acumulación –Ord. 6º–

6. Trámite

6.1. subsanación voluntaria

6.2. Contradice o no hace nada

7. Oportunidad para contestar

7.1. Subsanación Voluntaria, que a su vez tiene dos supuestos

7.2. Subsanación ordenada por el tribunal

8. Recursos

9. Costas

III. LAS CUESTIONES PREVIAS NO SUBSANABLES

–ORDINALES 7º a 11º–

1. Condición o plazo pendiente –Ord. 7º–

2. Prejudicialidad –Ord. 8º–

3. Cosa juzgada –Ord. 9º–

4. Caducidad de la acción prevista por la ley –Ord. 10º–

5. Prohibición legal de admitir la acción propuesta –Ord. 11º–

6. Trámite

7. Decisión / Efectos

8. Recursos

9. Costas Procesales

10. Oportunidad para el acto de contestación de la demanda

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en el estudio de la institución procesal de las cuestiones previas bajo una óptica jurisprudencial al considerar que sobre este tema se han escrito con una visión más bien doctrinaria e incluso apoyados en la experiencia y tradición legislativa de las cuestiones previas en otros sistemas de derecho.

Hemos considerado importante aportar estas notas, al trabajo jurídico que en homenaje al **Maestro Arístides Rengel-Römberg** se publica bajo la excelente coordinación de la Revista **DERECHO Y SOCIEDAD** que edita la Universidad Monteávila. Ello, en reconocimiento a su dilatada y proficua labor académica dedicada, fundamentalmente, al estudio enjundioso de la ciencia del Derecho Procesal. Llegue al homenajeado mi respeto y agradecimiento por las enseñanzas generosamente impartidas a través de su obra, a quienes como yo, hemos encontrado en el mundo del litigio y en la divulgación del Derecho Procesal la realización de nuestra vida profesional.

Se aborda en definitiva, el tema de las cuestiones previas bajo la experiencia pragmática de esta institución a 18 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil y lo hemos nutrido del criterio jurisprudencial que ha ido resolviendo las dudas derivadas de la incorporación de cambios profundos como los que quedaron plasmados en diversas instituciones reguladas a partir del Código de Procedimiento Civil de 1986, entre éstas, quizás las cuestiones previas son las que más han sido objeto de tratamiento jurisprudencial en estos años.

Dividimos el estudio y revisión de la jurisprudencia de esta materia, sistematizándolo de la siguiente manera: I.- LAS CUESTIONES PREVIAS DEL ORDINAL I, II.- LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES -ORDINALES 2 AL 6-, y III.- LAS CUESTIONES PREVIAS NO SUBSANABLES -ORDINALES 7 AL 11-.

GENERALIDADES

Podemos definir las cuestiones previas como el acto procesal del demandado, de naturaleza eminentemente potestativo, destinado a la depu-

ración del proceso, en razón de los vicios o deficiencias que impiden su normal desarrollo. La promoción de las cuestiones previas, dan lugar, de pleno derecho, a la apertura y sustanciación de una incidencia autónoma, con sus propias reglas de alegación, sustanciación y decisión, de allí el carácter autónomo que le reconoce a las cuestiones previas en relación con el acto de la contestación de la demanda.

Cuando señalamos que es un acto procesal del demandado, ello está referido a que, precisamente, a la única parte a quien el legislador reconoce la potestad de promover cuestiones previas, es al sujeto pasivo de la pretensión. Así se desprende del artículo 368 del CPC en el caso de la reconvencción, al negar dicha norma al actor reconvenido la posibilidad de promover cuestiones previas contra la pretensión ejercida en su contra por vía reconvenccional.

El Código de Procedimiento Civil establece que las cuestiones previas deben promoverse –todas– acumulativamente en el mismo acto¹, a diferencia de la fórmula que acogía el Código derogado², el cual disponía la necesidad de promover, con criterio de prelación, las excepciones dilatorias a que hubiese lugar, para tramitar y resolver luego las excepciones de inadmisibilidad.

Era posible además que se generara en la incidencia, un procedimiento de segundo grado con motivo de la apelación –que por regla general se oía libremente, es decir, con el doble efecto; suspensivo y devolutivo– cuyo conocimiento correspondía al tribunal de segunda instancia.

A la luz de tal premisa, el juicio estaba enmarcado en esta etapa preliminar por una serie de incidencias que dilataban la culminación de la fase de alegación, la cual se agota con la contestación de la demanda. Más aún, en algunos supuestos, era posible acudir a casación como en el caso del ordinal 1º del artículo 248 del CPCD, con la llamada excepción de declinatoria de jurisdicción.

¹ Código de Procedimiento Civil, Venezuela, G.O. ext. N° 3970, 13 de marzo de 1987, en adelante aludido indistintamente por su nombre o por sus siglas CPC.

² Código de Procedimiento Civil derogado, Venezuela, G.O. ext., 26 de septiembre de 1916, en adelante CPCD, tomado de Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela, Edición Oficial, Tomo 39, p. 387, Litografía del Comercio, Caracas, 1916, 4 de julio de 1916, art. 247.

Se ha planteado la duda en relación con la forma de proceder en caso de litisconsorcio pasivo, sobre todo cuando es facultativo, y uno de los co-demandados promueve cuestiones previas mientras que el resto no lo hace. La duda deriva de la parte in fine del artículo 346 del CPC que prevé que si son varios los demandados y uno cualquier promueve cuestiones previas, no se admitirá la contestación de la demanda al resto de los demandados. En sentencia reciente, la Sala de Casación Civil tuvo ocasión de ratificar el criterio que se sigue al respecto que no es otro, que independientemente de que sólo uno de los litisconsortes haga valer alguna cuestión previa, ese solo hecho genera la apertura y trámite de la incidencia, la cual, no dará paso al lapso de contestación de la demanda hasta que no culmine con la sentencia interlocutoria correspondiente.

En efecto la Sala³, señaló que:

«...el último aparte del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, señala que, “...Si fueren varios los demandados y uno cualquiera de ellos alegare cuestiones previas, no podrá admitirse la contestación a los demás...”, de tal manera que la interposición de las cuestiones previas por uno cualquier de los codemandados, beneficia al resto del litisconsorcio pasivo, ya que no se admitirá la contestación que se haga hasta que no sean resueltas las cuestiones previas, por lo que visto el propio reconocimiento que hacen los formalizantes de que hubo una contestación a la demanda realizada de manera conjunta por las codemandadas, la misma imposibilita cualquier aplicación de la presunción de confesión ficta”».

Si bien es cierto que el espíritu de la reforma del Código de 1986 se fundamentó en la necesidad de desembarazar el juicio ordinario de incidencias previas que atentaran contra la idónea administración de justicia, haciendo el procedimiento más expedito, no es menos verdad, que el legislador tuvo en consideración el imperioso cometido de conferir mayor supremacía a algunas cuestiones previas que, necesariamente, deben ser resueltas de modo preferente, pues su repercusión en el conocimiento de la causa por parte del juez puede afectar de tal manera el proceso, que puede ponerle fin al mismo en esta etapa preliminar, como sería en el caso en que se

³ Sentencia de fecha 23 de marzo de 2004, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Vèlez, expediente 00135.

determine que el asunto no corresponde a la jurisdicción venezolana sino al juez extranjero o sea la Administración Pública quien deba resolver, u operó la caducidad legal, la cosa juzgada, etc. por citar solo algunos casos, como se verá en este trabajo.

Es claro, para quien estas líneas escribe, que la resolución de las cuestiones previas debe estar orientada por la celeridad y economía procesal, pero además, deben tener en cuenta los jueces en su sagrada misión interpretativa de la norma jurídica frente al supuesto de hecho, el principio de la finalidad del requisito para no menoscabar la justicia al amparo de formalismos exagerados e inútiles. En definitiva, estimamos que la sintonía que debe ser observada al estudiar esta institución, viene dada por la integración de sus normas y principios con los postulados rectores de todo nuestro sistema de justicia, es decir, la prelación del fondo ante la forma, de la verdad material como norte de los actos de los jueces –Art. 12 CPC– ante la verdad procesal, ya que sin ello, mal podrá establecerse una justicia idónea mediante la tutela judicial efectiva como la manda el artículo 26 de la Constitución.

En sentencia de la Sala Constitucional, al interpretar el alcance y contenido del concepto de tutela judicial efectiva y justicia idónea, se estableció que:

“...el derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 *eiusdem*), la interpretación de las instituciones procesales

debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.

La conjugación de artículos como el 2, 26 ó 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles...” (Sentencia del 10 de mayo de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expediente 00-1683).

En nuestro parecer, de lo anterior se deriva que las cuestiones previas vinculadas con denuncias de meras formalidades, deben ser matizadas en cuanto a sus efectos, y el Juez deberá inclinarse –en caso de dudas– por la supervivencia del proceso, antes que dejarlo sucumbir por asuntos de mera forma como puede ser la omisión de una mera formalidad no esencial en el libelo como la indicación del domicilio procesal u otras similares.

Otro aspecto general del tema, es el previsto en el artículo 349 del CPC que obliga al Juez a decidir sobre las cuestiones previas propuestas, dando prelación a las del ordinal 1º, del artículo 346 eiusdem, para lo cual se atenderá únicamente a los elementos de autos y a los documentos presentados por las partes.

Es necesario tener presente que corresponde a los Tribunales de la República –ordinarios o especiales– la potestad de administrar justicia; dado el principio de unidad de la jurisdicción civil⁴, pero, no obstante ello, pueden existir ciertas cuestiones cuyo conocimiento escapa de los tribunales de derecho, no porque no le esté atribuida la potestad de conocer el asunto⁵, sino más bien, debido a que carecen de jurisdicción por tratarse de asuntos que competen a la administración pública, por referirse a asuntos de orden

⁴ DUQUE CORREDOR, Román J.; *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*, Editorial Jurídica Alva, Caracas, p. 36, 1990.

⁵ SÁNCHEZ N., Abdón; *De la Introducción de la Causa. Comentarios y Anotaciones al Código de Procedimiento Civil*, Paredes Editores, Caracas, Tomo I, p. 70, 1987.

internacional regulados por un derecho extranjero, o bien, porque las partes voluntariamente así lo han acordado mediante un acuerdo arbitral de naturaleza consensual en los casos que pueden ser dirimidas las controversias mediante arbitraje.

En los casos de falta de jurisdicción, y de manera excepcional, la legislación especial consagra⁶ la posibilidad de que, aún careciendo el juez venezolano de jurisdicción para conocer el fondo del asunto, pueda dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República. Lo que se plantea con la falta de jurisdicción, es pues, una incidencia, porque sin tocar el fondo de la causa, quien la invoca está "...exigiendo ser juzgado por el órgano que de acuerdo con la ley está llamado a conocer de la controversia..."⁷.

I. LAS CUESTIONES PREVIAS DEL ORDINAL 1º

1. Falta de jurisdicción

El objeto de esta cuestión previa es la discusión y determinación necesaria sobre si el tribunal tiene o no jurisdicción para conocer y dirimir la controversia intersubjetiva que ante él se propone. La jurisprudencia ha afirmado que "...la jurisdicción es la función pública, realizada por los órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada. La jurisdicción es el todo; la competencia es la parte: un fragmento de la jurisdicción. La competencia es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional..."⁸.

⁶ CPC., art. 58 derogado por la Ley de Derecho Internacional Privado, República de Venezuela, Gaceta Oficial ordinaria Nº 36.511, 6 de agosto de 1998, y recogido en estos términos: Artículo 43.- «Son competentes los tribunales venezolanos para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio».

⁷ VILLASMIL, Fernando; *Los Principios Fundamentales y las Cuestiones Previas en el nuevo Código de Procedimiento Civil*, Editorial Lithobinder C. A., Maracaibo, p. 66, 1986.

⁸ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de julio de 2000, con ponencia del Magistrado José Rafael Tinoco, expediente nº 17.772.

En la doctrina nacional, **RENGEL-RÖMBERG**⁹ al analizar la institución de la jurisdicción la define como:

“...la función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y de asegurar por la fuerza, si fuere necesario, la práctica ejecución de la norma creada...”.

El profesor **ORTIZ-ORTIZ**¹⁰, en su reciente obra acerca de la Teoría General del Proceso, al estudiar el tema, señala que por jurisdicción se entiende:

“...función-potestad reservada por el Estado (fundamento constitucional), en uso de su soberanía (elemento político) para ejercerla en forma de servicio público (elemento administrativo) por órganos predeterminados e independientes, para la realización concreta de los intereses peticionados de los ciudadanos con carácter definitivo y con posibilidad de coacción en un proceso judicial (naturaleza procesal)...”.

La noción de jurisdicción esta vinculada con una de las funciones públicas del Estado que atiende a velar por que se concrete la garantía de la tutela judicial efectiva a través de los órganos jurisdiccionales, quienes bajo un sistema normativo organizado en lo sustancial y en lo procesal, suplen la voluntad de las partes en los casos en que éstas deciden someter el conflicto intersubjetivo a la resolución de un juez por no existir consenso entre ellas que permita una solución que satisfaga sus intereses. Es una institución de eminente orden público, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

En efecto, su innegable carácter de orden público ha sido ratificado por el Tribunal Supremo de Justicia¹¹, en decisión que acogió el principio

⁹ RENGEL-RÖMBERG, Aristides; *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano Según el nuevo Código de 1987*, Tomo I, Teoría General del Proceso, Editorial Ex Libris, Caracas, p. 61, 1991.

¹⁰ ORTIZ-ORTIZ, Rafael; *Teoría General del Proceso*, Editorial Frónesis, S.A., Caracas, p. 110, 2003.

¹¹ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 6 de febrero de 2002 con ponencia del Magistrado Dr. Hadel Mostafá Paolini, en el expediente nº 11840.

de interpretación a favor de la jurisdicción nacional frente al juez extranjero en el entendido que la derogatoria de la jurisdicción nacional es de carácter excepcional y, por ello, debe interpretarse restrictivamente. En este caso, se suscribieron letras de cambio en Venezuela y se estableció como lugar de pago Puerto Rico, por lo que al plantearse como defensa previa que los tribunales venezolanos carecían de jurisdicción, la Sala determinó que:

“...la derogatoria de la jurisdicción del juez venezolano frente al extranjero es una situación de carácter excepcional; por lo que el análisis que debe operar es restrictivo, y la conclusión debe estar fundamentada en indubitables elementos de juicio, lo cual implica que de las normas que regulan la materia, de manera clara quede de manifiesto la exclusión de la jurisdicción de los jueces patrios para conocer de determinada controversia o asunto, correspondiéndole la misma al juez extranjero...”

(...)

“...aun cuando tal como lo previno el *a quo* y, precedentemente, esta Sala lo reafirmó en esta decisión, aplicando lo establecido en el artículo 411 del Código de Comercio, tendría que concluirse que las letras de cambio han de ser pagadas en la ciudad de Hato Rey, Puerto Rico, sin embargo, a juicio de esta Sala, ello no establece *per se* que los jueces venezolanos no tengan jurisdicción para conocer de la presente controversia, ya que la referida norma se circunscribe o reduce exclusivamente a materia del lugar de pago de una letra y no a materia de jurisdicción o competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de controversias cuyo objeto sea una letra de cambio...”.

A consecuencia de este parecer, la Sala Político-Administrativa aplicó los principios especiales del Derecho Internacional Privado que regulan la materia de jurisdicción internacional, en aras de lo cual, se atuvo en la resolución del caso a las fuentes del Derecho Internacional Privado, particularmente a las previstas en los artículos 1, 39 y 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Es importante tener presente que a consecuencia del aludido carácter de orden público que se le reconoce al tema de la jurisdicción, una

vez propuesta la cuestión previa de falta de jurisdicción o intentado el recurso de regulación, no puede ser desistido por la parte promovente. Se requerirá a la luz de estas hipótesis, el necesario pronunciamiento del tribunal para que, una vez ratificada la jurisdicción del tribunal, se proceda a la auto composición procesal. Así lo dejó sentado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 2 de febrero de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, expediente Nro. 13.549, explanando la siguiente tesis:

“...al respecto debe señalarse que, la figura de la falta de jurisdicción, tal como lo ha expresado esta Sala en múltiples decisiones, reviste carácter de orden público, por lo que al ser alegada, no puede ser relajada por el particular, una vez que, como en el caso presente, ha sido alegada como impugnación, esto es, mediante el recurso de regulación de jurisdicción. De allí que, una vez recibido por esta Sala el expediente contenido de la regulación de jurisdicción, a la misma le corresponde decidir qué órgano tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, esto es, si el asunto corresponde conocerlo a un órgano jurisdiccional o administrativo. Por lo tanto, la presentación de un escrito mediante el cual se “desiste” de la regulación y al mismo tiempo se solicita que sea homologada una transacción celebrada por las partes, no enerva los efectos que acarrea la falta de jurisdicción, en razón de que se trata de una cuestión de orden público que debe ser dilucidada a los efectos subsiguientes, como lo es, precisamente, el relativo a la homologación de la transacción...”.

Por su parte, la Sala Político-Administrativa ha hecho énfasis en muchas de sus decisiones a la necesidad de diferenciar entre **jurisdicción y competencia** –regulados ambos conceptos en el ordinal 1º del art. 346 del CPC – ya que tienden a ser confundidos en su naturaleza y alcance por los litigantes, y más grave aún, por los jueces al tramitar y decidir la incidencia. Se ha ratificado, en suma, que la jurisdicción y la competencia son conceptos procesales que difieren entre sí «...pero que se vinculan estrechamente, la jurisdicción consiste en la función de administrar justicia, en tanto que, la competencia, como medida de la jurisdicción, consiste en la limitación del poder de juzgar en razón de la materia, del territorio y de la cuantía. De esta forma, la jurisdicción es presupuesto lógico necesario para

la distribución de la competencia. Sin jurisdicción, resulta innecesario hablar de competencia...» (Véase al respecto sentencia del 5 de abril de 2001, con ponencia de la Magistrada Dra. ne:Yolanda Jaimes Guerrero, expediente Nro. 11.832).

1.1. Falta de jurisdicción frente a la administración pública

Esta cuestión previa está predeterminada a resolver la discusión que se genera ante la contradicción que surge de que no corresponde al poder judicial la resolución del caso concreto sino a la Administración Pública. Téngase en cuenta que esta defensa –al igual que el caso antes aludido– puede ser promovida como cuestión previa o como defensa de fondo junto con la contestación de la demanda. Además puede ser declarada de oficio por el tribunal en cualquier estado e instancia del proceso, quedando en claro el carácter de orden público del asunto¹².

Algunos ejemplos de procedencia de esta cuestión previa serían: a) Ventilar en Tribunales una pretensión destinada a formular oposición al registro de una marca comercial lo que corresponde al Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI) –véase caso Giorgio Armani¹³–, b) La interposición de una demanda fundada en presunta competencia desleal, abuso de posición de dominio o cartelización, etc., cuando ello forma parte del ámbito de las competencias de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), como lo ha señalado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Otro aspecto importante sobre esta cuestión previa lo constituye la potestad que se le reconoce a la Administración Pública de invocar y hacer valer la falta de jurisdicción del juez frente a la administración, aún sin ser parte en el juicio, lo que equivale a reconocer la existencia de una forma autónoma y adicional de tercera bajo el especial supuesto de que tal petición se produzca antes de que se hubiere dictado sentencia definitiva que afirme la jurisdicción del tribunal. Así lo prevé el artículo 65 del CPC, conforme al cual "...a administración pública que no es parte en la causa, puede solicitar ante el Juez que conoce de ella, mientras la jurisdicción no

¹² NARANJO, Yuri; *El nuevo Procedimiento Ordinario*, Ediciones Librería Destino, Caracas, p. 62, 1986.

¹³ Caso: Giorgio Armani, en recurso de nulidad, Sentencia de la Sala Político-Administrativa, C.S.J., 1 de febrero de 1990.

haya sido afirmada mediante sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, que se declare el defecto de jurisdicción del Juez...”.

1.2. Falta de jurisdicción frente al juez extranjero

Procede esta cuestión previa cuando, se pretenden ventilar en los tribunales venezolanos asuntos cuyo conocimiento corresponde a un tribunal extranjero, bien por haberlo determinado así las partes convencionalmente, o por tratarse de un asunto que por ley deba ser resuelto ante el juez extranjero. En éste último caso, la falta de jurisdicción puede ser declarada de oficio en las causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados fuera del territorio nacional. La jurisdicción venezolana es establecida por el derecho interno, salvo los casos que pueden plantearse una vez agotada la vía interna. Sin embargo, no será un tribunal o árbitro extranjero a quien corresponderá decidir sobre la jurisdicción venezolana, ni un juez venezolano sobre la de uno extranjero¹⁴.

Nuestra jurisprudencia ha sido proclive en sentenciar bajo el criterio de indubio pro jurisdicción, para lo cual, ha utilizado criterios como el domicilio del demandado y no el del actor, otorgando a aquél el derecho de que se le demande en los tribunales de su domicilio, lo cual, esta respaldado por el artículo 35 del Código Civil, bajo el amparo del principio de inderogabilidad de la jurisdicción, así como en la Ley de Derecho Internacional Privado –en adelante LDIP–.

Sobre este particular, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia¹⁵ ratificando criterio de vieja data, expresó:

«...para mayor abundamiento, es necesario agregar que la tutela jurisdiccional del Estado Venezolano ha sido establecida fundamentalmente para la protección y respeto de los derechos del individuo, razón por la cual, en general, pueden ser sometidos a las reglas de la teoría contractual, toda materia,

¹⁴ BORJAS, Arminio; Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, Tomo III n° 260. V, citado en BELLO LOZANO, Humberto; *Jurisdicción y Competencia – Esquemas de Procedimientos Ordinarios y de los Procedimientos Especiales*, Mobil libros, Caracas, p. 171, 1989.

¹⁵ Al efecto, puede consultarse sentencia del 6 de junio de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Escarrá Malavé, expediente 12.940.

controversia o asunto en el cual, salvo excepciones previstas en la Ley, rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

La Ley, en determinados supuestos, prohíbe expresamente que algunos asuntos sean dirimidos por una jurisdicción distinta a la venezolana, tal como lo consagra el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil, cuando determina la jurisdicción del Estado Venezolano y la inderogabilidad de la misma frente a los demás estados extranjeros, expresamente, cuando se trate de controversias relativas a bienes inmuebles o a materias que interesan al Orden Público, lo cual no ocurre en el presente caso. Así se declara.

En vista de lo expuesto, a los fines de determinar la jurisdicción, no es relevante que la parte actora tenga su domicilio en nuestro país y que el pago se haya establecido en dólares norteamericanos, como sí lo es el hecho de que la demandada tuviese su domicilio en el Canadá y el actor hubiese demandado, previamente a la interposición del presente procedimiento, en la jurisdicción del domicilio de la demandada, es decir, en Canadá, estableciendo así lo que se llama "la sumisión tácita", según lo establece nuestra especialísima y vigente Ley de Derecho Internacional Privado, en su artículo 45...».

Se reconoce, sin embargo, la potestad de las partes de adherirse a una jurisdicción extranjera siempre que no se trate de bienes inmuebles situados en el país¹⁶, o que no sean asuntos en los que esté interesado el orden público o las buenas costumbres, (como sería en los casos de interdicción, inhabilitación, tutela, emancipación, entre otros). Por su lado, la LDIP en su artículo 39, en concordancia con el artículo 53 del Código de Procedimiento Civil, hace un desarrollo más exhaustivo del tema, extendiendo la jurisdicción de los tribunales venezolanos a los juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos previstos en los artículos 40, 41 y 42 eiusdem.

Igualmente, la doctrina en materia de Derecho Internacional Privado señala que debe considerarse el alcance de las obligaciones que vincu-

¹⁶ Código Civil, art. 10; Código de Procedimiento Civil, art. 2; LDIP, art. 46; Código Bustamante, art. 318.

lan a las partes cuyo cumplimiento pretende el actor sea declarado¹⁷ así, los contratos mercantiles celebrados en el extranjero, cuya ejecución sea en Venezuela, se regirán por la ley venezolana, salvo convenio entre las partes¹⁸.

1.3. Falta de jurisdicción frente al arbitraje

Al revisar la cuestión previa de falta de jurisdicción, surge la necesidad de plantearse la siguiente interrogante: ¿Es la jurisdicción de arbitraje excluyente respecto de la de los tribunales ordinarios? Tradicionalmente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, se inclinó por la premisa según la cual el juez venezolano carece de jurisdicción sobre las cuestiones que las partes decidan someter a arbitraje bajo el siguiente criterio: "...la tutela jurisdiccional no es un derecho absoluto del Estado; la misma ha sido establecida fundamentalmente para la protección y respeto de los derechos de los individuos. En general, puede ser sometido a las reglas de la teoría contractual, toda materia, controversia o asunto..."¹⁹.

Sin embargo, al interpretarse el alcance del artículo 26 de la vigente Constitución que propugna el derecho de la tutela judicial efectiva mediante el acceso a los órganos de administración, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa ha tenido oportunidad de dejar en claro el criterio según el cual, para que el compromiso arbitral tenga preferencia ante la jurisdicción venezolana la renuncia debe ser expresa, plena, sin que haya lugar a dudas ni interpretaciones diversas. Véase al respecto sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Sentencia del 20 de marzo de 2003 con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa Exp. n° 2003-0044, en la que se ratificó lo siguiente:

"... ha señalado la Sala que para la validez de la cláusula compromisoria debe existir una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas de sus-

¹⁷ BOGGIANO, Antonio; *Contratos Internacionales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 141, 1990.

¹⁸ Código de Comercio, art. 116, 1955.

¹⁹ Zuki Teria Navigation, Inc. contra Naviera Naviprobo, 15 de julio de 1992, exp. 8439; citadas en "Comentarios a Ley de Arbitraje Comercial", Cuadernos Jurídicos Badell & Grau, n°1, pp. 6 y 7.

traer el conocimiento de la causa de los tribunales ordinarios, ya que el arbitraje es una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las demandas que les sean sometidas por los ciudadanos para su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”.

En resumen, comprometida la solución de una cuestión cualquiera por la vía arbitral, si una de las partes acude a los tribunales solicitando sea éste quien decida, será procedente la cuestión previa de falta de jurisdicción en los términos del ordinal 1º, del artículo 346 del CPC²⁰. En ese caso, la causa pendiente en el tribunal de derecho no entrará a discutir sobre el fondo del litigio, sino sobre la existencia, alcance, vinculación e inteligencia del compromiso arbitral.

1.4. Trámite

Es importante destacar el criterio establecido por la jurisprudencia del Máximo Tribunal en relación con la falta de jurisdicción y la falta de competencia, bajo la óptica de las cuestiones previas. En tal sentido, debe afirmarse que no es posible promover la falta de jurisdicción y la falta de competencia simultáneamente, al ser del todo excluyentes. No obstante, somos del criterio que en una adecuada técnica procesal, es posible plantear ambas cuestiones previas de manera coetánea, pero solicitando expresamente al tribunal que la cuestión previa de competencia se resuelva como subsidiaria de la de jurisdicción. De ese modo, afirmada la jurisdicción del tribunal en última instancia, no habría ningún impedimento para que pase a dilucidar lo relativo a su competencia cuanto esta también ha sido discutida.

²⁰ Nos apartamos de la tesis de quienes siendo proclives al arbitraje, sostienen que la cuestión previa que debe ser propuesta en caso de existencia de un compromiso arbitral es la del ordinal 11º del art. 346 del CPC, referida a la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, y no la del ordinal 1º de dicho artículo, que regula la falta de jurisdicción. Para ello, me fundamento en la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa –de vieja data– que ha interpretado que la prohibición legal de admitir la acción propuesta se refiere a aquellos casos como por ejemplo el artículo 1.801 del Código Civil en el que se niega de manera expresa el derecho de accionar sin que se haya admitido la interpretación extensiva de este criterio.

Debe tenerse presente, que la falta de jurisdicción también puede ser opuesta fuera del lapso de emplazamiento –ya no como cuestión previa sino como defensa perentoria y de previo pronunciamiento en la sentencia definitiva–, como lo establecen los artículos 59, 60, 61, 68, 71, 81 ordinal 4º y 347 del CPC, y no acumulativamente como lo previene el 348 *eiusdem*²¹.

De lo anterior deriva una diferencia fundamental en cuanto al trámite y los efectos de la decisión según se trate de cuestión previa o solicitud de regulación de jurisdicción en otra etapa del proceso, ya que en éste último caso el trámite a seguir es el previsto autónomamente en los artículos 62 y siguientes del CPC, la decisión del juez sobre su jurisdicción (afirmativa o negativa) tiene consulta obligatoria a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa²². Cuando se trata del pronunciamiento del juez sobre su jurisdicción como decisión incidental proveniente de la cuestión previa del ordinal 1º, del artículo 346, la consulta a la Sala Político Administrativa –como ya se expresó– será procedente, sólo si la parte impugna la decisión interlocutoria a través de la solicitud de regulación como único medio técnico procesal idóneo para ello, vale decir, que en este supuesto la solicitud de regulación de jurisdicción²³ no tendrá consulta obligatoria o de pleno derecho.

Al respecto, el artículo 358 del CPC parte del supuesto de que la consulta a la Sala Político-Administrativa puede o no realizarse, sólo a petición de parte. Si se solicita la regulación de jurisdicción, la contestación deberá realizarse dentro del mismo lapso, pero contado a partir del recibo del expediente por el tribunal a quo, y previa la sustanciación del procedimiento sumario previsto por el artículo 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En nuestro parecer, no tendría sentido el criterio de la consulta obligatoria (bajo la tesis que se afirme la jurisdicción venezolana frente a la extranjera) ante la dualidad de recursos contra la decisión que la pronuncie, esto es, consulta y regulación de jurisdicción, pues decidida la cuestión previa del ordinal 1º, la parte interesada puede –en todo caso– solicitar la

²¹ ZOPPI, Pedro A.; *Cuestiones Previas y otros temas de Derecho Procesal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, p. 27, 1989.

²² CPC., arts. 59 y 6.

²³ *Ibid.*, art. 349.

regulación de jurisdicción, derecho de impugnación de la sentencia interlocutoria que con una consulta obligatoria no tendría sentido²⁴.

En los casos de falta de jurisdicción del juez respecto a la Administración, el artículo 59 del CPC prevé que la declaratoria puede ser tanto de oficio como a instancia de parte, en cualquier grado e instancia del proceso y cualquiera que sea el objeto de la controversia, pero cuando se trata de falta de jurisdicción del juez nacional frente a un derecho extranjero, sólo podrá declararse de oficio en cualquier grado e instancia del proceso, siempre que se trate de causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados fuera del país, en cualquier otro supuesto, deberá mediar siempre solicitud de parte.

A la luz de lo expresado, ratificada la jurisdicción nacional frente al juez extranjero o ante la Administración Pública, deberá interponerse la solicitud de regulación de jurisdicción dentro del lapso de los cinco (5) días siguientes a la resolución del tribunal, pues de otro modo, se considerará como no opuesto el recurso²⁵, quedando definitivamente firme la incidencia. De corresponder el conocimiento del asunto a la Administración, ésta, sin ser parte en la causa, y mientras no se hubiere afirmado la jurisdicción mediante decisión firme, puede intervenir en el tribunal de la causa, e incluso ocurrir ante la Sala Político-Administrativa y solicitar, dentro de los diez (10) días que tiene la Sala para decidir, que declare el defecto de jurisdicción del juez, y afirme que el asunto –en su conocimiento y resolución– es competencia del ente público interviniente.

De acuerdo con el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil y, en razón de lo importante que es determinar la jurisdicción del tribunal para el conocimiento del caso, la promoción de la cuestión previa de falta de jurisdicción suspende el curso del proceso principal hasta tanto quede resuelta la incidencia que ante tal supuesto se genera. En efecto, el juez no puede seguir conociendo de la causa hasta tanto no quede aclarada, por sentencia definitivamente firme, la cuestión previa de jurisdicción. Si el juez declara improcedente la cuestión previa de falta de jurisdicción y la solicitud de regulación no es ejercida oportunamente, el proceso seguirá su cur-

²⁴ A. Echeverría contra R. Morales, sentencia de la Sala Político-Administrativa, C.S.J., 6 de abril de 1995, exp. n° 11.194.

²⁵ DUQUE CORREDOR, Román J.; Supra n. 3, p. 158.

so normal, sin más incidencia, dejando a salvo, por supuesto, los casos en que sea procedente la consulta obligatoria. En éstos casos, la suspensión será efectiva desde la fecha de la decisión del juez como lo dispone el artículo 62 CPC, sin importar el contenido de la decisión.

El juez deberá sentenciar al quinto día siguiente del vencimiento del lapso de emplazamiento "...ateniéndose únicamente a lo que resulte de autos y a los documentos presentados por las partes..."(vid. artículo 349, CPC.), esto es, sin articulación probatoria. Si el juez declara procedente o no la cuestión previa, se seguirá el trámite correspondiente según lo expuesto en el título anterior, es decir, de afirmarse una jurisdicción extranjera frente a la venezolana o la de la Administración Pública frente a la del tribunal, la consulta será obligatoria. En caso contrario, nacerá en la parte la carga de interponer el recurso de regulación de jurisdicción u optar por dejar que la decisión interlocutoria quede definitivamente firme.

A tenor de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, la contestación de la demanda procede dentro de los cinco (5) días siguientes contados a partir de la resolución del tribunal o del recibido del oficio con la decisión a la que se refiere el artículo 64 eiusdem, si hubiese sido solicitada la regulación de jurisdicción. Así, pueden ocurrir los siguientes supuestos:

- i) Declarada procedente la cuestión previa, como siempre tiene consulta obligatoria, la contestación tendrá lugar dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al recibo del oficio del tribunal en el que se afirma la jurisdicción del mismo.
- ii) Declarado procedente el arbitraje por sentencia firme, el procedimiento continuará por ante el organismo que corresponda según lo que las partes hayan dispuesto y terminará el juicio.
- iii) Declarada improcedente esta cuestión previa, se dará inicio a un lapso preclusivo de cinco (5) días de despacho dentro de los cuales corresponderá a la parte interesada promover la regulación de jurisdicción o contestar la demanda, ya que en caso contrario, no sólo queda firme dicha decisión sino que operaría la presunción de confesión ficta en los términos que lo prevé el artículo 362 del CPC. Evidentemente, de acudirse

a la solicitud de regulación, la contestación tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del oficio del Tribunal Supremo de Justicia a que se refiere el artículo 75 del CPC.

2. Falta de competencia

La competencia puede entenderse como el límite, dentro de la esfera jurisdiccional, de la potestad general del Estado para conocer y decidir un asunto jurídico intersubjetivo. La jurisprudencia ha dejado en claro que la competencia constituye una determinación de los poderes jurisdiccionales de cada uno de los jueces. CALAMANDREI en su preclara concepción del tema, ha expuesto que “...**por competencia se entiende el conjunto de causas sobre las cuales él juez ejerce según la ley su fracción de jurisdicción...**” (resaltado nuestro).

RENGEL-RÖMBERG²⁶, acoge la tesis que considera la competencia “...como una medida de la jurisdicción y no como capacidad del juez para ejercer dicha función...”. Aclara en su obra que el vigente Código de Procedimiento Civil, se centró en los criterios de territorio, materia y valor como factores a ser considerados para la atribución de competencia quedando excluidos los criterios de conexión o continencia de la causa dentro del espectro de criterios que, en definitiva, deberá atender el tribunal para ratificar su competencia.

Siendo la competencia la medida de la función pública jurisdiccional y estando las funciones de los jueces determinadas por la ley como para todo órgano del poder público; estos sólo pueden conocer los asuntos que les están legalmente atribuidos²⁷ y, por lo tanto, esta atribución es indelegable salvo en los casos en que se permite a los particulares, por no estar prohibidos por la ley, estipular algo diferente, a tenor de lo previsto en el artículo 5 del CPC.

Según la doctrina tradicional, la competencia es presupuesto de la sentencia de mérito, pues un juez que conoce de un asunto para el cual no está facultado por la ley, no puede decidirlo. La competencia es un requisito de existencia y de validez formal del proceso, por lo que, la cuestión previa

²⁶ *Ob. cit.*, p. 251.

²⁷ DUQUE CORREDOR, Román J.; *Ob. cit.*, p. 40.

de incompetencia atiende a que se siga el procedimiento legal que da la formalidad necesaria para la validez del juicio.

En cuanto a la competencia por la materia y la cuantía, tienen carácter absoluto, por lo que no pueden las partes acordar la derogatoria de las mismas. No así en el caso del territorio, en donde las partes sí tienen libertad de derogar por convenio expreso la competencia territorial, en los términos que lo prevé el artículo 47 del CPC. Es decir, en aquellas causas en las que debe intervenir el Ministerio Público o en los casos en que la Ley expresamente determine la competencia territorial, como es el supuesto de la demanda de rendición de cuentas –art. 45 CPC–, las demandas entre socios –Art. 44– y las relativas a derechos reales sobre inmuebles, hipotecas, –Art. 42– por citar algunos ejemplos.

2.1. Oportunidad

La competencia por la materia y por el territorio, cuando se ha violado lo dispuesto en el artículo 47 del CPC, puede proponerse en cualquier grado e instancia del proceso, aún de oficio según el artículo 60 del CPC. La incompetencia por el territorio que no se fundamenta en las excepciones previstas en el artículo 47 eiusdem, sólo pueden promoverse como cuestión previa. La incompetencia por el valor, puede declararse aún de oficio, en cualquier momento del juicio en primera instancia. La incompetencia por el territorio se considerará como no opuesta sino se indica el tribunal que se considera competente.

3. Litispendencia

El artículo 61 del CPC al regular la figura de la litispendencia, prevé que cuando se promueve una misma pretensión ante dos jueces competentes o ante el mismo, para evitar posibles decisiones contradictorias y contribuir con el descongestionamiento del sistema judicial, debe extinguirse una a favor de la otra.

Esta institución, no sólo regula la posibilidad de prevenir y evitar la sustanciación de dos causas idénticas ante tribunales nacionales sino que, incluso, ha sido aplicada en supuestos que deben resolver litispendencia entre una causa se cursa en el extranjero y una idéntica en Venezuela.

Ciertamente, la Sala Político-Administrativa²⁸ ha dejado en claro los extremos que deben concurrir para declarar litispendencia a la luz de este supuesto, señalando para ello lo siguiente:

“Dicha institución está contemplada en nuestro Ley de Derecho Internacional Privado, específicamente si analizamos el contenido de su artículo 58, en el cual se señala 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, resulta que por argumento a contrario es evidente que en los casos en que la jurisdicción venezolana no sea exclusiva, podría permitirse que la misma quedase excluida por la jurisdicción extranjera, claro que para ello, depende en el caso concreto de la verificación de 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 la jurisdicción contenidas 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, de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en la Ley de Derecho Internacional Privado.

²⁸ Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2002, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, expediente 2002-0017.

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.”

El criterio que se utiliza para tal determinación es el del tribunal de la prevención, que no es más que establecer en cuál de los dos juicios se concretó primero la citación del demandado, luego de lo cual, deberá declararse la extinción del juicio en el que no se ha citado o se hizo con posterioridad al que previno. Para esta declaratoria no solo es procedente la vía de la cuestión previa, ya que el artículo 61 del CPC establece que puede ser «en cualquier estado y grado de la causa».

Se evidencia que nuestra legislación acogió el sistema Italiano al determinar la extinción de una de las causas –la que no previno– y mantener la supervivencia de una sola, abandonándose definitivamente el esquema tradicional del CDPD que suponía la acumulación de ambos juicios y la paralización del más adelantado, con la consiguiente dilación implícita en esta solución.

De manera clara, y sin mayor entramamiento del proceso, ha señalado la jurisprudencia que lo que se exige para la declaratoria de la litispendencia es “...la identidad de las causas, identidad que debe versar sobre las personas, cosas y acciones de manera que las causas resulten una misma...”²⁹. Además de esta identidad, creemos conveniente acotar en cuanto a las personas, que no solo debe haber identidad sino que deben ocupar la misma posición jurídica en ambos juicios, ya que de lo contrario no habría litispendencia.

De otro lado, en cuanto a la acumulación, la Sala Constitucional ha expresado³⁰ que “...la figura de la acumulación de causas consagrada en

²⁹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Ramírez Jiménez, de fecha 19 de julio de 2000, expediente n° 00-047.

³⁰ Sentencia de fecha 23 de marzo de 2001, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera, expediente n° 00-1669.

el artículo 80 del Código de Procedimiento Civil, consiste en la unificación dentro de un mismo expediente, de causas que revisten algún tipo de conexión, para que sean decididas en una sola sentencia. Se encuentra dirigida a evitar el pronunciamiento de sentencias contradictorias sobre un mismo asunto y también a garantizar los principios de celeridad y economía procesal...”.

En definitiva, suscribimos plenamente el pensamiento del Dr. Rengel-Römberg sobre el tema de jurisdicción y competencia, cuando se afirma que atiende a la garantía constitucional de que toda persona tiene derecho a ser juzgado por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en la Constitución y en la ley.

3.1. Oportunidad

Dispone el artículo 61 del CPC que la litispendencia puede ser declarada aún de oficio, en cualquier grado y estado de la causa, ello a los fines de evitar posibles sentencia contradictorias.

4. Acumulación a otro proceso por razones de accesoriadad

4.1. Accesoriadad

Se refiere a la preexistencia de dos causas en la que existe una relación de dependencia entre una y otra, es decir, una causa está fundada en un objeto principal y la otra se basa en la pretensión que está íntimamente vinculada con la primera, siendo de carácter accesoria. En este caso la causa atrayente será la del Tribunal de la causa principal en la que se acumulará la causa accesoria. Art. 48 CPC. (El Contrato de préstamo es principal frente a la fianza por ejemplo).

4.2. Acumulación a otro proceso por razones de conexión

Están previstas las causales en el artículo 52 del CPC, siendo la justificación de esta cuestión previa la necesidad de que todas las causas conexas sean abrazadas por una misma sentencia, como lo establece el artículo 89 del Código.

4.3. Acumulación a otro proceso por razones de continencia

Se materializa cuando han sido promovidas dos causas, y las pretensiones de una que ha sido desarrollada y plasmada con amplitud –continente– comprenden íntegramente la pretensión de la otra –contenida–.

5. Efectos

Si el juez que conoció de la demanda es declarado incompetente, se pasan los autos al tribunal competente, siendo validos los actos realizados hasta el momento si la incompetencia se debió a la cuantía, o al territorio. Caso distinto es el de la incompetencia por la materia o el territorio –en los casos que no puede derogarse por estar interesado el orden público–, ya que será nulo todo acto realizado ante el tribunal incompetente. Si es reafirmada la competencia del tribunal que venía conociendo, este continúa haciéndolo.

Establece el artículo 61 del CPC, que cuando la litis pendencia se da entre dos tribunales igualmente competentes, el que citó de último debe declararla a favor del que previno, archivando el expediente y dando por terminada la causa; y cuando se da en el mismo tribunal, el juez dará por extinta aquella en la que no ha citado aún o que citó de último. El artículo 353 del eiusdem establece, igualmente, la extinción del proceso, cuando la cuestión previa es admitida.

Cuando se declara la acumulación por conexión o continencia, o accesoriadad, se pasan los autos al tribunal competente para que decida, en una misma sentencia, todos los juicios e incidencias.

Durante la incidencia por la falta de competencia, sea ante el tribunal de alzada, el superior de la jurisdicción o el Tribunal Supremo de Justicia, el proceso no se suspende, y el juez de la causa continuará sustanciando el expediente, y resolviendo las otras cuestiones previas de los ordinales 2° al 6°; pues las restantes –ordinales 7° al 11°– implicarían una decisión que podría tener fuerza de definitiva, lo cual está prohibido por el artículo 71. Debe entenderse sin embargo, que aún absteniéndose de decidir las cuestiones de los ordinales 7° al 11°, se entiende abierto el lapso probatorio luego de transcurridos los cinco (5) días para contradecir la de los ordinales 2° al

6º, si en efecto éstas fueren contradichas expresa o tácitamente, como se verá.

En este último supuesto, debe hacerse la siguiente salvedad. Si bien es cierto que el trámite de la incidencia de las cuestiones previas contempladas en los ordinales 2º al 6º continúa cuando se ha promovido conjuntamente la falta de competencia, sin embargo, a los efectos de la contestación de la demanda, el curso de la causa principal se suspende hasta tanto no se dicte la decisión definitiva que reafirme la competencia del tribunal que finalmente conocerá del caso, pudiendo el juez sin embargo, decretar medidas preventivas³¹.

Dispone el artículo 349 del CPC, que en ningún caso la decisión sobre las cuestiones del ordinal 1º está sujeta a apelación, sino que sólo es impugnable mediante el recurso de solicitud de regulación de la competencia de acuerdo con los artículos 67, 71 y siguientes *eiusdem*³².

Al no estar previsto un contradictorio para la resolución de esta cuestión previa, y siendo que el juez debe decidir con los elementos de autos y los que las partes pudieren proveer –facultad discrecional– no está prevista la condenatoria en costas independientemente del contenido de la decisión que al efecto se dicte.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 358, ordinal 1º del CPC., dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la decisión del tribunal de rechazar la cuestión previa sobre su competencia, el demandado podrá dar contestación a la demanda, o solicitar la regulación de la competencia. Estos cinco días serán de despacho y se contarán a partir del día siguiente al recibo del oficio al que se refiere el artículo 75, en caso de ser solicitada la regulación.

Se plantea la duda en doctrina sobre lo que ocurre luego de decidida por el tribunal la cuestión previa de falta de competencia, particularmente cuando es declarada sin lugar. En ese caso el demandado tendrá cinco (5) días para i) dar contestación a la demanda; o, ii) para solicitar la regu-

³¹ CPC., art. 71, único aparte.

³² *Ibíd.*, art. 349.

lación de competencia. Siendo así, entonces, ¿a partir de qué momento inician estos lapsos procesales?

Algunos criterios doctrinales³³ se inclinan por admitir que debe respetarse el plazo establecido en el artículo 69 a los fines de solicitar la regulación como medio de impugnación, y que, luego de pasado ese lapso de cinco días, comenzaría a correr el lapso para dar contestación a la demanda. Sin embargo, estimamos que la correcta interpretación del cómputo de estos lapsos procesales conduce a afirmar que éstos transcurren simultáneamente.

Si fuere declarada con lugar la cuestión previa, la contestación se realizará dentro del plazo de tres (3) días contados a partir del recibo del oficio por aquel tribunal declarado competente³⁴. Del mismo modo se procede en caso de que este último tribunal se considere a su vez incompetente y pida la regulación de oficio, según el artículo 70, caso en el cual los tres (3) días se empezarán a contar a partir del envío del oficio con la decisión del superior de la circunscripción. Si fuere confirmada la competencia del tribunal de la causa, se contestará la demanda según lo establecido en el artículo 358, contando el plazo de cinco (5) días para contestar o para solicitar la regulación.

En conclusión, varios son los supuestos en los que el plazo para dar contestación a la demanda puede variar, e incluso, en el caso de la declaratoria de litis pendencia o de continencia, no procederá la contestación, pues el sólo efecto de la contestación hecha en el proceso en el cual se previno, hace innecesaria una nueva contestación sobre los mismos argumentos y objeto. Esto dependerá de la situación en la que se encuentre el proceso que previno, y de si la continencia de una causa sobre la otra no implica la necesidad del demandado de oponer una defensa que no estaba incluida en su primera contestación.

³³ BRICEÑO PINTO, Nelson; *Cuestiones Previas*, Monografías Jurídicas, Paredes Editores, Caracas, p. 23-24, 1998.

³⁴ *Ibíd.*, art. 358.

II. LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES -ORDINALES 2º A 6º-

Las cuestiones previas de los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º son por esencia subsanables según lo prevé el artículo 350 del CPC., pues, en general, no afectan de manera esencial la validez del juicio, atendiendo más bien a aspectos formales del mismo, y se tramitan, sustancian y deciden todas bajo un mismo procedimiento.

Estas cuestiones previas han sido estructuradas acogiendo los criterios de celeridad y economía procesal que enmarcaron la reforma del Código de Procedimiento Civil –sobre todo en materia de incidencias– de allí que se incorporaron innovaciones como la figura de la subsanación voluntaria y la consiguiente exención de costas procesales; la brevedad y concentración de los lapsos procesales que caracteriza la incidencia probatoria y el principio de no apelabilidad de las decisiones que recaigan en la incidencia, como regla general.

Queda una vez más de relieve la naturaleza depuradora del proceso a que atienden las cuestiones previas, pero en el entendido de que esa función subsanadora tiene que armonizarse con el principio de economía y celeridad procesal.

1. Ilegitimidad del actor –Ord. 2º–

El ordinal 2º del artículo 346 del CPC, establece como cuestión previa la ilegitimidad de la persona del actor si se alega que carece de la capacidad necesaria para comparecer en juicio. La expresión ilegitimidad ha sido utilizada quizás no de la manera más acertada ya que en una primera acepción, el término podría vincularse con la legitimación de las partes frente al problema jurídico que en concreto se estaría planteando, lo que a su vez está íntimamente relacionado con el concepto de “interés jurídico actual” (*legitimatio ad causam*). Sin embargo, la noción de ilegitimidad ³⁵

³⁵ La ilegitimidad, según la Nueva Enciclopedia Jurídica, «Viene esta idea a oponerse a la de legitimidad, o sea, a la de protección plena por el Derecho. Así suelen calificarse de ilegítimas situaciones carentes de la concurrencia de todos los requisitos o condiciones necesarias para alcanzar un cierto nivel de plenitud de contenido o de eficacia jurídica...» (Nueva Enciclopedia Jurídica. F. Seix Editor, Tomo XI, p. 301).

a que alude dicha norma está referida a la falta de capacidad procesal, es decir, la *legitimatio ad procesum*.

El artículo 136 del CPC reconoce que “Son capaces para obrar en juicio, las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, las cuales pueden gestionar por sí mismas o por medio de apoderados, salvo las limitaciones establecidas en la Ley”, en consecuencia de lo cual, quienes no tienen el libre ejercicio de sus derechos, requieren estar representados o asistidos en juicio de la manera que lo dispongan las leyes que regulen el estado o capacidad, a tenor de lo previsto por el artículo 137 *eiusdem*.

El Código Civil establece en materia de capacidad ³⁶ el principio según el cual, el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo disposición especial en contrario. Corresponderá a los padres que ejerzan la patria potestad ³⁷ representar civilmente a los hijos menores, siendo éstos, precisamente, los llamados a conferir poder para constituir mandatarios en el caso que sus representados requieran acudir a la vía judicial para instaurar un juicio.

En materia procesal, la protección del menor obliga incluso a que sus progenitores no puedan realizar actos que excedan de la simple administración, tales como; transigir; desistir de la acción, del procedimiento o de los recursos interpuestos; comprometer en árbitros sin la autorización de los Tribunales de Menores y Adolescentes.

La falta de cualidad o interés del actor, a diferencia de la excepción de inadmisibilidad de falta de interés del actor prevista en el Código Procesal Civil de 1916, es sólo oponible ahora como defensa de fondo en la contestación de la demanda, de acuerdo con el artículo 361 del CPC. Es también uno de los alegatos que el contumaz puede hacer valer para desvirtuar la presunción de confesión ficta, al igual que la prohibición de la ley de admitir la acción, la caducidad legal y la cosa juzgada, y que, por tal importancia reflejada en esa posibilidad, el juez puede declararlas aún de oficio.

³⁶ Artículo 18 Código Civil.

³⁷ Art. 267 *eiusdem*, en concordancia con el artículo 347 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Los entredichos e inhabilitados quedan sometidos a regímenes de protección especiales, tutela y curatela respectivamente, que suponen la intervención necesaria del tutor o curador, según el caso, cuando éstos requieren obrar en legítimamente en juicio, como lo disponen los artículos 397 y 409 del Código Civil.

La falta de cualidad o interés del actor, a diferencia de la excepción de inadmisibilidad de falta de interés del actor prevista en el Código Procesal Civil de 1916, es sólo oponible ahora como defensa de fondo en la contestación de la demanda, de acuerdo con el artículo 361 del CPC. Es también uno de los alegatos que el contumaz puede hacer valer para desvirtuar la presunción de confesión ficta, al igual que la prohibición de la ley de admitir la acción, la caducidad legal y la cosa juzgada, y que, por tal importancia reflejada en esa posibilidad, el juez puede declararlas aún de oficio.

En resumen, será procedente esta cuestión en aquellos casos en que los menores, entredichos o inhabilitados no estén adecuadamente representados para ejercer la acción de que se trate, a través de los correspondientes progenitores titulares de la patria potestad; tutores o curadores, según sea el caso.

2. Ilegitimidad del apoderado –Ord. 3º–

El ordinal 3º regula cuatro supuestos distintos de incapacidad de postulación en la que puede incurrir la persona del actor o su representante, asimilando una vez más de manera errónea las palabras ilegitimidad con capacidad. Los supuestos son los siguientes:

2.1. No tener la capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio. De acuerdo con el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 4 de la Ley de Abogados, sólo pueden ejercer poderes en juicio los abogados en ejercicio. De modo que como regla general se requiere siempre –salvo disposición en contrario– que las partes estén representadas o asistidas de abogado para la eficacia de los actos que realice en juicio.

La misma Ley de Abogados, en su artículo 7 establece para quien obtenga el título de Abogado, la obligación de inscribirse en el Colegio de

Abogados y en el Instituto de Previsión Social del Abogado para dedicarse a la actividad profesional, y el artículo 12 dispone que no pueden ejercer la profesión los ministros de culto, los militares en servicio activo, ni los funcionarios públicos, con excepción de quienes desempeñan cargos ad-honorem y funciones judiciales accidentales, electorales, docentes o edilicias. En esta inhabilitación se encuentran también los abogados Diputados incorporados a la Asamblea Nacional o a las Asambleas Legislativas.

No pueden ejercer en Venezuela, los abogados extranjeros, originarios de países en los cuales no se permita el ejercicio de dicha profesión a los venezolanos. Finalmente, debemos incluir en esta incapacidad a los abogados sobre quienes recaiga alguna sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión por parte del Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados de adscripción, por el tiempo que dure la sanción, como en el caso previsto en el artículo 70 de la Ley de Abogados.

Estimamos que por virtud de lo establecido en el artículo 18 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁸, podemos citar como un nuevo caso de ilegitimidad del abogado, el hecho de que quien interponga la demanda por ante el Tribunal Supremo de Justicia, no tenga más de cinco (5) años de graduado, según lo requerido por dicha norma.

2.2. No tener el apoderado o representante la representación que se atribuya. Se plantea cuando quien pretende representar a alguien carece de la representación invocada por no estar instituido como apoderado.

2.3. Porque el poder no esté otorgado en forma legal, lo cual se configura cuando el mandato no ha sido otorgado frente a un notario público, un registrador, juez, u otro funcionario capaz de otorgar fe pública, ya que es necesario que el poder para obrar en juicio sea otorgado en forma pública o auténtica a tenor de lo previsto por el artículo 151 del CPC.

Incluso, se recurre a la promoción de esta cuestión previa en aquellos casos en que habiéndose efectuado el otorgamiento ante el funcionario público competente, sin embargo no se hubieren observado las formalidades de ley para en orden a la autenticación del instrumento, en los precisos términos que lo regulan los artículos 155 y 927 del CPC.

³⁸ Publicada en Gaceta Oficial n° 37.942 del 20 de mayo de 2004.

En esencia, las formalidades a cumplirse en orden a la autenticación de poderes cuando se otorgan en nombre de otra persona natural o jurídica, e incluso en caso de sustitución pueden resumirse de la siguiente manera: i) en relación con el otorgante; y ii) atinentes al funcionario público.

i. En relación al otorgante:

Las obligaciones que debe cumplir el otorgante para la validez del acto son las siguientes: **Enunciación:** Enunciar en el texto del poder los documentos auténticos, gacetas, libros registros que acrediten la representación que ejerce. Además, está comprendida en esta fase la obligación formal del otorgante de leer el poder en presencia del Juez o Notario³⁹. **Exhibición:** Constituye la obligación formal de presentar ad exhibendum (para su verificación y devolución) los recaudos antes aludidos, lo cual se justifica por la labor de verificación que recae en cabeza del funcionario que autoriza el acto en cuanto a la correspondencia de identidad que debe existir entre el otorgante y la persona estatutariamente facultada para ello.

Constituye práctica forense hoy superada, la transcripción de las disposiciones estatutarias que establecen lo relativo a la administración y representación legal de la empresa, las cláusulas contentivas de las facultades de los administradores que incluyen la de constituir mandatarios y la designación en el cargo. Ello obedecía a lo que sobre esta materia establecía el artículo 42 del CPCD, pero bajo el esquema vigente, tal formalidad no se requiere.

ii. En relación con el funcionario que autoriza el otorgamiento:

Certificación: En tal sentido, la actividad de certificación tiene un doble propósito, ya que por una parte el funcionario está en la obligación de verificar y hacer constar en la nota que al efecto deberá estampar al instrumento; los documentos auténticos, gacetas, libros o registros que le fueron exhibidos, con expresión de las fechas, origen o procedencia y demás datos que concurran a identificarlos (art. 155 CPC.); y adicio-

³⁹ Artículo 927 CPC.

nalmente debe certificar la identidad del otorgante con su cédula de identidad (art. 927 eiusdem). **Suscripción:** Leído el instrumento, enunciados y exhibidos los documentos, libros, gacetas, etc., por el otorgante; y certificada la identidad de éste último por el funcionario quien además hará constar los documentos, gacetas, libros, documentos, que le fueron exhibidos, y las fechas, origen o procedencia y demás datos que concurren a identificarlos, se procederá a la suscripción de la nota de autenticación por parte del juez, registrador o notario; el otorgante; dos testigos mayores de edad; y el secretario del tribunal, de ser el caso.

2.4. Que el poder sea insuficiente. Se verifica cuando el instrumento no faculta para actuar en el juicio en el que se pretende hacer valer, ya que ha sido conferido en términos especiales, como por ejemplo para atender la materia laboral pero se pretende hacer uso de dicho poder para un juicio mercantil.

Sobre la figura de la representación, es oportuno traer a colación la duda que se presenta en cuanto a la posibilidad que tiene la parte demandada de acudir a los mecanismos de subsanación de las deficiencias que pudiera presentar su poder y que hubiesen sido delatadas por el actor en la primera oportunidad –ya que en caso contrario operaría la convalidación del vicio–. La jurisprudencia sobre este particular ha sostenido que la posibilidad de subsanar los defectos de forma del poder debe estar reconocida también al demandado, porque de lo contrario se violentaría el principio de igualdad de las partes –art. 15 CPC– y el artículo 49 de la Constitución correspondiente al debido proceso.

Con base en ese criterio la jurisprudencia ha sido pacífica en aplicar analógicamente el artículo 354 del CPC para el caso que se impugne el poder de la parte actora, como lo reiteró la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 15 de noviembre de 2002, con ponencia del Magistrado Dr. Franklin Arrieche G., expediente Nro. 00-428.

“Al respecto, la Sala ha indicado que la parte a quien se le impugna el poder consignado en el juicio puede, por aplicación analógica del artículo 354 del Código de Procedimiento Civil,

subsanan el defecto u omisión hecho valer por su contraparte, mediante su comparecencia en el juicio o con la presentación de un nuevo instrumento y posterior ratificación de los actos efectuados con el mandato judicial cuestionado, dentro de los cinco días siguientes a la impugnación, sin necesidad de pronunciamiento judicial.”

Otro importante aspecto que la Sala de Casación Civil ha interpretado, es la necesidad de que la impugnación tenga un fin útil, vale decir, se funde en causales verdaderamente materiales y no en aspectos meramente formales, ya que la Constitución acoge el principio del fin frente a la forma como garantía del estado de justicia y de derecho. En sentencia del con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Velez, reiterada pacíficamente, se dispuso lo siguiente:

“La impugnación del mandato judicial debe estar orientada mas que a resaltar la carencia o deficiencia de los aspectos formales del documento, hacia aquéllos de fondo necesarios para que el mismo pueda considerarse eficaz, es decir los requisitos intrínsecos que de no estar presentes en él, puedan hacerlo inválido para los efectos de la representación conferida, entre otros la identificación del poderdante, o el no haber sido otorgado ante la autoridad competente capaz de darle fe pública y carácter de documento auténtico. Vale decir que la intención del legislador no puede considerarse dirigida al ataque de meros defectos formales de los cuales pudiera adolecer el mandato. (sentencia de la Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 22 de junio de 2001, expediente n° 00-317).

En cuanto al otorgamiento de un poder en el extranjero, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil rige el principio *locus regit actum* previsto también en el artículo 11 del Código Civil, quedando sometido a las leyes del país de su otorgamiento. Sin embargo, Venezuela, junto con otros países se ha inclinado por la facilitación de este proceso en los casos en los que se otorga un poder en el extranjero al cual se pretende darle validez en el país.

De tal modo, que cuando el poder se haya otorgado en un país que haya suscrito el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes y la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero⁴⁰; tiene validez en nuestro país si cumple con los requisitos establecidos en dicho acuerdo, y sin perjuicio de lo establecido en la recientemente entrada en vigencia, Convención de la Haya para Suprimir la exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros⁴¹ de acuerdo con la cual, la ratificación que debían hacer los consulados venezolanos en los países en los que se otorgaba el poder, y que hoy son también miembros de esta convención, no es ahora necesaria, pues la sola ratificación por el Convention apostille le da autenticación en los demás países miembros del tratado.

3. Ilegitimidad del citado en nombre del demandado –Ord. 4º–

Sucede cuando hay un defecto en la citación por haberse practicado en persona distinta a la demandada o se cita a quien no es el representante legal en el supuesto de que se trate de una persona jurídica. Este último supuesto es el que suele ocurrir con mayor frecuencia ya que estatutariamente se prevé quien es el representante legal de la sociedad, y la citación se practica en otra persona. También podría ocurrir esta modalidad de ilegitimidad cuando se cita a una persona a quien se le atribuye, sin serlo, el carácter de representante de un menor, del entredicho o de inhabilitado.

4. Falta de caución o fianza –Ord. 5º–

Es la llamada *cautio judicatum solvi*, basada en el artículo 36 del Código Civil, cuyo cometido es obligar al demandante no domiciliado en el país a constituir caución real o fianza para asegurar el resarcimiento de las resultas del juicio en caso que sea desestimada su pretensión y, por vía de consecuencia, se le condene en costas.

El Dr. Henríquez La Roche considera que “...es la prestación de la fianza o caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que el

⁴⁰ Ley aprobatoria, 30 de enero de 1985, G.O. extraordinaria n° 3.511, en Gaceta Legal N° 670, p. 2.

⁴¹ Ley aprobatoria, 5 de mayo de 1998, G.O. ordinaria N° 36.446, en Gaceta Legal n° 946, p. 626.

juicio cause al demandado. Su estimación queda a juicio del juez, quien lo tasará de acuerdo con los honorarios profesionales de la defensa en el juicio y las litis expensas...”⁴².

En cuanto a los extremos que deben cumplirse para que sea procedente la obligación de caucionamiento en materia civil tenemos los siguientes:

- i. Que se trate de un demandante no domiciliado en Venezuela (independientemente de su nacionalidad ya que lo que el legislador tomó en cuenta es el domicilio y no la nacionalidad del demandante).
- ii. Que la parte actora no posea en el país bienes suficientes para responder por las resultas del juicio.
- iii. Que no esté previsto algo distinto en leyes especiales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en relación a la correcta interpretación de estos requisitos, es decir, si son o no concurrentes, y al efecto ha indicado:

“...con respecto al ordinal 5° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, sobre la exigencia de la *cautio judicatum solvi*, advierte la Sala que el artículo 36 del Código Civil dispone: “**Artículo 36.-** *El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales*”

De la norma transcrita se infiere que el demandante que no tenga domicilio en Venezuela deberá afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado. Sin embargo, esta disposición admite dos excepciones, a saber: que el demandante posea en el país bienes en cantidad suficiente para responder por las resultas del juicio en caso de resultar perdidoso; y lo que se disponga en leyes especiales.

⁴² HENRÍQUEZ LA ROCHE; *Código de Procedimiento Civil*, Tomo III, p. 84.

Al efecto, estima la Sala que las excepciones antes mencionadas **no tienen carácter concurrente**, es decir, que la existencia de una sola de las indicadas circunstancias hace innecesaria la exigencia de la otra.” (Decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 26 de marzo de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, expediente Nro. 2001-0784)...” (destacado nuestro).

Sobre el último de los aspectos mencionados, constituye excepción a la regla de *cautio judicatum solvi*, lo dispuesto por el artículo 1.102 del Código de Comercio en cuanto a las obligaciones en el ámbito mercantil, ya que en este supuesto existe una dispensa legal que permite al comerciante no domiciliado en Venezuela demandar sin necesidad de constituir caución o fianza.

Sin embargo, al interpretar esta excepción, la Sala Político-Administrativa señaló que el correcto criterio que debe observarse no es únicamente la naturaleza mercantil del demandante, sino que además debe tenerse en cuenta, la naturaleza jurídica de la relación material que se discute, ya que si se tratare de un contrato administrativo, debe, en todo caso afianzar el demandante no domiciliado en el país sea o no comerciante.

En el caso que se sometió a la decisión de la referida Sala, se estudió en una primera parte del fallo la condición de comerciante de la parte actora. Una vez determinado tal hecho afirmativamente, pasó a establecer la naturaleza de la relación material que vinculó a las partes contratantes, para concluir así:

“...conforme a lo expuesto, esta Sala puede observar que la empresa extranjera demandante ..., **es una empresa mercantil**. Sin embargo, de las actas que conforman el presente expediente, de los alegatos y demás pruebas aportadas por las partes, **esta Sala pudo constatar que la causa incoada versa en la reclamación proveniente del incumplimiento de las obligaciones contraídas con la República por órgano del Ministerio de la Defensa**, en virtud de un contrato que tenía por objeto la ejecución de la obra “Conclusión de la Clínica...”
(...)

“...de acuerdo con lo explicado, la Sala pasa a analizar si en efecto estamos en presencia de un contrato administrativo o por el contrario nos encontramos en presencia de una relación meramente mercantil...”.

(...)

“...por lo tanto, aun cuando en este caso la parte actora es una sociedad mercantil, como se estableció *supra*, no es menos cierto que el objeto de la presente demanda está vinculado con un contrato de naturaleza administrativa, razón por la cual la excepción contenida en el artículo 1.102 del Código de Comercio, referida a la materia comercial, en la cual solo se tienen en cuenta intereses privados, no resulta aplicable al presente caso...”. (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 21 de febrero 2002, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, expediente Nro. 14.867) (Resaltado nuestro).

5. El defecto de forma propiamente dicho –Ord. 6º–

El defecto de forma a que se refiere la cuestión previa del ordinal 6, es procedente cuando el libelo no cumple con los requisitos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, será considerado defecto de forma la omisión de los requisitos formales de identificación de las partes, o los datos de registro y denominación social en caso de personas jurídicas; el no delimitar y distinguir el objeto de la pretensión, o no tener objeto; o no hacer la debida relación de los hechos con los fundamentos de derecho en los que se basa la pretensión así como las pertinentes conclusiones; o que no tenga título, o que de este no derive el derecho deducido objeto de la pretensión; que se demanden daños y perjuicios y no estén justificados y estimados; finalmente, se considera defecto de forma la omisión de los datos de identificación del mandatario.

Sobre la correcta interpretación de la finalidad del artículo 340, y su vinculación con el tema de las cuestiones previas, es importante comentar lo que ha sido el criterio reiterado de la jurisprudencia según el cual esta norma persigue que tanto el demandado como el Juez conozcan con precisión y exactitud lo pedido por parte de la actora, de tal manera que el

primero pueda defenderse apropiadamente y el segundo dicte un pronunciamiento acorde y congruente.

Se sigue de lo anterior la estrecha vinculación que tienen los artículos 340 y 243 del CPC, que regulan desde un punto de vista formal la demanda y la sentencia respectivamente. La interpretación jurisprudencial que sobre estas disposiciones se ha formulado atiende a, i) la conformación del libelo con una adecuada, clara y precisa relación de los hechos constitutivos de la pretensión, los fundamentos de derecho y las pertinentes conclusiones en función del ejercicio pleno del derecho a la defensa por parte del demandado, quien al conocer idóneamente la naturaleza y alcance de la pretensión en esa misma medida podrá defenderse adecuadamente; y, ii) la elaboración por parte del juez de una sentencia en un todo acorde con el principio de congruencia⁴³ como presupuesto de validez y eficacia.⁴⁴

Al interpretar el más alto tribunal la naturaleza jurídica del referido artículo 340 del CPC, ha sido del criterio de que no se trata de una norma de orden público procesal, y que en consecuencia de ello, corresponde al demandado denunciar los vicios y omisiones formales que afectan el libelo siendo las cuestiones previas la vía idónea para ello; amén de la posibilidad que tiene el actor de reformar voluntariamente o la subsanación de vicios por la incidencia de cuestiones previas, todo lo cual constituyen situaciones procesales que interesan únicamente a las partes más no a la colectividad. Este criterio se ha visto acrecentado por el principio finalista o no formalista que acogió la vigente Constitución en su artículo 257 que señala que no se puede sacrificar la justicia por omisión de formalidades no esenciales. Este ha de ser el norte de los jueces al sentenciar sobre todas las cuestiones previas vinculadas con mera forma.

⁴³ El principio de congruencia de la sentencia se desarrolla a partir del análisis concordado de los artículos 12 y el Ord. 5° del art. 243, que obligan al juez a dictar una sentencia acorde con la pretensión deducida y las defensas o excepciones opuestas. La violación de este postulado en la sentencia acarrea el vicio de incongruencia, el cual, a tenor de lo previsto en el artículo 244 *eiusdem* genera su nulidad.

Téngase en cuenta que la congruencia de la sentencia no sólo está referida al pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sino que además en toda decisión que dirima las incidencias que se planteen a lo largo del juicio, como sería el caso de las cuestiones previas.

⁴⁴ Ord. 5, Art. 243 del CPC., en concordancia con el art. 244.

5.1. Inepta acumulación –Ord. 6º–

Es posible la promoción de esta cuestión previa cuando se incurre en inepta acumulación de pretensiones. En efecto, el artículo 77 del CPC dispone que «El demandante podrá acumular en el libelo cuantas pretensiones le competan contra el demandado, aunque deriven de diferentes títulos»; adicionalmente, el artículo 78 aclara que «...Sin embargo, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí.»

En este segundo punto se consagra el “principio de eventualidad”, conforme al cual el actor puede hacer valer todas cuantas pretensiones considere procedentes en un mismo libelo, para que sean resueltas de manera subsidiaria aún cuando pudieran ser contradictorias. Estas pretensiones conservan todas su individualidad y deben resolverse de manera subsidiaria o alternativa, según el caso.

La inepta acumulación se materializa cuando son inconciliables dos pretensiones por excluirse mutuamente (i.e. acción de cumplimiento de contrato en la que se exige la devolución del inmueble arrendado, acumulada a una de resolución del mismo contrato por falta de pago) o cuando los procedimientos que deben seguirse para su resolución sean incompatibles entre sí (i.e. juicio ordinario y procedimiento breve), o que, por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo tribunal. (i.e. reclamo laboral contra el patrono y al mismo tiempo acumular una acción civil ordinaria).

En sentencia del 22 de marzo de 2004, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, ratificó al referirse a la inepta acumulación, lo siguiente:

“...el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil prohíbe la concentración de pretensiones en una misma demanda, en los casos en que las pretensiones se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; cuando, por razón de la materia, no correspondan al conocimiento del mismo tribunal; y en los casos en que procedimientos sean incompatibles. Así pues, toda acumulación de pretensiones realizada en contravención a lo

dispuesto por la mencionada ley adjetiva, es lo que la doctrina denomina inepta acumulación...”. (Véase expediente 03-3029).

6. Trámite

Para el trámite y resolución de las cuestiones previas en estudio se estableció un procedimiento breve y expedito. Con una fase probatoria que transcurrirá en todo caso, salvo que opera la figura de la subsanación voluntaria. Resumimos de seguida las posturas que puede adoptar la parte actora.

6.1. Subsanación voluntaria

Si subsana voluntariamente dentro de los 5 días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, comenzará el lapso de cinco (5) días de despacho para la contestación de la demanda a partir del momento en que la parte haya subsanado voluntariamente y –en principio– no se abrirá ninguna articulación probatoria ni está prevista –expresamente– ninguna decisión por parte del tribunal.

En ese caso, si por ejemplo el actor subsana al segundo día de los cinco del lapso de subsanación, de inmediato y sin necesidad de resolución judicial se estaría en la fase de contestación de la demanda. A esta conclusión se llegaría a partir de la interpretación literal del artículo 358 ordinal 2° del CPC, que establece que la contestación de la demanda deberá producirse “...en los casos de los Ordinales 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del Artículo 346, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la parte subsane voluntariamente el defecto u omisión conforme al Artículo 350...”.

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en esclarecedora sentencia (aso AERONASA⁴⁵) con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera, despejó toda duda –con criterio vinculante para todos los jueces– sobre la correcta interpretación de esta norma. Interpretación que asimismo resulta aplicable en la labor interpretativa a todas las demás normas procesales en las que puedan haber dudas en relación con la oportunidad para el acto del acto de contestación de la

⁴⁵ Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 21 de noviembre de 2000, expediente n° 00-0312.

demanda o para el ejercicio pleno de cualquier otro acto procesal, en garantía del derecho a la defensa.

La sentencia, en definitiva alude al principio de indubio pro defensa, es decir, en caso de duda ante la interpretación de los lapsos procesales, debe optarse por la que favorece el ejercicio del derecho a la defensa y ello a su vez se concreta con el que permite de manera idónea la realización del mismo. El fallo se fundamenta en el axioma de la inagotabilidad de los lapsos procesales, que se traduce en que el ejercicio del acto procesal dentro del lapso de ley, no agota el lapso mismo, el cual, debe dejarse transcurrir íntegramente para permitir incluso, en plenitud de condiciones la posibilidad de ampliar el acto cumplido (sea la contestación de la demanda, promoción de pruebas, el ejercicio de recursos, etc).

En el caso en comento se estableció el criterio vinculante aplicable, como hemos afirmado, en relación con la oportunidad para contestar después de subsanadas las cuestiones previas que así lo permiten, de la manera siguiente:

“...para decidir esta Sala tiene previamente que determinar el alcance que debe tener el derecho de defensa con relación al demandado, **el cual lo establece como interpretación vinculante:**

1. Siendo la defensa un derecho inviolable en todo estado del proceso, tal como lo reconoce el artículo 49 de la vigente Constitución, dentro de los elementos del debido proceso, derecho que además estaba consagrado en el artículo 68 de la derogada Constitución de la República de Venezuela de 1961, considera esta Sala que la manifestación inequívoca **por parte del demandado de hacer uso de su derecho a contestar la demanda, debe siempre ser interpretado a su favor, ante cualquier ambigüedad y oscuridad de la ley.**

Resulta un absurdo jurídico que la ficción impere sobre la realidad, y que en situaciones ambiguas u oscuras, se prefiera considerar que el demandado no contestó la demanda, dejándolo sin la defensa de la recepción de sus alegatos, antes que reconocerle la utilización efectiva de su derecho.

En fin, la Sala interpreta que en casos de duda, **las normas deben interpretarse a favor de la parte que de manera expresa e inequívoca hace uso de sus medios de defensa.** Es esta clase de interpretación la que garantiza la realización de la justicia, que como fin del proceso establece el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que, cuando surja alguna duda sobre la preclusión de la oportunidad para contestar la demanda, y aparezca en autos la voluntad de contestar, esta voluntad debe imperar sobre la duda, y el término preclusivo debe interpretarse en el sentido que permite la recepción de la contestación de la demanda que efectivamente conste en autos y que por motivos interpretativos se duda que se haya realizado dentro del término destinado por la ley para ello.

No solo en aras de salvaguardar el derecho de defensa de las partes, en este caso del demandado, sino del mantenimiento de la transparencia y la responsabilidad en la administración de justicia (artículo 26 de la vigente Constitución), la interpretación de las normas debe contener la regla *in dubio pro defensa...*”.

(...)

“...2. dentro de este orden de ideas, observa además la Sala, que los términos procesales prevenidos por el legislador para que se actúe dentro de ellos, **deben dejarse correr íntegros, a menos que la ley señale expresamente que la actuación agota el término al momento en que ella ocurre.**

La seguridad para las actuaciones y la preclusión de los lapsos, es clave en el mantenimiento del derecho de defensa y la interpretación de cómo se computan los términos no puede ser otra que la comentada, con la finalidad de garantizar a las partes que puedan utilizar, sin ambigüedades, su derecho a defenderse.

Es mas, si la ley no señala que en estos términos señalados por el legislador para que las partes actúen dentro de ellos, el mismo se agota desde el momento que se obra, **necesariamente hay que dejarlo consumir totalmente**, ya que ha de pensar que la parte que actúa puede hacerlo varias veces dentro del lapso, complementando su primera actuación. Se trata de lapsos en beneficio de las partes...”.

(...)

“...el artículo 358 *eiusdem* expresa que la contestación de la demanda si se hubieren opuesto las cuestiones previas de los ordinales 2º al 6º, tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes a aquél en que la parte actora subsane voluntariamente el defecto de omisión. Para realizar tal subsanación, el artículo 350 del citado código, expresa un plazo de cinco días siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento porque se actúa dentro de él.

Fuera de la necesidad de mantener una interpretación cónsona con la protección del derecho de defensa del demandado, **si el actor tiene cinco días para subsanar dentro de ellos, podría subsanar el primer día de ellos, pero si considerare que no lo hizo bien, o que algo le faltó, aún le quedan cuatro días más, ya que expresamente no indica la norma que se agote el lapso con su actuación, y más bien se le disminuiría su derecho a la defensa, si no pudiese reformar lo que creyere conveniente, sin que esté causando ningún daño a su contraparte.**

En una interpretación estricta del ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, el término para contestar la demanda si se subsanó el defecto que originó la cuestión previa, comienza a correr desde el día en que se subsanó, porque dentro de los cinco días siguientes se contesta al fondo.

Esa interpretación literal obliga al demandado a arrogarse al tribunal donde cursa el juicio, día a día, durante los cinco siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento; sujeto a cualquier sorpresa o hasta lo fortuito.

A juicio de esta Sala, lo que garantiza la igualdad y el cabal ejercicio del derecho a la defensa, es **que vencidos los cinco días para subsanar, consume el lapso para contestar, que también es de cinco días, y que agotados éstos, ingresa el proceso en la etapa de pruebas, que es lo que se deduce del texto del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil, cuando reza que al día siguiente del vencimiento del lapso de emplazamiento; es decir, del final de un término independientemente de en cuál fecha dentro de él se contestó la demanda, quedará el juicio abierto a pruebas, sin necesidad de decreto o providencia alguna del juez...". (destacado nuestro).**

6.2. Contradice o no hace nada

Si la parte actora contradice las cuestiones previas o no subsana dentro del lapso de cinco (5) días de despacho posteriores al vencimiento del lapso de emplazamiento, –en ambos casos– se entenderá abierta de pleno derecho una articulación probatoria de 8 días para promover y evacuar pruebas, y el juez deberá sentenciar al décimo día de despacho siguiente al vencimiento del lapso probatorio.

Para el caso en el que la parte demandada impugne la subsanación voluntaria efectuada por el demandado, será necesaria la resolución del tribunal que se pronuncie sobre la subsanación en orden a la eficacia de la misma.

En el supuesto de que el actor subsane voluntariamente e independientemente de la procedencia o no de la resolución del tribunal homologando tal subsanación, si el demandado procede a dar su contestación, debe interpretarse que ha considerado satisfactoria la subsanación.

Sin embargo, la dinámica del procedimiento ordinario impone a las partes, sobre todo en esta etapa del juicio, el deber de atender con sumo cuidado los lapsos, pues el demandante puede subsanar voluntariamente; o negar expresa o tácitamente la procedencia de la cuestión previa, lo cual provocará distintos escenarios desde un punto de vista meramente procesal. También puede el demandado pedir al tribunal se pronuncie sobre la idoneidad de la subsanación, o impugnarla. Además, se deben tomar en

cuenta máximas como las de celeridad y economía procesal. Si el demandado guarda silencio o contesta, debe interpretarse que el demandando consideró que la subsanación fue idónea y el tribunal no tiene por qué presumir lo contrario.

A esta posición se opone el Dr. Nelson Briceño Pinto⁴⁶, quien señala que el juez debe examinar las pruebas, determinar si efectivamente se ha subsanado el vicio, y luego, comenzar a contar el lapso de emplazamiento.

Con respecto al trámite de la incidencia probatoria, esta se inicia como consecuencia de la contradicción del actor la cual puede ser *expresa* al negar de manera clara y determinante la cuestión previa promovida, o *tácita*; cuando no rechaza la cuestión previa ni conviene en la subsanación voluntaria. De allí que, salvo en el caso de la subsanación voluntaria, en estas cuestiones previas la apertura del lapso probatorio se dará de pleno derecho, como se sigue de los artículos 352 y 350 del CPC.

La sustanciación de la incidencia supone una fase conjunta de ocho (8) días de despacho para promover y evacuar las pruebas que las partes estimen procedentes, debiendo tener en cuenta que la carga de la prueba se repartirá conforme al principio general de la materia establecido por el artículo 506 del CPC, "...las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho...". Luego, el tribunal deberá decidir al décimo día siguiente al último de la articulación, con vista a las conclusiones escritas que las partes hayan presentado dentro del referido término.

Si las cuestiones previas son declaradas con lugar, el actor deberá subsanar las deficiencias en los precisos términos ordenados por el fallo. Para ello, el proceso se suspende hasta que el demandante subsane dichos defectos u omisiones dentro del plazo de cinco días de despacho a contar del pronunciamiento del juez; de no hacerlo, se produce la extinción del proceso y, en concordancia con el artículo 271 *eiusdem*, no se podrá ejercer la misma pretensión sino hasta después de transcurridos noventa días continuos contados a partir de la decisión del tribunal.

En nuestro parecer, resulta inadecuada la expresión utilizada por el artículo 354 del CPC al señalar que «...el proceso se suspende hasta que el

⁴⁶ Nelson Briceño, *Ob. cit.*, pp. 50-52.

demandante subsane dichos defectos u omisiones...» ya que no es fácil concordar los efectos propios de la paralización del curso de la causa –la consecuencia lógica de toda suspensión del curso de la causa es la paralización de los lapsos y actos procesales, lo que a su vez implica, que no puedan las partes instar válidamente en el juicio– con la carga procesal que al mismo tiempo se le impone al actor en cuanto al deber de impulsar idónea y oportunamente la causa paralizada a través de la subsanación ordenada.

Ahora bien, es necesario citar el criterio de la Sala de Casación Civil, en relación con la oportunidad de contestar en caso de subsanación o cuando no la hay. Llama la atención que en el caso **CEDEL VS MICRISOFT**⁴⁷, a pesar de estar en plena vigencia el criterio vinculante de la Sala Constitucional –Caso **AERONASA**– se adoptó un parecer contrario en esta sentencia que es de fecha posterior –16 de noviembre de 2001–, la cual se transcribe parcialmente:

“...a la letra del artículo 358 ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil, en caso de que la parte actora subsane voluntariamente el defecto u omisión imputado al libelo, si no hay impugnación, el lapso de cinco días para contestar la demanda comienza a correr al día siguiente de que la actora subsane voluntariamente sin necesidad de que el Juez, de oficio, deba pronunciarse acerca de si la actora subsanó correcta o incorrectamente desde luego que ello, significaría tanto como quebrantar el principio de no poder actuar de oficio salvo expresa autorización de la ley.

Ahora bien, como la demandada también tiene el derecho de objetar el modo como la actora subsanó el defecto u omisión imputados al libelo, puede la accionada, dentro de ese lapso que le nació como consecuencia de la conducta de la actora, impugnar u oponerse a la subsanación, razonando debidamente sus objeciones, como efectivamente lo hizo la demandada de autos en los escritos de fechas 29 de septiembre de 1997 y 7 de octubre de 1997.

⁴⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Franklin Arreche, de fecha 16 de noviembre de 2001, expediente nº 00-132.

De esta manera y como consecuencia de tal oposición nace para el Juez el deber de emitir un pronunciamiento donde determine si la parte subsanó correctamente o no el defecto u omisión imputado al libelo, pronunciamiento éste que por no tener un lapso previsto expresamente en la ley, debe ser emitido dentro del plazo consagrado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, y al cual le serán aplicables los mandatos de los artículos 252 y 276 eiusdem.

Es de advertir que los Jueces deben ser celosos y dar vigencia al contenido del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, en los casos de impugnación a la subsanación voluntaria de la parte actora para impedir que la demandada se oponga o impugne únicamente con la intención de demorar el proceso, lo que constituiría una presunción de temeridad o mala fe de acuerdo a lo previsto en el ordinal 1º del Parágrafo Único del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

De esta manera se modifica el criterio establecido en la sentencia de fecha 24 de abril de 1998, anteriormente citada, modificación ésta que deberá aplicarse a las situaciones fácticas producidas a partir del día siguiente a la publicación de esta decisión...”.

Una vez que el Tribunal se pronuncia sobre la idónea y oportuna subsanación –en caso de haber habido oposición– el juicio seguirá adelante ó se extingue –según el contenido del fallo que se profiera– produciendo los efectos del artículo 271 dependiendo de si se hubieren subsanado correctamente o no los defectos u omisiones señalados por el juez.

Cabe la interrogante si, siendo posible la reforma del libelo de la demanda por una sola vez antes de la contestación según el artículo 343 del CPC., y de si opuestas las cuestiones previas, y no contestada la demanda, sigue siendo posible reformar.

La doctrina **ESCOVAR LEÓN**⁴⁸ ha negado tal posibilidad en una lógica posición que atiende al equilibrio e igualdad procesal –artículo 15

⁴⁸ ESCOVAR LEÓN, Ramón; *La Demanda*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, p. 63, 1987.

CPC-, criterio que hacemos nuestro en todas sus partes⁴⁹, conforme al cual « "...La reforma de la demanda debe hacerse por 'una sola vez', (...). Dicho lapso se cuenta, a mi parecer, desde la citación del demandado y hasta la oportunidad de la contestación. Lógicamente, si el demandado en lugar de contestar, **decide oponer cuestiones previas, en dicho momento precluye para el actor su oportunidad de reformar la demanda...**" (Destacado nuestro).

Otro aspecto que es importante tener presente es que cuando se promueve la cuestión previa de falta de jurisdicción del ordinal 1º del artículo 346 del CPC, conjuntamente con una cuestión previa subsanable, el período de cinco (5) días siguientes al lapso de emplazamiento para subsanar, transcurre coetáneamente con el lapso que tiene el juez para decidir sobre la falta de jurisdicción para luego, dependiendo del caso o de si se solicita o no la regulación de jurisdicción, abrir el lapso probatorio al que se refiere el artículo 352 eiusdem.

7. Oportunidad para contestar

A manera de conclusión, deben distinguirse dos momentos en los que es posible la subsanación de los vicios o cuestiones previas de los ordinales 2 al 6, y según sea el caso podrán generar decisiones cuyos efectos pueden variar.

En efecto, pueden ocurrir las siguientes situaciones:

7.1. Subsanción Voluntaria, que a su vez tiene dos supuestos

El artículo 350 del CPC establece la manera de subsanar voluntariamente las cuestiones previas de los ordinal 2 al 6. Estimamos que es clara y concreta dicha disposición, permitiendo a la parte actora acogerse a cualesquiera de las formulas allí previstas para lograr el efecto depurador del proceso que constituye el cometido de la norma.

⁴⁹ Esta fue igualmente la posición que adoptó la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 15 de junio de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Escarrá Malavé, expediente nº 11.317.

- a.1. Si no es objetada por el demandado la subsanación, o no presenta ningún inconveniente, la contestación tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del lapso de subsanación, acogiendo quien estas líneas escribe, el criterio vinculante de la Sala Constitucional caso **AERONASA**.
- a.2. Que el demandado impugne la subsanación y en consecuencia requiera al tribunal se pronuncie sobre la idoneidad de la misma. En este caso estimamos que la vía procesal idónea para la resolución de esta incidencia será la del artículo 607 del CPC ya que es una situación no expresamente regulada por el Capítulo de las cuestiones previas. Si la sentencia declara inidónea o extemporánea la subsanación, el proceso se extingue a tenor de lo previsto en el artículo 354, en concordancia con el 271 del CPC, en el entendido de que esta decisión admite recurso de apelación –la cual se oírá libremente–.

Si la decisión establece la conformidad de la subsanación, el juicio continúa, teniendo lugar la contestación dentro de los (5) cinco días siguientes a la sentencia –ordinal 2, del artículo 358 del CPC–.

7.2. Subsanación ordenada por el tribunal

En caso que la subsanación sea ordenada por la sentencia ex artículo 354 del CPC, pueden ocurrir los siguientes supuestos:

- b.1 El proceso se suspende por cinco (5) días dentro de los cuales el actor debe subsanar el vicio según lo señalado por el juez en la sentencia que declaró con lugar la cuestión previa. Si subsana “debidamente” –actividad que deberá determinar el tribunal en la sentencia-, el juicio se reanuda y la contestación de la demanda tiene lugar dentro de los cinco (5) días siguientes a esta homologación. Si no se subsana “debidamente”, el proceso se extingue y operará la imposibilidad pro tempore que impedirá al actor incoar la misma pretensión mientras no transcurran 90 días continuos a partir de la decisión.

- b.2. Si el demandante no subsana dentro del plazo de cinco (5) días, el proceso se extingue produciéndose el mismo efecto del supuesto anterior.

8. Recursos

El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil no prevé recurso alguno para el caso de las cuestiones previas subsanables –ordinales 2 al 6– ; sin embargo, la doctrina y jurisprudencia reiterada desde la sentencia del 10 de agosto de 1989, de la Sala de Casación Civil, y retomada en varias oportunidades por la misma sala, ha considerado que la decisión que rechaza la subsanación si tiene apelación ya que se trata de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva que causa gravamen irreparable, y por lo tanto amerita la revisión de la alzada. Esta revisión se produce a través del recurso de apelación, el cual deberá admitirse en ambos efectos, y la decisión del tribunal de alzada goza del recurso de Casación si se dan los supuestos de ley para su admisión.

Lo que no tiene apelación y en eso ha sido conteste la doctrina y jurisprudencia, es la decisión del juez que considera subsanado el defecto ya que lo niega expresamente el legislador –y agregamos nosotros, no se produce ningún gravamen irreparable–. En este supuesto el proceso continúa.

9. Costas

En virtud de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 350 del CPC, en los casos de los ordinales 2º al 6º del artículo 346, no hay condena en costas a la parte que subsana voluntariamente el defecto u omisión, lo cual es fácil de entender –explica la Exposición de Motivos– ya que así se estimula al demandante a subsanar rápidamente el defecto, ya que es él a quien le interesa terminar con la incidencia para continuar con el juicio lo antes posible; y, a su vez, desanima al demandado a proponer cuestiones previas sin fundamento para prorrogar la discusión del asunto.

No obstante, de la interpretación literal y restrictiva del artículo 350 puede concluirse que la única manera de que no se produzcan costas es que el demandante subsane el defecto u omisión alegados, y que lo haga

idóneamente, por tanto, la subsanación deficiente sí producirá la imposición de las costas por parte del juez.

III. LAS CUESTIONES PREVIAS NO SUBSANABLES -ORDINALES 7º A 11º-

Las cuestiones previas reguladas en los ordinales 7º al 11º del artículo 346 CPC, están estructuradas de manera distinta en cuanto a su trámite, efectos y régimen de los recursos. En una primera y evidente diferencia respecto de las analizadas en el capítulo anterior, se observa que estas cuestiones previas no son subsanables y requieren ser contradichas de manera expresa ya que ante el silencio del actor opera una presunción legal de aceptación o admisión de las que no hubiere rebatido expresamente, tal como lo prevé el artículo 351 *eiusdem*. En cuanto a los supuestos desarrollados en los ordinales 9, 10 y 11, -cosa juzgada, caducidad legal y la prohibición de admitir la acción propuesta-, habida cuenta de los efectos extintivos de la declaratoria con lugar de las mismas, la decisión que recae sobre éstas admite recurso de apelación como se verá.

1. Condición o plazo pendiente -Ord. 7º-

Como quiera que toda acción está supeditada a un derecho y, todo derecho vinculado a su vez a una obligación correlativa, entonces se entiende que la cuestión previa de condición o plazo pendiente es procedente en el caso de que sea propuesta una acción para reconocer un derecho cuando aún éste no sea exigible, bien porque no se ha materializado la condición o bien por estar pendiente un término para que sea exigible, en cuyo caso, ni siquiera habría nacido la obligación.

Esta cuestión previa está íntimamente vinculada con el concepto de obligación condicional, y en tal sentido, el artículo 1.197 del Código Civil dispone que "...la obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto...". La condición será suspensiva⁵⁰ cuando la obligación se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto, mientras que será resolutoria aquélla de cuya realización depende la extinción de la obligación.

⁵⁰ Art. 1198 Código Civil.

Las obligaciones pueden ser pactadas a término, definido como el acontecimiento futuro y cierto del cual se hace depender el cumplimiento o la extinción de una obligación. El término puede ser suspensivo o extintivo según se haga depender del mismo, la exigibilidad o extinción de la obligación, respectivamente. Otras clasificaciones se refieren al término en función a la certeza del mismo –término cierto e incierto–; a su origen –contractual, legal o judicial–; a su naturaleza –expreso o tácito–.

Al juez le está vedado entrar a analizar, en esta fase del juicio, si el demandado está obligado o no al cumplimiento de la obligación, pues se alega, precisamente, que la condición no se ha cumplido o que el plazo fijado para su cumplimiento, no se ha verificado aún, por lo que resulta su labor de interpretación del contrato debiendo en la decisión limitarse a la constatación de la existencia del término o de la condición alegada.

Se sostiene en el foro –con argumentos válidos– que el juez no debería admitir la demanda cuyo plazo o condición –a los fines de la exigibilidad– aún no se ha cumplido, lo cual luce lógico, ya que el derecho de accionar depende justamente del cumplimiento de la condición o del término, pues fue ese el objetivo por el cual las partes pactaron bajo esa modalidad. En el procedimiento por intimación previsto a partir del artículo 640 del CPC., por ejemplo, es requisito indispensable para la admisión de la demanda, que la obligación sea líquida y exigible al momento de introducción del libelo, y en caso contrario, el juez está facultado para negar la admisión de la demanda –Art. 643 CPC–.

Sin embargo, en materia de juicio ordinario el juez no puede suplir defensas, por lo que corresponde a la demandada hacer valer sus argumentos en relación con la condición o plazo pendiente por la vía de la cuestión previa, siendo esta una carga procesal.

2. Prejudicialidad –Ord. 8º–

Esta cuestión previa tiene como cometido la suspensión del curso del juicio mientras se decide otro proceso distinto, pero con el cual mantiene pendencia el nuevo proceso, al punto que la sentencia de uno incidirá definitivamente en la continuación o suerte del otro.

La prejudicialidad requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1. Que se trate de dos *procesos judiciales* distintos y que no se puedan acumular, sin importar en que tribunales, estado o grado se encuentren, esto es, la existencia efectiva de una cuestión vinculada con la materia del asunto a ser debatido ante la jurisdicción ordinaria;
2. Que en el juicio cuya prejudicialidad incide –según la afirmación del promovente de la cuestión previa- y que se pretende suspender, no se haya dictado sentencia definitivamente firme;
3. Que exista vinculación directa entre la resolución judicial que habrá de recaer en el otro proceso, frente a la pretensión esgrimida en el que ha sido promovida la cuestión previa.

Sobre este particular es preciso aludir la decisión de fecha 21 de Noviembre de 1996, caso Banco Provincial contra el Banco Central de Venezuela en la que la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia se refirió a la prejudicialidad en los siguiente términos:

“...se entiende por prejudicialidad, toda cuestión que requiere o exige resolución anterior y previa a la sentencia de lo principal por estar o hallarse ésta subordinada a aquélla. La mayoría de las cuestiones prejudiciales son penales, porque de éstas nacen acciones civiles que pueden ser intentadas conjunta o separadamente de aquéllas y sería ilógico y antijurídico que pudiera darse curso a la acción civil sin estar reconocida por sentencia firme la perpetración del hecho delictuoso. Así, la suspensión del procedimiento civil cuando existe una cuestión prejudicial penal constituye la consecuencia lógica de lo debatido (artículo 6 del Código de Enjuiciamiento Criminal)...”⁵¹.

⁵¹ *Banco Provincial, S.A. contra Banco Central de Venezuela*, Sala Político-Administrativa, en fecha de 21 de noviembre de 1996, exp. N° 12.084.

En cuanto que la relación que debe existir entre un juicio y otro, debe ser circunstancial o simple, sino que por el contrario, debe existir una relación de vinculación de tal modo directa que haga depender el curso de la causa en la que se invoca la cuestión previa. En la jurisprudencia en referencia; la Corte estimó que no existía relación directa ni indirecta entre el juicio penal y la acción de cobro de bolívares que ante la Sala Político-Administrativa intentó un banco comercial contra el Instituto Emisor.

3. Cosa juzgada –Ord. 9º–

Es un efecto de la sentencia que persigue impedir que se sustancie un nuevo proceso que contenga idénticos elementos constitutivos de la pretensión (sujetos, objeto y título o causa petendi) respecto de una que ya ha sido decidida. Los artículos 272 y 273 del Código de Procedimiento Civil establecen a la letra lo siguiente: «artículo 272: ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita».

Se concreta en esta norma la llamada cosa juzgada formal; mientras que el artículo 273 en concordancia con el artículo 1.395, ordinal 3 del Código Civil regulan la cosa juzgada en sentido material –como típico efecto jurídico derivado del proceso– en los siguientes términos: «La sentencia definitivamente firme es ley de las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso.»

La cosa juzgada material tiene como finalidad evitar un nuevo fallo sobre lo que ha sido objeto de una sentencia previa, lo cual, además de crear situación de eventual contradicción entre ambas sentencias es consona con el principio del *nom bis in idem* que, consigue asidero tanto en el Código de Procedimiento Civil, en el Código Civil e incluso, de alguna manera, en el ordinal 7 del artículo 49 de la Constitución que prevé que: «Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.»

La llamada cosa juzgada sustancial es la que se refiere a su extensión, por un lado, y a la presunción de verdad que le otorga la ley, por otro. Esta presunción de verdad tiene la siguiente justificación y es que “...los derechos adquiridos por decisión de la justicia no tendrían estabilidad algu-

na si ellos pudieran ser objeto de litigios constantes entre las mismas partes intervinientes...”.

Pero esta presunción de verdad no es absoluta, pues como lo ha señalado la Sala de Casación Civil desde sentencia del 5 de marzo de 1997, «cuando la cosa juzgada es producida con graves anomalías del procedimiento u obtenida con dolo, o sin el respeto al ejercicio del recurso que corresponda, no puede considerarse como tal cosa juzgada material, sino como una ‘cosa juzgada aparente’», pues tales vicios en el procedimiento, hacen inexistente el fallo, y no sólo anulable. Hoy con el recurso de revisión constitucional y la teoría del fraude procesal que ha cimentado la Sala Constitucional, quedan reforzadas tales premisas.

La cosa juzgada sólo será procedente en la medida que las pretensiones del actor en su libelo hayan sido resueltas por decisión definitivamente firme y de fecha anterior a la nueva demanda. Pero no toda decisión sobre alguna de esas pretensiones, necesariamente, tuvo que haberse planteado en virtud de una discusión de la misma extensión.

En los trámites de ejecución de un fallo, no pueden variarse las disposiciones contenidas en él ni resolverse cuestiones sustanciales no planteadas en el curso del proceso, porque ello conduciría a establecer nuevas declaraciones que darían lugar a la interposición del recurso de casación al amparo del ordinal 3 del artículo 312 del CPC.

Téngase presente que el artículo 1.395, numeral 3 del Código Civil, al referirse a lo que se entiende por presunción legal, alude a la autoridad que da la ley a la cosa juzgada siempre que concurren los siguientes requisitos: i) que se trate del mismo objeto de la sentencia anterior; ii) que la cosa demandada sea la misma, que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; iii) que sea entre las mismas partes, y que estas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior. En este sentido podemos agregar que si se trata de varias pretensiones y el actor persigue con una o algunas de ellas algo que cumple con los requisitos anteriores, los efectos extintivos derivados del silencio establecido en el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, se extenderán sólo a aquellas pretensiones sobre las cuales verse la cosa juzgada, más no sobre las que pudieran haberse planteado por vez primera en el nuevo juicio.

Surge sobre esta cuestión previa un aspecto interesante, y es el referido a los efectos de la cosa juzgada que emana de procesos concluidos por vía de auto composición procesal, particularmente la transacción, convenio o desistimiento de la acción. En estos casos, si bien es cierto que se trata de manifestaciones de voluntad esencialmente irrevocables, no es menos verdad que, a los fines de la certeza que emana de la cosa juzgada requieren del acto de homologación que debe impartir el tribunal. Sin embargo, cabría la pregunta si ¿será posible oponer la cosa juzgada invocando un proceso concluido a través de alguno de estos medios de auto composición sin que aún se hubiere homologado por el tribunal?. Deberá el actor contradecir la cuestión previa en referencia sobre la base de la falta de homologación?

En nuestro parecer, constituye requisito necesario el auto del tribunal homologatorio de la transacción, desistimiento o convenio a objeto de que pueda reconocérsele los efectos de la cosa juzgada, ya que dicho auto es cónsono con la facultad inherente al juez de analizar el cumplimiento de los extremos legales de capacidad, oportunidad, materia y demás formas sustanciales que se requieren para acudir a estas vías o medios de auto composición procesal.

Hemos aludido ya por ejemplo al caso de la negativa de la Sala Político Administrativa de homologar transacciones cuando está pendiente de resolución la cuestión previa de falta de jurisdicción, al considerar que el orden público que implica esta denuncia, no permite disponer del proceso. Además, están los casos en los que expresamente se prohíben las transacciones (derechos extrapatrimoniales, derechos patrimoniales sobre bienes inalienables, del dominio público), es por ello que, a manera de conclusión, estimamos que solo surtirá los efectos plenos de la cosa juzgada el acto transaccional o los otros equivalentes, previa la homologación por parte del juez.

Para que la cosa juzgada pueda ser opuesta como cuestión previa debe ser entendida como cosa juzgada material en los términos que lo prevé el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, ya que es esta, precisamente, la que otorga verdadera certeza sobre la inmutabilidad de la sentencia, y no la cosa juzgada formal que, como se sabe, es susceptible de ser impugnada –por vía de apelación y casación– y modificada por la definitiva.

En caso que no sea propuesta como cuestión previa, la cosa juzgada puede alegarse conjuntamente con las demás defensas de fondo según lo regulado por el artículo 361 del CPC. Además, la Sala de Casación Civil, reconoció la posibilidad de alegarla en informes, bajo el siguiente parecer:

“resulta oportuno precisar que la regla contenida en el artículo 364 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la cual, terminada la contestación o precluido el plazo para realizarla, no podrá ya admitirse la alegación de nuevos hechos, ni la contestación a la demanda, ni la reconvenición, ni la cita de terceros a la causa, se refiere a los hechos relativos al fondo de la controversia, pues en relación con los hechos del proceso, los cuales pueden incluso sobrevenir a la contestación, al ser alegados deben ser resueltos, pues de lo contrario la sentencia producida no puede tenerse como una decisión expresa, positiva y precisa dictada con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones y defensas opuestas, mas aún en el caso de autos, donde la representación del demandado, hoy formalizante, alegó en la oportunidad de informes ante la alzada la existencia de cosa juzgada, cuestión perentoria y determinante en la suerte del proceso” (negrillas nuestras). (sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 16 de febrero de 2001, Expediente 00-145, con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Ramírez Jiménez también en expediente 00-028 sentencia del Magistrado Franklin Arrieché G., de la misma Sala).

4. Caducidad de la acción prevista por la ley –Ord. 10º–

La caducidad de la acción está vinculada con la posibilidad que tiene el actor de proponer la demanda en el entendido que este derecho de accionar está referido a un lapso establecido de manera expresa por la ley. Es importante destacar que el legislador se refiere en la cuestión previa bajo análisis a la caducidad legal más no a la contractual, la cual ha quedado relegada, a la luz de este planteamiento, como defensa de fondo más no como cuestión previa, habida cuenta del carácter taxativo que las distingue.

Otro aspecto que no debe confundirse es la diferencia que existe entre caducidad y perención, ya que la primera, como señalamos está

referida al derecho de accionar dentro de un lapso establecido en la ley, el cual corre a todo evento; mientras que la perención constituye un instituto procesal de carácter netamente sancionador, que supone el ejercicio concreto de la acción, la cual se extingue a causa de la perención que se concreta por inactividad imputable a los litigantes en cuanto al deber de instar el proceso bajo determinadas condiciones⁵².

Tampoco debe confundirse con la prescripción de la acción, pues esta se verifica por la negligencia del titular en el ejercicio del derecho, mientras que la caducidad tiene efecto haya o no descuido en el oportuno ejercicio, basta el transcurso del tiempo para que opere el efecto derivado de la caducidad.

La casación ha sostenido que la caducidad es una sanción jurídica procesal en virtud de la cual el transcurso del tiempo fijado por la ley para el valimiento de un derecho acarrea la inexistencia del derecho mismo que se pretende hacer valer con posterioridad, y que la caducidad no se interrumpe sino que ésta se consume⁵³. Más aún, nuestro más alto tribunal también ha hecho la distinción entre la caducidad legal y la convencional. La primera ha sido creada como protección de intereses sociales, por estar siempre envuelto el orden público, y por tanto, es irrenunciable. La caducidad contractual, en cambio, por estar sustentada en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, puede ser renunciada.

Pero la caducidad convencional no puede bajo ninguna circunstancia desnaturalizar la institución, por ejemplo cuando a los fines de la caducidad contractual se exigen no sólo la interposición de la demanda dentro de un plazo más o menos breve convencionalmente aceptado, sino que se agrega el evento de la citación del demandado a los fines de que se entienda oportunamente ejercitada la acción. Esto, ha establecido la jurisprudencia, por tratarse de una cuestión que no depende directamente de las partes sino del Tribunal y más particularmente de otras circunstancias ajenas al actor, tales como el Alguacil, el medio de comunicación social escogido por

⁵² Véase art. 267 CPC.

⁵³ Véanse sentencias de la Sala de Casación Civil, del 25 de octubre de 1972 y del 10 de noviembre de 1964, referidas en: Creaciones San Marino, S.R.L. contra Seguros La Seguridad, C.A., sentencia del Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, 24 de mayo de 1993, exp. N° 2663.

el Juez para la publicación, etc, no puede imponérsele al actor como sanción o pérdida alguna de sus derechos por la inexecución o ejecución tardía de la función de aquel ⁵⁴.

Como se afirmó, la cuestión previa del ordinal 10 es procedente sólo en caso de la caducidad legal, pues señala de manera clara e inequívoca el Código en el ordinal comentado: "La caducidad de la acción establecida en la Ley", por lo que la caducidad convencional sólo podrá ser opuesta como defensa de fondo.

Variados son los supuestos en los que la ley establece la caducidad de la acción cuando esta no es propuesta de manera oportuna, siendo alguno de ellos los siguientes:

- La llamada acción de nulidad de asambleas en materia mercantil. En ese caso está previsto un plazo perentorio de quince (15) días para el ejercicio de la acción de impugnación de la asamblea según lo dispone el artículo 290 del Código de Comercio. Este lapso se amplió a un año en el artículo 53 de la vigente Ley del Registro Público y del Notariado.
- El lapso de caducidad de seis (6) meses establecido en el artículo de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, para la interposición de la demanda de nulidad de actos de efectos particulares.
- En caso de venta por parte del comunero de su cuota parte de un bien pro indiviso, debe ofrecérsela primero a los demás comuneros, so pena de tener estos el derecho de ejercer el retracto legal, según lo dispuesto en los artículos 1.546 y 1.547 del Código Civil, estableciéndose en este caso una caducidad de cuarenta días (40) siguientes a la protocolización del documento de venta del inmueble ante el Registro Público para el ejercicio del retracto.
- De acuerdo con el artículo 43 del Código Civil, el reembolso que se hace por causa del matrimonio prometido y no llevado

⁵⁴ Creaciones San Marino, S.R.L. contra Seguros La Seguridad, C.A., Supra n. Anterior.

a efecto puede ser exigido sólo dentro del plazo de dos (2) años desde el día que pudo exigirse el cumplimiento de la promesa.

- El lapso para pedir la nulidad del matrimonio con base en los artículos 46, 51, 52, 55, y 56 del Código Civil, según disposición de los artículos 117 y 118, y el señalado para impugnar el matrimonio contraído por personas de las cuales una no hubiese llegado a la edad requerida, según el artículo 120 *eiusdem*. El lapso establecido en el último aparte del artículo 117, sobre la competencia del funcionario, y de la inasistencia de testigos al matrimonio.
- También caduca la acción de impugnación del matrimonio celebrado por personas que no hubiesen llegado a la edad requerida para hacerlo, si los contrayentes alcanzan dicha edad y no se ha propuesto ninguna acción, o cuando la mujer que no tenga la edad exigida haya concebido, antes de presentada la acción, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 Código Civil.
- De acuerdo con el artículo 296 *eiusdem*, la acción de desconocimiento del hijo no se puede intentar después de transcurridos seis (6) meses de su nacimiento o de conocido el fraude cuando este se ha ocultado. O por los herederos de quien debía ejercer la acción, dentro del mismo lapso anterior, pero no después de dos (2) meses contados según el artículo 207 del referido Código.
- La acción para reclamar el estado de hijo legítimo, puede ser intentada por los herederos o descendientes del hijo que murió sin haber efectuado el reclamo, únicamente en el caso de que haya muerto siendo menor, o en los dos (2) años siguientes a su mayoría de edad, según el artículo 229 del Código Civil.
- En los juicios en los que se dicten sentencias declarativas de reconocimiento o negación de filiación o reclamación o negación de estado, los interesados pueden demandar a quienes fueron partes en el juicio, para que se declare la falsedad del

estado o de la filiación, siempre que se haga dentro del año siguiente a la publicación de la sentencia, según lo prevé el artículo 507, ordinal 2º C.C.

- Los acreedores de la herencia contra los legatarios para pedir la separación del patrimonio del *de cuius* y el de heredero, sólo puede proponerse dentro de cuatro (4) meses a contar de la apertura de la sucesión.
- El plazo para intentar la demanda de revocación de una donación por causa de ingratitud es de un (1) año, según establece el artículo 1461 Código Civil.
- El lapso que tienen el comprador o el vendedor para promover la acción destinada a la revisión del precio pagado o recibido por la cosa, según el caso, prevista en el artículo 1.500 *eiusdem*, es de un (1) año.
- La responsabilidad del arquitecto y del empresario del edificio es de diez (10) años después de terminada la construcción, y la acción de indemnización caduca a los dos (2) años. (artículo 1637 C.C.)
- El lapso de los socios para impugnar la decisión a quien se ha confiado la designación de la parte de cada una de las ganancias o pérdidas en el ejercicio social es de tres (3) meses, a tenor del artículo 1663 C.C.

5. Prohibición legal de admitir la acción propuesta –Ord. 11º–

Este cuestión previa será procedente en los casos en que la ley –de manera expresa– prohíbe el derecho de accionar en razón a la naturaleza del hecho material invocado, es decir, niega la posibilidad de accionar ante el tribunal en procura de la protección del derecho que se pretende vulnerado.

También queda contemplado dentro de esta cuestión previa, el caso de que la ley sólo otorgue derecho de accionar por determinadas causales o circunstancias, que no son las alegadas en el caso particular, por

ejemplo de cuando se pretender demandar en divorcio por alguna causal distinta a las que está expresa y taxativamente tipificadas en los artículos 185 y 185A del Código Civil, o en el caso previsto en el artículo 189 *eiusdem*, sobre las causas únicas para la separación de cuerpos.

Otro ejemplo de este tipo son las disposiciones testamentarias a favor de personas afectadas de incapacidad, que son nulas aunque se las haya simulado en la forma de un contrato oneroso u otorgado bajo el nombre de personas interpuestas, según el artículo 848 del Código Civil. También, en materia de partición, la acción de rescisión no es procedente en contra de la transacción celebrada después de dicho acto, la cual no se admite contra la venta del derecho hereditario hecha sin fraude a uno de los herederos, ex artículo 1.122 *eiusdem*.

La ausencia del derecho de acción que tienen las obligaciones naturales es principio jurídico de pacífica aceptación, al igual que la improcedencia del alegato del pago de lo indebido en el caso de que fuera pagada voluntariamente la deuda proveniente de una obligación natural, es decir, que no está sujeta a repetición. En ese sentido las deudas provenientes de juego carecen de acción, aún cuando conservan su carácter de obligaciones naturales. (artículos 1178 y 1801-1803 C.C., respectivamente).

El artículo 1.482 del Código Civil, establece una serie de supuestos que prohíben la compra-venta entre determinada categorías de personas, como sería el caso de la compra por parte de los padres respecto de los bienes de sus hijos sometidos a su potestad; los tutores, protutores, o curadores, respecto de los bienes propiedad del sometido a tutela, protutela o curatela respectivamente, o el llamado pacto de cuota litis, aludido en el último aparte de dicho artículo, según el cual, los abogados no pueden, directamente o a través de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio.

Basados en estos supuestos, podría pensarse en la procedencia de la cuestión previa del ordinal 11° ya que si el legislador quiso prohibir la celebración de estos actos jurídicos, es lógico concluir que la acción para hacer valer tales prohibiciones está proscrita. Sin embargo, no fue esa la opinión sostenida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ni la que la actual Sala Político-Administrativa del Tribunal Su-

premo de Justicia ha fijado, ya que en ponencia de la Magistrado Dra. Yolanda Jaimez Guerrero, en el expediente 15.121, ratificó el carácter restrictivo que debe darse a lo que debe tenerse por prohibición de admitir la acción propuesta, concluyendo que sólo se puede aplicar tal prohibición al derecho de accionar, cuando la ley, de manera categórica excluya tal posibilidad. La Sala, en definitiva es del siguiente parecer:

“...debe proceder en criterio de la Sala, cuando el legislador establezca –expresamente– la prohibición de tutelar la situación jurídica invocada por la persona que en abstracto coloca la norma como actor, o bien, como lo ha indicado reiteradamente la Sala de Casación Civil, cuando aparezca claramente de la norma, la voluntad del legislador de no permitir el ejercicio de la acción.

Siendo ello así debe entonces, precisarse en esta oportunidad que –en sentido lato– la cuestión previa contenida en el ordinal 11° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, comprende tanto a las situaciones en las que una disposición legal no otorgue acción (la excluya expresamente) como cuando la ley la somete al cumplimiento de determinados requisitos de admisibilidad.

En efecto, aunque en sentido estricto cabe diferenciar entre las demandas que estén prohibidas expresamente por la Ley o que bien aparezca clara la intención del legislador de prohibirlas, de aquellas demandas cuya admisibilidad está sujeta al cumplimiento de cierta clase de requisitos, lo cierto es que tanto en uno como en otro caso estamos en presencia de supuestos de inadmisibilidad de la demanda por así disponerlo la Ley. En el primer grupo, esto es, en las demandas expresamente prohibidas por el legislador, puede enunciarse, entre otros casos y a título de ejemplo, aquellas cuya pretensión sea lo adeudado por juego de suerte, azar, envite o apuesta, conforme a los términos del artículo 1.801 del Código Civil. En tales situaciones, existe una prohibición absoluta del legislador que no está sometida al cumplimiento o acaecimiento de algún requisito.

En los casos que la doctrina nacional cita, se ve que el elemento común para considerar prohibida la acción es precisamente la existencia de una disposición legal que imposibilite su ejercicio. Cuando ello sucede así la acción y consecuentemente la demanda, no podrá ser admitida por el órgano jurisdiccional.

No obstante, en criterio de la Sala no debe confundirse la existencia de una disposición expresa de la Ley que impide el ejercicio de la acción, con otras disposiciones del ordenamiento jurídico que exijan el cumplimiento de requisitos previos para poder admitirse las demandas.

Efectivamente, existe una serie de normas procesales que exigen al actor el cumplimiento de requisitos previos o la presentación de documentos específicos para que el juez admita la demanda. Es lo que en doctrina se denomina como documentos-requisitos indispensables para la admisión de la demanda. En tales supuestos la ley asigna a esos instrumentos, no solo la función de medios de pruebas sino que los requiere para realizar un determinado acto procesal, como lo sería la admisión de la demanda.

Sin embargo, para el caso específico del poder que acredite la representación del actor, si bien la ley exige la presentación del mismo junto con el libelo, no es menos cierto que conforme a los principios que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, su no consignación o la presentación de un poder defectuoso no puede bajo ningún motivo acarrear la inadmisibilidad de la demanda, toda vez que en primer lugar, no se trata de uno de los supuestos que contempla la norma procesal, aunado a que conforme a los artículos 164 y 350 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.698 del Código Civil, los actos realizados sin poder o con uno que adolezca de vicios pueden, como regla general, ser ratificados. Y es el caso que en la oportunidad de subsanar las cuestiones previas opuestas, la actora consignó los recaudos de los cuales deriva su representación y ratificó las actuaciones realizadas por sus

apoderados judiciales, con lo cual se ha convalidado el eventual vicio que dicho instrumento pudiera contener”.

Habida cuenta de esta interpretación jurisprudencial en relación con lo que debe entenderse por prohibición de admitir la acción propuesta, señalamos al analizar la cuestión previa del ordinal 1º frente al arbitraje, que nos parece desacertada la tesis de un sector de la doctrina que estima que la cuestión previa que debe promoverse en los casos de existencia del compromiso arbitral es la del ordinal 11º y no la del 1º como lo expresamos nosotros.

6. Trámite

En el caso de las cuestiones previas no subsanables, se requiere que el actor las rechace y contradiga expresamente dentro del lapso de ley, pues de lo contrario, su silencio será tenido como admisión de las cuestiones previas invocadas, con el agravante, de que en los casos previstos en los ordinales 9º, 10º y 11º, la demanda será desechada, según lo dispone el artículo 356 del CPC.

Surge la inquietud sobre el alcance de la presunción que deriva del silencio del actor ante las cuestiones previas no subsanables. ¿Será el silencio del actor una presunción *iuris tantum* o más bien será *iuris et de jure*? En sentencia del 5 de abril de 1995,⁵⁵ la Sala de Casación Civil estableció que a diferencia de los efectos de la presunción de contumacia del demandado que nace al no contestar la demanda dentro del plazo de ley cuya naturaleza es *iuris tantum* –artículo 362 del CPC– reconociéndosele al contumaz enervar dicha presunción –con limitada posibilidad probatoria–, para el caso de la presunción que deriva de las cuestiones previas de los ordinales 7º al 11º, el tratamiento difiere ya que se trata de una presunción absoluta –*iuris et de iure*– ya que si el actor no contradice la cuestión previa, se presume la admisión tácita del alegato correspondiente, conforme a la ley. Sin embargo, esta tesis ha tenido variaciones en el tiempo, siendo en nuestro parecer, una presunción que no admite prueba en contrario al no disponerlo expresamente el legislador.

⁵⁵ J. García contra Banco de Fomento Comercial de Venezuela, C.A., exp. N° 93-252.

Sobre la apertura del lapso probatorio, si la parte actora contradice las cuestiones previas de los ordinales 7° al 11° dentro de los cinco (5) días de despacho posteriores al emplazamiento, se entenderá abierta –de pleno derecho– una articulación probatoria de ocho (8) días para promover y evacuar pruebas, para que el juez decida al décimo día de despacho siguiente al vencimiento de ese lapso con vista a las conclusiones escritas que pudieren las partes presentar.

7. Decisión / Efectos

La decisión que recae sobre las cuestiones previas de los ordinales 7° y 8° declarándolas con lugar tendrá un efecto suspensivo mediato, es decir, el curso de la causa continúa hasta que entra en estado de sentencia, etapa en la que se suspende hasta tanto no se cumpla la condición o el plazo pendiente o se decida por sentencia definitivamente firma el asunto prejudicial. Por supuesto que de ser declaradas sin lugar estas cuestiones previas, el juicio sigue su marcha normal hacia sentencia sin paralización alguna.

Por lo que se refiere a la decisión de las cuestiones previas de los ordinales 9°, 10° y 11°, si son declaradas con lugar se produce el efecto extintivo en fuerza de lo cual, se desecha la demanda como lo señala el artículo 356.

8. Recursos

En cuanto a la posibilidad de recurrir la sentencia interlocutoria que declara con o sin lugar las cuestiones previas de los ordinales 7° y 8°, como no produce ninguna incidencia, y según la disposición expresa del artículo 357 del CPC., no son apelables, sino junto con la sentencia definitiva.

Como señalamos, las sentencias interlocutorias que ponen fin al proceso e impiden su continuación, se asimilan a las definitivas y por tanto son apelables y recurribles en casación. Sin embargo, el artículo 357 del CPC hace dos salvedades: i) Cuando son declaradas con lugar las cuestiones previas de los ordinales 9°, 10° y 11°, la apelación se oye libremente, esto es con efecto suspensivo y devolutivo; ii) Cuando son declaradas sin lugar, la apelación se oye en un solo efecto –devolutivo–, y la causa principal no se suspende. La casación ha sostenido que la decisión que declara sin lugar la cuestión previa no tiene recurso de casación de inmediato, sino

que debe esperarse la sentencia definitiva para que el recurso extraordinario abrace ambas sentencias de conformidad con el penúltimo aparte del artículo 312 eiusdem.

9. Costas Procesales

El régimen de las costas será resuelto aplicando los principios establecidos en los artículos 274 y 276 del CPC en concordancia con el 357 eiusdem, por lo que de ser desestimadas dichas cuestiones previas, se deberá imponer las costas al promovente de las mismas por resultar totalmente vencido. Caso contrario, será la actora quien resultará condenado.

10. Oportunidad para el acto de contestación de la demanda

La oportunidad para contestar la demanda en el caso de que sean propuestas las cuestiones previas de los ordinales 7° y 8° del artículo 346, es dentro de los cinco (5) días siguientes a la resolución del tribunal declarándolas con o sin lugar, como lo señala el artículo 358, ordinal 3° CPC.

Para el caso de las cuestiones previas de los ordinales 9°, 10° y 11°, la contestación de la demanda tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de apelación, el cual según el artículo 298 CPC es de cinco (5) días de despacho, siempre y cuando ésta no sea propuesta.

En caso de apelación hay que distinguir dos hipótesis: i) si el recurso es admitido en un solo efecto, la contestación deberá hacerse dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la fecha del auto que así lo determine; ii) si la apelación se oye en ambos efectos, se producen los efectos suspensivos de la apelación y los cinco (5) días para contestar la demanda se cuentan a partir del día siguiente de recibido el oficio en el tribunal de la causa y sin previo auto del tribunal. Este último supuesto se fundamenta en el necesario éxito obtenido a través de la apelación o el recurso de casación que dictaminó en contra del criterio del tribunal a quo.

Bibliografía

- BADELL MADRID, Rafael; y otros; *Comentarios a Ley de Arbitraje Comercial*. Cuadernos Jurídicos Badell & Grau, nº 1.
- BOGGIANO, Antonio; *Contratos Internacionales*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.
- BORJAS, Arminio; *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomo III Nº 260. V, citado en Bello Lozano, Humberto, "Jurisdicción y Competencia - Esquemas de Procedimientos Ordinarios y de los Procedimientos Especiales", Mobil libros, Caracas, 1989.
- BRICEÑO PINTO, Nelson; *Cuestiones Previas*. Monografías Jurídicas, Paredes Editores, Caracas, 1988.
- ESCOVAR LEÓN, Ramón; *La Demanda*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1987.
- DUQUE CORREDOR, Román J.; *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1990.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo; *Código de Procedimiento Civil*, Tomo III.
- NARANJO, Yuri; *El nuevo Procedimiento Ordinario*. Ediciones Librería Destino, Caracas 1986.
- ORTIZ-ORTIZ, Rafael; *Teoría General del Proceso*. Editorial Frónesis, S.A., Caracas, 2003.
- RENGEL-RÖMBERG, Arístides; *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano Según el nuevo Código de 1987*. Tomo I. Teoría General del Proceso, Editorial Ex Libris, Caracas, 1991.
- SÁNCHEZ N., Abdón; *De la Introducción de la Causa. Comentarios y Anotaciones al Código de Procedimiento Civil*. Paredes Editores, Caracas, 1987, Tomo I.

VILLASMIL, Fernando; *Los Principios Fundamentales y las Cuestiones Previa*s en el nuevo Código de Procedimiento Civil. Editorial Lithobinder, C.A., Maracaibo, 1986.

**Reflexiones
sobre el proceso penal
en un Estado social
y democrático de Derecho
y de Justicia**

Alejandro J. Rodríguez Morales

SUMARIO

- I. Introducción**
- II. El debido proceso penal**
- III. El rol de los jueces en el proceso penal**
- IV. El Ministerio Público como parte de buena fe**
- V. Conclusiones generales**

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende hacer algunas reflexiones en torno al proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, tal y como lo es Venezuela, según señala expresamente el artículo 2º de la Constitución de 1999, advirtiéndose que tal modelo de Estado es el acogido en la actualidad también por muchos otros países, tales como Colombia (artículo 1º de la Carta Política), España (artículo 1 de la Constitución Española) y Alemania (artículo 20 de la Ley Fundamental); evidenciándose así su aceptación como modelo más idóneo en las sociedades de hoy.

Es importante destacar a este respecto que justamente se había venido denunciando una doble crisis, del Estado de derecho y del Estado social, por cuanto ninguno de los dos modelos había resultado capaz de ofrecer por sí solo la satisfacción de los intereses de la sociedad al mismo tiempo de asegurar un marco de legalidad realmente funcional y garantista, por lo que FERRAJOLI apuntaba que *“el futuro del Estado de derecho, así como el del Estado social, están en suma enlazados, en el sentido de que la supervivencia está ligada no ya a una simplificación sino a una mayor diferenciación interna de su estructura jurídico-institucional, que sólo puede provenir de la fundación de un Estado social de derecho”*¹, conforme a lo cual se hace imperativa la adopción de este modelo en el que se armonizan las ventajas del Estado social y del Estado de derecho.

Cabe advertir, de otra parte, que la Constitución venezolana ha ido más allá al patrocinar no sólo un Estado de Derecho sino también de Justicia, otorgándole a ésta especial importancia en todo su articulado y erigiéndole como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, lo que tiene relevantes consecuencias en el ámbito jurídico y particularmente en el ámbito jurídico-penal, a lo que se hará referencia posteriormente en este mismo trabajo.

¹ FERRAJOLI, Luigi; *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 88.; igualmente, se ha dicho que este modelo pretende aunar, superándolos, al Estado liberal y al Estado social, así en MIR PUIG, Santiago; *El Derecho penal en un Estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, España, 1994, p. 31.

En este orden de ideas es igualmente necesario poner de relieve que el Derecho penal y procesal penal ciertamente se ven incididos por el modelo de Estado que se acoja, toda vez que la potestad punitiva tiene mucho que ver con lo político, en tanto la misma reposa precisamente en manos del Estado. Así, puede afirmarse que *“las leyes penales son, ante todo, la expresión de una determinada concepción del Estado y de la sociedad. Por este motivo la idea del Estado cumple una función decisiva en su configuración”*²; de manera que, por ejemplo, si se concibe al Derecho penal desde un modelo político dictatorial o autoritario, probablemente la delimitación del ámbito delictivo no sea muy clara y por lo tanto no se respete el principio de legalidad (como ocurriera en la Alemania nazi o en la Rusia comunista), e igualmente, de forma muy probable, regirá un sistema inquisitivo de administración de justicia penal, en que pueda juzgarse al acusado de manera expedita y a sus espaldas.

De este modo, las reflexiones que siguen están dirigidas a analizar la incidencia que la adopción del Estado social y democrático de Derecho y de Justicia tiene en el ámbito del proceso penal, lo que resulta de trascendental importancia en tanto, como es sabido, el Derecho penal es el instrumento más violento e incisivo que posee el Estado a los efectos de realizar el control social, apareciendo así como un recurso al que sólo ha de acudir-se cuando ello sea estrictamente necesario, a efectos de evitar en lo posible sus efectos perniciosos.

Cabe apuntar igualmente en estas líneas introductorias que la Constitución, como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico y pacto político que vincula a los ciudadanos de un Estado, es de especial relevancia en cuanto a la temática planteada, como quiera que sus disposiciones son las que describen el modelo de Estado, solamente enunciado, como se dijo antes, en el artículo 2º del texto constitucional venezolano, pero que se halla contenido en diversas normas constitucionales y no sólo en ésta.

Ahora bien, antes de pasar al análisis concreto de determinados aspectos procesales vinculados al Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, debe observarse que el proceso penal se constituye como un

² BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho penal*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 771.

filtro o una barrera que debe atravesarse en el camino hacia la imposición de una pena (o una medida de seguridad) a un ciudadano determinado al que se acusa de haber cometido un delito o haber participado en su comisión (en tanto el Derecho penal castiga tanto la autoría como la participación). Así, en el proceso penal se trata de dilucidar la responsabilidad penal de una persona, por lo que es necesario que el mismo esté minado de una serie de derechos y garantías que protejan al ciudadano que es sometido a dicho proceso frente a las pretensiones punitivas del Estado. Para decirlo de un modo gráfico, y parafraseando las palabras de un autor alemán, se trata de un semáforo más en la calle que conduce a la cárcel, el cual debe estar verde (es decir, debe cumplirse a cabalidad), a efectos de llegar a ésta, pues si está rojo será imposible arribar a la misma³.

Es importante que esto se tenga en cuenta por cuanto en no pocas ocasiones se ha utilizado al Derecho penal y a los procesos penales como meros instrumentos de venganza, cuando en realidad debe tratarse de una serie de derechos y garantías cuyo respeto resulta ineludible si quiere castigarse a alguien por haber realizado un comportamiento punible según las leyes, valiendo la mención de éstas para recordar que, en un Estado como el adoptado por la Constitución venezolana, el principio de legalidad es de importancia capital, sobre todo en materia penal, ya que los delitos y las penas deben encontrarse contenidos en éstas, y además, el proceso penal debe regirse también por las mismas, debiendo tratarse así de un *iter* procedimental preestablecido de manera que el ciudadano pueda conocer de antemano cómo será el proceso que se realice en su contra.

En definitiva, pues, lo que quiere destacarse con lo antedicho es que actualmente parece irrenunciable propugnar un Derecho penal mínimo, es decir, la mínima intervención del Derecho penal en los conflictos sociales, debiendo abogarse en tal virtud por su fragmentariedad y subsidiariedad, lo que implica que sólo intervendrá ante los más graves ataques contra bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social y cuando dicho ataque no pueda ser afrontado por ningún otro sector del ordenamiento jurídico (por ejemplo, mediante el derecho administrativo sancionador).

³ Utiliza esta comparación, refiriéndose a los presupuestos de la punibilidad, SCHÖNE, Wolfgang; *Técnica jurídica en materia penal*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 55.

En este punto, es importante adelantarse a las críticas que se hacen a una tal concepción del Derecho penal y procesal penal (como realización en la práctica de aquél), dirigidas igualmente a la cuestión de “los derechos humanos del delincuente”, ya que es un lugar común la afirmación conforme a la cual éste no debería tener derecho alguno al haber irrespetado el derecho de la víctima. Nada más errado que tal afirmación, pues de aceptarse la misma estaríamos incurriendo en lo mismo que el “delincuente” y aplicando una suerte de ley del talión (ojo por ojo, diente por diente), lo que sólo conduce a la venganza y en tal virtud al caos social, no resolviéndose en absoluto la situación de conflicto generada por la comisión de un hecho punible.

En este orden de cosas, entonces, debe observarse que quien comete un delito sigue siendo persona, con la dignidad humana que le es inherente, y por lo tanto es tributario de derechos como cualquier otra persona, e incluso con mayor intensidad, ya que es en su contra que se pone en marcha el aparato de justicia penal, con mayor fuerza y mayores recursos que aquellos de los que puede disponer el acusado (que, valga acotar, generalmente pertenecerá a las clases menos favorecidas económicamente). Esto, el que se otorguen derechos al imputado o acusado, no significa, evidentemente, una negación de los derechos de la víctima, que por supuesto deben garantizarse y respetarse, pero precisamente para eso el marco legal fija el cómo debe realizarse el proceso penal, y es así como el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) enuncia tales derechos, los del imputado (artículo 125) y los de la víctima (artículo 120).

Sumado a lo dicho, debe igualmente apuntarse en esta introducción que cuando se hace referencia al proceso penal, al sistema de administración de justicia, inmediatamente se piensa en los dos grandes modelos procesales que pueden adoptarse en un ordenamiento jurídico, el denominado sistema inquisitivo y el sistema acusatorio, lo que tiene estrecha vinculación con el tema del proceso penal en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, en tanto, como se pudo entrever anteriormente, en éste no parece haber cabida para un modelo inquisitivo de justicia penal, como era el imperante en Venezuela durante la vigencia del viejo Código de Enjuiciamiento Criminal, a cuyos ideales, sin embargo, parece querer retornar el legislador venezolano como se evidencia de las sucesivas reformas realizadas al instrumento procesal penal.

A este respecto, puede decirse, no sin antes advertir que la caracterización de ambos sistemas no es del todo exacta, que el sistema inquisitivo es aquél modelo de proceso penal en el que los aspectos esenciales del mismo quedan en manos del Juez, quien inicia el juicio, investiga en la llamada etapa del sumario, conduce el debate en el plenario y sentencia; predomina la escritura y carece de participación ciudadana, entre otros aspectos fundamentales. Entretanto, el sistema acusatorio es un modelo procesal penal en el que las funciones se encuentran repartidas y bien delimitadas: la de acusar corresponde al Ministerio Público, la de la defensa le compete al imputado y a su defensor, público o privado, y la de regir el proceso y decidir corresponde al Juez; además, en este sistema predomina la oralidad y es posible la participación ciudadana⁴.

Un sistema inquisitivo, con las características enunciadas, ciertamente resulta incompatible con un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, como el venezolano, por cuanto el mismo no preserva suficientemente los derechos y garantías de los ciudadanos, prestándose para su violación, en tanto la etapa sumaria es secreta y se realiza a espaldas del acusado y la escritura propicia el “engavetamiento” de actuaciones y, en general, la corrupción, así como una excesiva lentitud en la consecución del proceso. Entretanto, en el sistema acusatorio, como es el instaurado por el COPP en el ordenamiento jurídico venezolano, predomina la oralidad, lo que hace más dinámicos y transparentes los procesos, se propugna el respeto de los derechos del imputado y de la víctima (aunque en la práctica no necesariamente sea así), y, sumado a ello, permite la participación ciudadana, cuestión que es fundamental si se trata de un Estado “democrático”, de forma que este sistema procesal es el que resulta más ajustado a este modelo estatal.

II. EL DEBIDO PROCESO PENAL

Una de las cuestiones de mayor importancia dentro de la temática del proceso penal en el Estado social y democrático de Derecho y de Justicia resulta la del denominado debido proceso penal, conocido por los anglosajones como “*due process of law*”, el cual implica, como se verá, una

⁴ RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J.; Aspectos fundamentales del nuevo Código Orgánico Procesal Penal. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 116, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 2000, p. 400.

serie de derechos y garantías inherentes a todo proceso penal que han de estar presentes en el mismo para poder considerarle válido.

Para hablar de debido proceso penal, es imperativo indicar ante todo que en el proceso penal se produce una tensión entre dos exigencias o necesidades fundamentales, aparentemente irreconciliables, asegurar la protección y tutela judicial efectiva de la víctima, que exige el castigo del delincuente, por una parte; y por la otra, garantizar el respeto a la dignidad humana de quien es sometido a un proceso penal así como los derechos que le son inherentes. En este sentido, el debido proceso penal se constituye como la balanza con la cual ha de obtenerse el equilibrio entre tales exigencias.

En un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, el proceso penal sólo puede sostenerse, entonces, sobre el pilar del debido proceso, toda vez que en este modelo de Estado, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas autoritarios, la potestad punitiva no es absoluta o ilimitada, sino que más bien debe ser entendida como la última opción a la que puede acudir para mantener la convivencia social, ya que ese carácter social y democrático implica la búsqueda del bien común o bienestar de los ciudadanos y no la ingerencia violenta en las relaciones de estos, de forma que sólo cuando es estrictamente necesario podrá utilizarse la herramienta penal.

En este sentido, el debido proceso es ciertamente, además de una balanza entre los intereses de la víctima y los del imputado, un límite a la actividad penal del Estado, evitándose la realización de un proceso arbitrario que perjudique a los interesados, advirtiéndose a su vez que en materia penal tal perjuicio resulta aún mayor que el que puede resultar de un proceso de otra naturaleza (civil, mercantil, laboral, entre otros).

En un Estado social y democrático la libertad de los ciudadanos debe ser un principio fundamental, siendo que sólo reconociendo ésta es posible respetar la dignidad humana y a la persona como fin en sí misma. Es en tal virtud que se ha sostenido que las concepciones políticas democráticas debe sentir las el proceso penal, teniendo finalmente que mirar a una disciplina más sensible a los intereses de libertad del individuo⁵, de

⁵ Así lo señala BETTIOL, Giuseppe; *El problema penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 771.

forma que su restricción no sólo se verifique cuando sea inevitablemente necesaria, sino que además se encuentre específicamente regulada por la ley.

El debido proceso penal se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico venezolano en el artículo 49 de la Constitución⁶, en el cual se hace referencia a los distintos derechos y garantías que lo conforman, reflejándose así que el modelo de Estado adoptado encuentra eco en el ámbito procesal penal en el propio marco constitucional. A este mismo respecto puede afirmarse que la disposición señalada es bastante acertada y completa, incluyéndose en la misma el derecho a la defensa y a la asistencia jurídica, la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, el derecho de no confesar contra sí mismo (que se identifica con el adagio latino *nemo tenetur se ipsum accusare*), el principio de legalidad, el derecho a no ser juzgado dos veces por lo mismo (o *non bis in idem*) y, finalmente, la responsabilidad por errores judiciales.

De todo este conjunto de derechos y garantías que conforman el debido proceso penal, interesa destacar en el presente análisis únicamente la presunción de inocencia y el principio de legalidad, pues se considera necesario hacer énfasis en la necesidad de su salvaguardia en todo proceso penal si realmente se pretende que éste sea compatible con un modelo de Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, y por cuanto, además, aparecen como dos aspectos fundamentales que constantemente se infringen en la práctica, impidiendo que se realice la finalidad del proceso que, como se desprende de lo previsto en el artículo 257 de la Constitución y 13 del COPP, es la obtención de la verdad por las vías jurídicas y el logro de la justicia en la aplicación del derecho, esto es, tanto una finalidad formal como una material.

Uno de los principios fundamentales del proceso penal en el Estado social y democrático de Derecho y de Justicia debe serlo la presunción de inocencia, conforme a la cual todo ciudadano debe ser reputado inocente, y tratarsele como tal, hasta tanto no sea demostrada su culpabilidad. El numeral 2 del artículo 49 de la Constitución dispone en tal sentido que “toda

⁶ Sobre la norma constitucional, véase RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J.; *Constitución y Derecho penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal*. Ediciones Líber, Caracas, Venezuela, 2001, p. 50.

persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”, lo cual debe concordarse con lo previsto en el artículo 8 del COPP, de acuerdo al cual “cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme”.

Ciertamente, la presunción de inocencia es el escudo primordial que tiene en sus manos el ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado toda vez que en virtud de la misma se le releva de la carga de la prueba, de modo tal que no se requiere que demuestre su inocencia, sino que, por el contrario, será el Estado quien, representado por el Ministerio Público, tenga que recabar el cúmulo probatorio suficiente y pertinente para poder derribar esa presunción que ampara al ciudadano y afirmarse en consecuencia su culpabilidad.

En este sentido, es igualmente importante destacar que de la presunción de inocencia se deriva el principio *in dubio pro reo* en materia probatoria, toda vez que de conformidad con el mismo debe quedar suficientemente demostrada la culpabilidad del acusado para poder considerar desvirtuado su carácter de inocente, de manera que, si en el proceso penal no se logra obtener evidencia suficiente en tal sentido, el juez está obligado a absolver pues no hay ningún tipo de certeza de que esa persona sea culpable de lo que se le acusa, por lo que mal podría condenársele cuando el propio ordenamiento jurídico establece que su inocencia debe presumirse.

Pero, además de estas consecuencias de vital relevancia en materia probatoria, la presunción de inocencia juega un papel fundamental en lo que respecta al *status* de la persona a la que se le imputa un determinado hecho punible, ya que, como señala la disposición legal anteriormente mencionada, al inocente debe tratársele como tal, lo que significa, por una parte, que no puede afirmarse o declararse su culpabilidad hasta tanto sea demostrada en el proceso y establecida mediante decisión judicial dictada por el tribunal competente, y por la otra, que no puede castigarse a la persona anticipadamente, siendo obligatorio para la imposición de una pena (o medida de seguridad) que se lleve a cabo el proceso penal y sea condenada la persona, desvirtuándose la presunción de inocencia como presunción *iuris tantum* que es, vale decir, que admite prueba en contrario.

Como señala la doctrina a este respecto, en el procedimiento penal se presenta el conflicto entre el *ius puniendi*, de origen público y titularidad en el Estado, y el *ius libertatis*, derecho radicado en cada uno de los integrantes de la comunidad, advirtiéndose asimismo que el Estado está al servicio del hombre y no al contrario⁷, de modo que la libertad personal ha de ser la regla y su restricción la excepción.

En tal virtud, pues, en el Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, la libertad de la persona, que el ordenamiento jurídico presume inocente, debe ser preservada y sólo podrá ser coartada en situaciones específicamente reguladas, que justifican su restricción en aras de la salvaguardia del interés colectivo. Es así como el artículo 44 de la Constitución venezolana dispone con meridiana claridad que la libertad personal es inviolable y que, en consecuencia, ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino únicamente en virtud de una orden judicial o en casos de comisión flagrante del delito, constituyéndose como los únicos dos supuestos en que puede privarse de su libertad a la persona.

A su vez, el señalado artículo constitucional consagra el principio procesal propio de los sistemas acusatorios de enjuiciamiento penal, y que se deriva de la presunción de inocencia, conforme al cual toda persona debe ser juzgada en libertad, esto es, el denominado principio de afirmación de la libertad; principio éste que se encuentra igualmente previsto en el artículo 9º del COPP, el cual hace énfasis en el carácter excepcional de la privación de la libertad.

Efectivamente, el principio de afirmación de la libertad es una derivación necesaria de la presunción de inocencia por cuanto, si se presume que la persona es inocente mal podrían serle impuestas semejantes consecuencias jurídicas a las que se imponen a quienes resultan condenados en un proceso penal, demostrándose su culpabilidad; e igualmente, no es admisible de ninguna forma la imposición de castigos anticipados, pues la presunción, como se ha dicho, implica el trato y el respeto de la condición de inocente que ésta conlleva.

⁷ RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso; *La Presunción de Inocencia. Principios Universales*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000, p. 335.

El principio de afirmación de la libertad, tan evidente cuando se analiza desde el prisma de la presunción de inocencia, sin embargo, es inobservado repetidamente en la práctica forense, desconociéndose así su importancia en un proceso penal garantista, como ha de serlo en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, en el que además se recalca a ésta última como valor esencial, lo que enlaza con la cuestión de lo injusto que resulta imponer un castigo a quien no se sabe realmente si es o no culpable, corriéndose el inaceptable e irreparable riesgo de penalizar a un inocente, algo totalmente reñido con la noción de justicia.

La inobservancia del mencionado principio puede constatarse en la predilección de muchos jueces por la privación preventiva de la libertad, en que la cárcel es la sanción penal por excelencia y la que las más de las veces es impuesta a quienes resultan condenados –desconociéndose la importante figura de las penas alternativas–, así como también en la actitud de algunos fiscales del Ministerio Público quienes consideran, erróneamente, que su misión es obtener la prisión, y el mayor número de años posibles en ella, para el acusado, considerándose un fracaso la imposición de una sanción distinta y, peor aún, según tal concepción inaceptable, la absolución. Esto tiene que cambiar a efectos de lograr que el proceso penal venezolano sea compatible con el ordenamiento constitucional y, particularmente, con el modelo de Estado que aquél propugna.

Pasando a la cuestión del principio de legalidad, que también forma parte del debido proceso penal, según expresamente observa el artículo 49 de la Constitución venezolana, debe indicarse que el mismo aparece sin duda como la columna básica e irrenunciable de todo el ordenamiento jurídico-penal en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, destacándose su irrespeto en los Estados totalitarios o dictatoriales, en los que el mismo representa un obstáculo para el logro de los fines de quienes conducen gobiernos de tales características, pues no permite el empleo discrecional y caprichoso de la potestad punitiva que se atribuye al Estado.

Es sabido que el principio de legalidad penal, en su formulación tradicional, conlleva el axioma según el cual no puede haber delito ni pena sin una ley que los establezca (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), por lo que en materia penal se afirma que rige el imperio de la ley, que es la letra de ésta la que contiene y delimita la misma. No obstante esto, el principio de legalidad penal no se limita al solo Derecho penal sustantivo, es

decir, a la exigencia de descripción legal de las conductas que se consideren delictivas y la regulación legal de las consecuencias jurídico-penales, sino que se hace extensivo igualmente al Derecho penal adjetivo, esto es, al proceso penal.

En efecto, pues, el principio de legalidad penal implica, además de una garantía criminal (necesaria tipificación de los delitos), otra criminal (previsión de las penas aplicables), y una tercera de ejecución (regulación legal de la forma de cumplimiento de las penas); también una garantía jurisdiccional, de acuerdo a la cual, como resume CORDÓN MORENO, “no se puede imponer pena alguna (o medida de seguridad) por la comisión de un hecho punible sino en virtud de sentencia firme dictada en un proceso penal seguido, conforme a las disposiciones de la ley, ante el órgano jurisdiccional competente”⁸, lo que puede ser dicho en una frase latina como *nulla poena sine iudicio*, es decir, no puede imponerse una pena si no se realiza un proceso o juicio que tenga como resultado la condena de la persona. La pena, entonces, requiere del proceso; no se concibe la imposición de una pena si no es como resultado de un proceso penal seguido conforme a la ley⁹.

De este modo, no sólo debe exigirse que el delito se encuentre tipificado en una ley penal anterior y la consecuencia jurídico-penal esté legalmente preestablecida, así como la forma en que ha de cumplirse, sino también es necesario que la forma en que ha de llevarse a cabo el juicio penal esté previamente determinada en la ley, pudiendo conocer el ciudadano en tal virtud cómo habrá de ser juzgado y los derechos y garantías que le corresponden en el proceso penal.

Esta garantía jurisdiccional del principio de legalidad es de trascendental relevancia por cuanto, como se ha dicho ya, sólo si se realiza el proceso penal, es posible la imposición de una pena o medida de seguridad, por lo que es un límite más frente a la acción punitiva del Estado y por tanto

⁸ CORDÓN MORENO, Faustino; *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2002, p. 18.

⁹ Es en tal orden de ideas que en anterior oportunidad se ha dicho que el principio de legalidad comprende que una ley establezca previamente, no sólo el delito, falta o infracción y la pena o sanción, sino también el procedimiento para hacer efectiva la disposición sustantiva. Así, en RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J.; *Constitución y Derecho penal*. Ob. cit., p. 56.

es y debe ser un medio de protección del ciudadano, como en efecto aparece en la realidad, y no sólo ante la posibilidad de abusos y extralimitaciones en el ejercicio del *ius puniendi*, sino igualmente a efectos de evitar la venganza privada que sólo conduciría a un caos en la resolución de los conflictos de carácter penal.

Esto está igualmente vinculado con el denominado principio de formalidad en el proceso penal o formalismo procesal penal, conforme al cual, en la actividad de juzgamiento penal de una persona, ha de cumplirse con determinadas formalidades o pautas legalmente preestablecidas que constituyen el *iter* procedimental que ha de seguirse, siendo tales formas de realización del proceso verdaderas garantías tanto para el imputado o acusado como para la víctima pues, diciéndolo de forma coloquial, ambas partes “saben a qué atenerse”.

Hay que advertir, en cualquier caso, que, como quiera que se está hablando de un Estado de Justicia, las formalidades no esenciales, podría decirse, aquellas que no afectan derechos y garantías fundamentales de la víctima o el imputado, deben ser obviadas en aras de lograr la solución justa. Así lo entiende la Constitución venezolana cuando en su artículo 257 expresa que “no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.

En definitiva, pues, el debido proceso penal, con todos y cada uno de los derechos y garantías que lo componen, es una exigencia inexorable del proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, en el que debe respetarse ante todo a la persona individualmente considerada con la dignidad que le es inherente y donde debe establecerse de la forma más explícita posible en qué forma puede llegar a sancionarse penalmente a los ciudadanos quienes son los que en verdad han puesto en cabeza del Estado la potestad punitiva.

III. EL ROL DE LOS JUECES EN EL PROCESO PENAL

Otro aspecto de importancia en lo que atañe al proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, es el referido a la función o el rol que están llamados a cumplir los jueces en la actividad de

enjuiciamiento penal de los ciudadanos, como se ha mostrado, tan incidente en éstos en virtud de las consecuencias que pueden llegar a imponerse.

En un modelo de Estado tal como al que se hace referencia en el presente análisis, los jueces deben ser garantes de la legalidad, de un lado, y de otro, precisamente han de constituirse en juzgadores o árbitros que deben decidir un conflicto entre partes de forma independiente e imparcial, en materia penal, entre la víctima y el imputado, advirtiéndose sin embargo el especial papel que juega en el sistema acusatorio el Ministerio Público, sobre lo que se volverá posteriormente.

El juez penal, entonces, debe ser un tercero que ha de decidir el conflicto que se le presenta, debiendo dilucidar la verdad de los hechos mediante los instrumentos jurídicos que la ley pone a su disposición con la finalidad de obtener la justicia del caso concreto que se somete a su conocimiento, todo lo cual conducirá, finalmente, al pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal de una persona determinada, que puede ser afirmativo o negativo, vale decir, la condena o la absolución.

En primer lugar, los jueces tienen como rol garantizar la legalidad, en un sentido lato, incluyéndose no sólo la defensa de las leyes sino, y sobre todo, de la Constitución. El juez penal debe aplicar el Derecho penal sustantivo, dándole vida en la realidad social, debiendo velar siempre por el respeto del ordenamiento jurídico que se entiende como instrumental necesario para lograr la convivencia social y la coexistencia de los derechos de cada quien de modo tal que no sean afectados y, cuando lo sean, imponer las consecuencias correspondientes; en materia penal, se tratará de las más graves afectaciones e igualmente de las más graves consecuencias.

Ahora bien, el que los jueces penales deban, en todo proceso penal, defender y garantizar la legalidad, que no sea infringido o vulnerado el ordenamiento jurídico, no puede llamar a confusiones acerca del sentido o finalidad de la pena. Ciertamente, es sabido que en la actualidad una corriente funcionalista sistémica, propugnada por autores como JAKOBS¹⁰, sostiene que la finalidad de la pena es la afirmación de la vigencia de la norma, hacer ver que las normas están para cumplirse y que en efecto se

¹⁰ Al respecto puede verse, entre otras obras del autor, JAKOBS, Günther; *Sobre la teoría de la pena*. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.

cumplen cabalmente. Esto no es a lo que quiere hacerse referencia en relación al rol de los jueces penales.

A lo que quiere aludirse es a la sujeción a la legalidad a que todo juez penal está sometido, así como a la necesaria tutela del ordenamiento jurídico que éste debe realizar en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, puesto que el Estado es representado por el juez penal para aplicar su *ius puniendi* ante la presunta comisión de un hecho punible, es decir, para aplicar (e interpretar, pues de lo contrario no es posible aplicación alguna) el Derecho, en lo que aquí interesa, el Derecho penal.

De esta forma, el juez penal debe velar por que en el proceso se cumpla lo preceptuado por la Constitución y la ley, puesto que su autoridad judicial le compromete a ello, lo que evidentemente se encuentra directamente relacionado con el carácter imparcial e independiente que ha de tener para evaluar la cuestión de la responsabilidad penal de un ciudadano al que se le imputa un determinado delito.

Particularmente importante resulta la cuestión de la salvaguardia de la constitucionalidad por parte del juez, ya que el juez penal, al igual que ocurre en los procesos de otra naturaleza, es siempre y de la misma forma un juez constitucional. Es por esta razón que el control de la constitucionalidad es de suma importancia en el proceso penal, en el que los derechos y garantías constitucionales pueden verse vulnerados, lo que debe evitar, por ser deber suyo, el juez penal.

El control de la constitucionalidad, como es sabido, puede ser concentrado o difuso; en el caso del juez penal, éste debe, como cualquier otro juez, realizar un control de carácter difuso, es decir, decidir la inaplicación de una cierta norma en tanto la misma se opone o contrasta con una determinada disposición constitucional, por lo que el juez tendrá que dar preferencia a ésta última sobre la primera. En tal virtud, el artículo 19 del COPP establece expresamente que los jueces penales deben velar por la incolumidad de la Constitución, añadiéndose que si la ley cuya aplicación se solicita colide con ésta, habrá de acatarse la norma constitucional.

Esto pone de relieve la importancia que en el proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia debe tener la Cons-

titución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico todo, pues además en ella se contiene los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos que deben ser preservados a la hora de juzgar penalmente a uno de ellos, a manera de limitación y cautela necesaria de la actividad penal del Estado.

Ahora bien, aunque no resulta difícil deducir la importancia de la Constitución en el proceso penal, y la necesidad de preservar su incolumidad, debiéndose dar preferencia a sus normas frente a normas legales que las contrarían, en la práctica se infringe el carácter prioritario del texto constitucional, especialmente en lo que se refiere a los derechos y garantías fundamentales, cuya violación debe, y no sólo puede, ser conocida por el juez penal, en cualquier momento del proceso.

Y es que, en algunas ocasiones, parece regir un estricto positivismo legal, donde la letra de la ley tiene la última palabra, aunque la Constitución diga otra cosa diferente, afirmando un supuesto carácter taxativo de la ley, en el que muchos operadores jurídicos, y no únicamente los jueces, se escudan de vez en cuando para no hacer mayor ejercicio mental, incurriendo así en una actividad mecánica aplicadora de las leyes penales, en que se deja de lado la interpretación constitucional y el respeto privilegiado de los derechos y garantías que se contienen en el Texto Fundamental y que corresponden a todo ciudadano. El juez penal debe respetar ante todo la Constitución, e igualmente las leyes, pero lo primero es el texto constitucional, porque ello significa el respeto de la persona, y eso es algo sobre lo cual debe hacerse énfasis, lo que ha hecho sentir la necesidad de aludir al tema en el presente análisis.

Por otra parte y, como se dijo, enlazado con ese rol de garantía de la legalidad, el juez penal debe igualmente fungir de tercero independiente e imparcial, por lo que no puede tener interés alguno en que la víctima o el imputado resulten favorecidos por la sentencia que sea dictada al término del proceso. El juez penal tiene que ser obligatoriamente independiente e imparcial a efectos de no castigar o dejar impune a quien tenía que haber sido absuelto o condenado.

Es cierto que, como decía CARNELUTTI, la justicia humana no puede ser más que una justicia parcial, de forma que lo único que puede

hacerse es disminuir esa parcialidad a la que todo juez está sujeto como ser humano que, al igual que la partes, también él es¹¹, por lo cual es posible afirmar que, según el modelo de Estado de que se trata, la parcialidad de los jueces penales será mayor o menor, así como también su independencia, sobre todo, respecto al Poder Ejecutivo.

Así, un aspecto fundamental que incide en la imparcialidad del juez penal es la separación entre acusación y decisión, esto quiere decir, entre la actividad de acusar y la de juzgar, que son ciertamente incompatibles y contradictorias de tal forma que no pueden quedar en manos de una sola persona so pena de que ésta pierda la imparcialidad en su función de enjuiciamiento, conllevando resultados obviamente sesgados. Es así como en los sistemas de carácter inquisitivo la imparcialidad se ve soslayada, puesto que se reúnen en el juez penal las funciones de acusación y decisión, poniendo en peligro su objetividad, que de por sí no es absoluta sino solamente relativa.

El juez penal, como se ha mostrado, tiene que ser imparcial e independiente y es por ello que en el sistema acusatorio, correspondiente al Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, son separadas las funciones de acusar y juzgar, con lo cual se evita en mayor grado la parcialidad del juez, que está en el proceso penal para garantizar la legalidad y dilucidar el conflicto penal entre la víctima y el acusado, debiendo perseguir la obtención de la verdad y de la justicia, procurando así, en definitiva, el logro de la convivencia social. De este modo, entonces, queda claro que en el modelo de Estado que acoge la Constitución venezolana no puede admitirse que la actividad de acusar y la de juzgar correspondan ambas al juez penal, pues sólo de esta manera puede asegurarse el respeto por quienes intervienen en el proceso así como el mejor funcionamiento del sistema de justicia, pues será el Ministerio Público quien deberá encargarse de la función de acusar, descargando de tal actividad al juez penal.

Es en esta dirección que CAFFERATA NORES concluye que *“la existencia de la actividad de acusación y su separación de la actividad de juzgamiento es imprescindible para salvaguardar la imparcialidad del juez, que es prenda de la igualdad entre acusador y acusado,*

¹¹ CARNELUTTI, Francesco; *Las Miserias del Proceso Penal*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, p. 31.

y está en la base del derecho de defensa”¹², poniéndose de relieve que sólo si quien realiza el enjuiciamiento penal es imparcial habrá paridad entre las partes del proceso penal, pues de lo contrario una de ellas, aquella en cuyo beneficio esté actuando el juez penal, tendrá una ventaja evidente sobre la otra.

Resumiendo lo dicho, y para finalizar con lo atinente al rol de los jueces en el proceso penal, debe afirmarse que éstos deben constituirse en defensores o garantes de la legalidad y sobre todo de la constitucionalidad como parte primordial de ésta, así como también han de ser los rectores del proceso penal, quienes lo conduzcan y dirijan, en forma independiente e imparcial, a efectos de determinar, a través de la sentencia, si la persona es o no penalmente responsable.

IV. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO PARTE DE BUENA FE

Finalmente, otro punto que se considera necesario analizar en relación al proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia es el correspondiente al Ministerio Público, figura central y de especial importancia en la puesta en práctica del *ius puniendi* estatal.

El Ministerio Público, en el sistema acusatorio, tiene a su cargo la función de acusar, casi de manera exclusiva, por lo que del mismo depende el que el aparato judicial penal se active o no en contra de un ciudadano determinado cuando acaece en la realidad el supuesto de hecho que se describe en la norma penal, valga decir, el delito, primer paso para que se ponga en movimiento el sistema penal.

Esta titularidad de la acción penal en cabeza del Ministerio Público se encuentra contenida en el Título Preliminar del COPP relativo a los principios y garantías procesales, específicamente en el artículo 11, el cual preceptúa que “la acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales”, de modo que también queda postulado en tal disposición el denominado

¹² CAFFERATA NORES, José I.: *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Editorial del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 92.

principio de oficialidad de la acción penal, es decir, la exigencia del ejercicio de la acción penal ante la comisión de un hecho delictivo, destacándose así su carácter obligatorio y no disponible, a diferencia de lo que ocurre con las acciones de otra naturaleza (civil, mercantil, etc.), que están en manos de los particulares, los cuales pueden o no ejercerlas según sea el caso.

Taña labor es la que ha sido atribuida al Ministerio Público, nada menos que la de acusar y de forma obligatoria, salvo, como dice el artículo recién citado, las excepciones legales que, afortunadamente, existen y que son principalmente aquellas que se desprenden del criterio de oportunidad, previsto en el artículo 37 del COPP, y que ciertamente aparecen como necesarias y exigidas por un modelo de Estado como el que propugna la Constitución venezolana.

Es precisamente la entidad de la función del Ministerio Público en el proceso penal la que hace necesario que los fiscales tenga muy clara la actividad que deben desempeñar y, concretamente, que no las desvirtúen si es que no quiere darse carta abierta a un proceso penal más bien de carácter arbitrario o autoritario, siendo esa actividad de acusación trascendental pues es la que en definitiva permite conocer la actuación del Estado en este ámbito y contra quien se dirige la misma, así como de qué forma y con qué fines.

En cuanto a esto resulta imprescindible hablar con la mayor claridad posible, a efectos de poner de relieve y subrayar las perversiones que pueden ser observadas en la actualidad en la consecución del proceso penal referidas a la actividad del Ministerio Público, cuya función es de tanta relevancia conllevando el que tenga gran incidencia en aquél.

En primer lugar, entonces, hay que destacar que el Ministerio Público, a pesar de tener a su cargo la actividad de acusación, está obligado a ser parte de buena fe en el proceso penal y no, como algunos creen de acuerdo con su actitud, una especie de adversario del acusado, cuya condena debe obtener a cualquier precio y cuyo interés debe ser absolutamente desconocido, apareciendo más bien como su contraparte.

El Ministerio Público tiene que ser parte de buena fe porque, como la propia Constitución señala en el artículo 285, la atribución fundamental de este organismo es la de “garantizar en los procesos judiciales el respeto

a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”, lo que mal podría hacer si se le entendiera como adversario o contraparte del acusado, pues a éste también corresponden derechos y garantías. A su vez, el que sea parte de buena fe se colige de lo dispuesto por el artículo 102 del COPP, conforme al cual las partes, incluyéndose claro está al Ministerio Público, “deben litigar con buena fe”.

En este sentido, no puede pensarse bajo ningún concepto que el éxito del Ministerio Público sea la condena a toda costa de los acusados, puesto que se debe procurar más bien el ejercicio adecuado y justo de la potestad penal de la que es titular el Estado y que representa en el proceso penal el organismo fiscal. En la práctica no es extraño observar que algunos fiscales tienen como dogma inquebrantable, a pesar del cambio radical que han representado el COPP y la Constitución de 1999, la obtención de una condena, y entre más grave mejor, del acusado, sin importar el que sea o no inocente, así como tampoco el cómo se obtenga tal condena, vale decir, omitiendo o absteniéndose de incorporar al proceso pruebas que favorecerían al acusado, impidiendo con los medios estatales la obtención de pruebas por éste, desvirtuando el ordenamiento jurídico de modo tal que la pena sea más grave y, en general, haciendo que parezca absolutamente ilusoria la atribución que le impone el numeral 7 del artículo 108 del COPP, cual es solicitar la absolución del imputado, pues ello se considera “contrario” a la función acusadora del Ministerio Público.

Ahora bien, en segundo lugar, y en esto hay que ser más crítico todavía, debe advertirse que esa función acusadora de la que se ha venido hablando, además de perseguir la condena a toda costa (algo así como “condena o muerte”), en la mayoría de los casos está dirigida de forma verdaderamente discriminatoria, no siendo un secreto para nadie que las cárceles son lugares en los que se “hospedan” más que todo personas de las clases menos favorecidas económica y socialmente; por lo que ya decía DEL OLMO, recordada criminóloga venezolana, que “*el rico que delinque no llega a la cárcel, aun cuando en contadas excepciones puede llegar el caso a la policía y a veces a los tribunales*”¹³; debiendo apun-

¹³ DEL OLMO, Rosa; El problema de la criminología en América Latina. En DEL OLMO, Rosa; *Ruptura Criminológica*. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. 1979, p. 172.

tarse además que, en muchas ocasiones, el Ministerio Público actúa con toda su intensidad acusadora en casos verdaderamente bagatélicos, es decir, menores, dejando de lado delitos ciertamente graves como lo son los delitos ambientales o de corrupción. Tal actitud es sin lugar a dudas injustificable, y aquí se ha querido denunciar para poner en evidencia que en un proceso penal que en verdad sea conforme al modelo de Estado que adopta la Constitución venezolana el arma penal no puede ser utilizada de tal forma, como mero instrumento de opresión por el poder y por el juego de las conveniencias.

Y es que en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, necesariamente tiene que prevalecer la ideología de los Derechos Humanos, así como, según se indicó antes, una concepción minimalista del Derecho penal, en la que no es posible aceptar sino un papel garantizador de los derechos y las garantías por el Ministerio Público y no su neta reducción a una función de acusación "a ultranza".

Para finalizar, es pertinente suscribir la afirmación según la cual todo sistema penal que entienda al Ministerio Público como un órgano sistemático de acusación, desconfigura el Estado social de Derecho, y legitima el régimen dictatorial y antidemocrático del Derecho penal¹⁴, por lo que urge hoy más que nunca un cambio de paradigma en lo que respecta a la actividad del organismo fiscal en el proceso penal, debiendo dejar de ser considerado como un sujeto acusador cuyo único interés es el de obtener la condena del acusado, pues su verdadera función tiene una importancia mucho mayor para lograr que el proceso penal se ajuste a las pautas mínimas que pueden ser exigidas para su realización en un Estado como es el concebido por el artículo 2º de la Constitución venezolana.

V. CONCLUSIONES GENERALES

Como ha querido indicarse en el título del presente trabajo, en el mismo sólo se ha pretendido esbozar una serie de reflexiones que tienen que ver con el proceso penal en el Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, cual es el Estado venezolano, como ha sido varias veces

¹⁴ MAIA NIETO, Cándido Furtado; El Ministerio Público y el Uso Alternativo del Derecho. En *Capítulo Criminológico*, n° 21. Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1993, p. 122.

observado. En tal sentido, no se ha querido tratar exhaustivamente la temática, por lo demás importante y actual, así como de necesario análisis por los efectos prácticos que la misma tiene.

Precisamente, lo que se ha querido con este análisis es destacar algunos aspectos puntuales que aparecen en el momento presente como de inexorable examen a efectos de poner de relieve sus efectos perjudiciales en la construcción de un proceso penal garantista como el que ha de imperar en el modelo de Estado adoptado. Esto, de la misma manera, quiere implicar la necesidad de un cambio de paradigma en muchas áreas necesitadas tal vez de una sacudida que haga reaccionar a los operadores jurídicos a los fines de que sea entendido que hay que deslastrarse de concepciones retrógradas del Derecho penal y del proceso penal, contrarias a la evolución de estos ámbitos jurídicos y al propio progreso de la sociedad, característicamente en lo que atañe a la cuestión del respeto por la persona humana y la relevancia actualmente indiscutida de los Derechos Humanos que corresponden a todo ser humano, y de allí justamente lo de que sean denominados Derechos “Humanos”.

Asimismo, es necesario concluir que, sumado a ese irrenunciable cambio de mentalidad en materia penal, hay que propugnar decididamente la intervención mínima del Derecho penal y, consecuentemente, su fragmentariedad así como su subsidiariedad, a efectos de limitar la violencia punitiva del Estado, revertida así contra los ciudadanos quienes, en un Estado democrático, son evidentemente los verdaderos titulares del poder y de la soberanía, también en lo que toca al poder penal. Y es que la atribución del *ius puniendi* al Estado no puede convertirse en una “espada de Damocles” sobre el cuello de los ciudadanos, no puede ser un instrumento para la venganza o la opresión, ambos terribles perversiones o desviaciones del Derecho penal, sino que tiene que ser un instrumento para lograr la paz en la comunidad, para obtener la convivencia social cuando la misma ha sido gravemente perturbada.

Es necesario que los operadores jurídicos cada día más tengan en cuenta “*la contradicción entre ley y realidad, al no realizarse derechos fundamentales recogidos por el sistema jurídico*”¹⁵, que se perca-

¹⁵ ROSELL SENHENN, Jorge Lermith; Estado social y de justicia como principio constitucional rector del proceso penal. En *Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2002, p. 19.

ten del abismo existente entre las previsiones de la Constitución y las leyes, en su mayoría coherentes con el modelo de Estado acogido, y lo que ocurre en los tribunales penales en el día a día, es decir, que se fijen en lo que CARNELUTTI llamaba las miserias del proceso penal, viendo las propias miserias necesariamente para poder alcanzar a ver las de alrededor.

La razón de ser del presente estudio es, pues, la inquietud generada por las constantes violaciones a los derechos y garantías fundamentales que se observan en la práctica forense, a pesar, como se ha indicado, de encontrarse consagrados expresamente en el ordenamiento jurídico vigente, el cual defiende y postula éstos reiteradamente y con especial énfasis. Es preciso que se difunda la idea de que el proceso penal es una trinchera más con la que ha de contar el ciudadano para protegerse de la arbitrariedad penal del Estado, y que todos los operadores jurídicos (defensores, fiscales y jueces) deban pensar de esa manera y procurar la solución del conflicto de la manera menos radical y violenta posible, pues no se busca la represalia sino la paz, se persigue la realización del ordenamiento jurídico para evitar males mayores a la intervención del Derecho penal, la posibilidad de participación más efectiva de los protagonistas del conflicto penal, y la justicia; en tales puntos puede resumirse lo que ha de ser un proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho penal*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.

BETTIOL, Giuseppe; *El problema penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1995.

CAFFERATA NORES, José I.; *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Editorial del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco; *Las Miserias del Proceso Penal*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.

CORDÓN MORENO, Faustino; *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2002.

DEL OLMO, Rosa; *El problema de la criminología en América Latina*. En, de la misma autora: *Ruptura Criminológica*. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 1979.

FERRAJOLI, Luigi; *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2001.

JAKOBS, Günther; *Sobre la teoría de la pena*. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1998.

MAIA NIETO, Cándido Furtado; *El Ministerio Público y el Uso Alternativo del Derecho*. En: *Capítulo Criminológico*. n° 21. Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1993.

MIR PUIG, Santiago; *El Derecho penal en un Estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, España, 1994.

RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso; *La Presunción de Inocencia. Principios Universales*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.

RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J.; *Aspectos fundamentales del nuevo Código Orgánico Procesal Penal*. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. n° 116. Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 2000.

Constitución y Derecho penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal. Ediciones Liber. Caracas, Venezuela. 2001.

ROSELL SENHENN, Jorge Lermith; *Estado social y de justicia como principio constitucional rector del proceso penal*. En *Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2002.

REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL
Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y DE JUSTICIA

SCHÖNE, Wolfgang; *Técnica jurídica en materia penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999.

La admisión de la prueba y su aspecto constitucional con especial atención al proceso civil

Nilyan Santana Longa

SUMARIO

- I. Preliminar**
- II. La entrada de la prueba**
- III. La admisión. Aceptación del juzgador**
- IV. La atadura de la admisión: qué implica**
- V. Consideraciones terminales**

I. PRELIMINAR

La precisión sobre la actividad que es peticionada ante el órgano jurisdiccional, en cuanto a la solicitud de tutela judicial –con el imperativo constitucional de ser efectiva– nos indica que las actuaciones alegatoria y probatoria, revisten la pieza cardinal del proceso, del camino que transitan las partes ante el órgano de justicia.

De allí, que cumplidos o propiamente precluidos los momentos para la fijación de los extremos fácticos que inicialmente constituirán el piso de la decisión, entra el esfuerzo de las partes a la verificación orientada a convencer al juez sobre la certeza de los hechos en sus alegaciones. De manera que al tratar de precisar una providencia judicial favorable, es la fase de prueba la que encuentra a cada parte en un despliegue de actividad, una vez más, dirigida al juzgador.

Pero esa dinámica no podría ser, en el tiempo que nos ocupa, explorada y analizada fuera del espectro constitucional del debido proceso en toda su extensión; y esa máxima que predica a cada parte, el protagonismo de entrar al proceso defendiéndose y fundamentalmente defenderse probando, con la implicancia de una entidad que es centro de otro derecho fundamental en el proceso, el derecho a la prueba.

El tratamiento y consagración en nuestra legislación, presenta cierta similitud con otros órdenes, cuando nos acercamos al Derecho comparado que nos informa que ese derecho a probar, tiene un peso específico y que su materialización pasa por la proposición, admisión, evacuación y apreciación de la prueba, sin que la omisión de alguna fase permita la sobrevivencia de ese derecho.

Para esta ocasión y siendo tan amplio el tema en cuanto a la prueba y la Constitución, fue tomado el punto de la admisión de la prueba visto necesariamente desde el piso constitucional, creyendo además que no puede ser apropiadamente enfocado de otra forma, cualquiera sea la figura procesal bajo nuestra lupa. Veamos.

II. LA ENTRADA DE LA PRUEBA

En esta ocasión el objetivo de nuestras consideraciones, es uno de los atributos del derecho a la prueba, proyectado al proceso desde su consagración en la norma constitucional Venezolana, en su Artículo 49 ordinal 1° al establecer entre otros derechos, el acceso a las pruebas fijando textualmente que:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

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 (...).”

Pues bien, luego que la proposición de la prueba ante el tribunal, producto de la delimitación que cada parte hace de sus afirmaciones en cuanto base de lo que pretenden, condiciona la aplicación de la norma jurídica que motive una resolución favorable a su posición en el proceso, adelantada la presentación de cada medio de prueba. Es el caso, que propuesto el medio se tiene superados los presupuestos de la apertura del juicio a pruebas en cuanto a la necesidad de acreditar a través de los diversos medios legalmente posibles, a saber la existencia de hechos controvertidos oportunamente alegados por las partes, la ausencia de una negativa de prueba y lógicamente, la adecuación de esa presentación de la prueba en la oportunidad prevista para cada proceso.

Así, no queda excluido, de este sentido de oportunidad preclusiva para la promoción, los hechos nuevos aducidos y admitidos para su prueba¹.

¹ “La solución confirmatoria (rechazo de la prueba propuesta para la acreditación de hechos nuevos) se infiere sin hesitación alguna. La prueba complementaria que se pretende por la parte actora refiere un hecho nuevo que no fue ingresado al proceso, deviniendo esta última cuestión –plataforma fáctica a considerar– como presupuesto insoslayable de la procedencia de la prueba”. Anuario de Jurisprudencia en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 4/2002, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, p. 535.

Seguimos normativamente el dispositivo legal nacional, en cuanto a los presupuestos para la apertura de la causa civil a pruebas establecidos, en sentido negativo, a través del Artículo 389; y doctrinalmente a Feno-chietto², en cuanto a que la apertura del juicio a prueba supone la existencia de hechos conducentes sobre los cuales no hubiera conformidad de partes, supuesto que implica la existencia de hechos afirmados por los justiciables con las cualidades de controvertidos y pertinentes. A ello, debe añadirse la inexistencia de condiciones negativas de probar, vale decir, que el hecho no se encuentra exento de prueba por su notoriedad o bien que no exista prohibición legal en su representación. Sobre tales premisas el magistrado recibe o desecha las medidas probatorias, juicio que no implica apreciar anticipadamente su resultado pues “admitir prueba no es apreciarla”.

Superado ese límite de condicionamientos, el proceso está listo, y también las partes –dado que es esa la oportunidad que de acuerdo a las reglas de tiempo dentro del proceso deben estar dispuestas para ofrecer la prueba–, lo que no impide que también en esa etapa sea verificada la inactividad de cualquiera de los sujetos en litigio, y enviar a la decisión, las consecuencias negativas de su omisión, pero cuyo tratamiento supera la intención y límites de este artículo.

De allí que, como hemos adelantado es la admisión uno de los atributos del derecho a la prueba, sin que sea posible asumir respetado el derecho cuando no ha sido verificado ese pase de origen judicial para que sean transitadas las fases subsiguientes en lo que es probar (evacuación y apreciación motivada), esto es, que una vez propuesta la prueba, se admita toda aquella promovida por alguna de las partes respetando los límites inherentes a la actividad probatoria.

III. LA ADMISIÓN: ACEPTACIÓN DEL JUZGADOR

Sabemos que la admisión de la prueba no es tarea sencilla el sentenciador, con vista a los medios ofrecidos por las partes, admitirá los que

² FENOCHIETTO, Carlos Eduardo; El Juez frente a la prueba en *La Prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo*. Librería Editora Platense, S.R.L., La Plata 1996, p. 44.

sean “(...) legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes”.

Y aquí lo trascendental de la admisión en cuanto esos dos elementos referidos al medio de prueba legalidad y pertinencia que en concurrencia, bajo la visión del juez determina la elaboración del auto respectivo y la ordenación de la evacuación en las oportunidades a que haya lugar.

Pero tanto la pertinencia como la licitud de la prueba es lo que ante el tamiz de la constitucionalidad, atrajo nuestra atención, pues cuando se está ante la etapa trascendental de sobrellevar la carga probatoria, y están abogados y partes en esa audiencia de petición para que el juez haga pasar la prueba por un primer examen, definitivamente es relevante lo que el juez decida por ser también importante que estima el Juez como pertinente y lícito.

III.1. El primer problema el de la pertinencia, es de todos conocidos como es definida esa condición de admisión, pero partiendo del contenido y despliegue del derecho fundamental a la prueba, aquí tiene el Juez que cuidar la rigidez para fijar como pertinente o impertinente un hecho, sobre todo en este segundo caso, pues para el caso de la pertinencia basta un auto de breve motivación, de ahí que pueda ser perturbado en esa tarea por lo siguiente cuando su pronunciamiento es para inadmitir la prueba por impertinente:

1. Los hechos afirmados por las partes, pueden tener otros accesorios o conexos implícitamente vinculados a ellos (principio de la sustanciación de la demanda).
2. La amplitud de la prueba permite presentar, excepcionalmente, hechos que en ocasiones no están claramente vinculados al litigio.
3. “Por último, constituye otro elemento negativo la conducta dubitativa del legislador al no adoptar una respuesta positiva frente al silencio y rebeldía del accionado, quiero decir, cuando no reconoce, ni tampoco niega categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, o no comparece a estar a derecho, toda vez que los jueces podrán oportunamente esti-

mar la admisión como reconocimiento de la verdad o como presunción de verdad en caso de duda.

En suma, ante la incertidumbre generada por el hecho admitido el letrado del actor termina por incluir en su actividad probatoria la afirmación no contestada por el adversario”³.

Aquí destacamos que en esa tarea ha sido predicado ese Juez director, pero quien debe también conocer clara y detalladamente los términos de la controversia, pues si hay dudas o un conocimiento parcial y ello lo entendemos dada la superación de expedientes a la capacidad material de su sustanciación por nuestros tribunales, tendremos la simple y formularia admisión de todo lo presentado, porque en ocasiones ni los mismos Abogados incorporados al debate presentan claramente cuáles son los hechos debatidos y el objeto a probar, de ahí que proponen confesiones extraídas de menciones que nada aportan a la controversia porque no son el sustrato fáctico de la parte contraria. Y en esa variación, incurre también el juzgador con una realidad dibujada en una confusión de lo que es pertinente.

El derecho a la prueba, requiere pues una revisión de la noción de pertinencia, no porque no conozcamos su definición sino que su verificación exige un juez que no solo busque la verdad, sino que haga todo lo posible para procurarla ante sí, a lo cual abona por el lado de las partes, precisar claramente el objeto de su prueba al momento de su promoción.

Entonces vemos un proceso desarrollado a través de la evacuación de pruebas impertinentes, reveladas así desde el inicio de su promoción en esa oscuridad de no ser claramente presentadas e incluso de aquellas manifiestamente, impertinentes; pero que guarda el juzgador una gran prudencia y envía ese revisión a un momento diferido cronológicamente; aún cuando en constitucional resguardo del derecho a la defensa así como otros atributos del juicio justo, es de los poderes del juez desechar la probanza sin que ello acuse indefensión o quebrantamiento del derecho fundamental a la prueba, en estos momentos en que es protagónico un juez que explora, gestiona y dispone en algunos procedimientos de oportunidad para limpiar el tema de prueba. Lo que no está en contradicción con esa dirección del proceso, pues no se trata de un juzgador que supla el interés del promovente, en la precisión de los hechos que necesitan probarse, por ser los condu-

³ FENOCHIETTO, *Ob. cit.*, p. 45.

centes y controvertidos necesariamente traídos, salvo excepciones, en los escritos constitutivos del proceso.

El tema de los hechos que tocan ser objeto de prueba en cada caso, particular de acuerdo a la norma adjetiva civil es un precisión en cabeza del juzgador, pero a partir de la decisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 16 de Noviembre de 2001 (Caso Cedel Mercado de Capitales C.A. vs. Microsoft Corporation), coadyuvan al juzgador las partes al tener la carga de indicar el objeto de cada prueba –so pena de inadmisión del medio–, como mecanismo de control sobre la pertinencia.

III.2. En segundo lugar de nuestro estudio, tenemos la exigencia para la admisión de la prueba, su **licitud**, que de los dos extremos, es el que encontramos expresamente incluido en el texto Constitucional, a través del ya referido Artículo 49 ordinal 1°. Dispuso el constituyente, que serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso, y es que la ilicitud de la prueba se entiende en atención a que con ella no sea afectado negativamente ningún derecho de carácter fundamental, especialmente los referidos a la integridad física, psíquica y moral (Artículo 46 C.N.), a la inviolabilidad del hogar (Art. 47 C.N.) y de las comunicaciones (Art. 48 C.N.)

El tema de la ilicitud de la prueba, aunque parezca de imposible aceptación, dada la convicción –en la mayoría de los estudiosos de la ciencia procesal– sobre esa rectoría del mandato constitucional para todo lo que acontece en el órgano jurisdiccional o es producido por éste; y además que no es apto el proceso para generar, perversiones de las garantías procesales constitucionales, arroja posiciones que son debatidas entre si, con los siguientes extremos:

“Para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la justicia en el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor.

Para la segunda en cambio, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, no consentir que de ella derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal; por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba legítimamente obtenida.

Entre estos extremos se han propuesto soluciones más matizadas. Piensan muchos que la complejidad del problema repele el empleo de fórmulas apriorísticas y sugiere posiciones flexibles. Sería más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus varios aspectos; habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica controvertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador decidiría cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado, y en qué medida”⁴.

En este aspecto, preferimos la determinante regla que mide la ilicitud con la intangibilidad del principio del debido proceso, sin admitir disminuciones ni atenuaciones. Reforzando esta posición, con lo enseñado por Kielmanovich cuando “se advierte una saludable tendencia a privar de toda eficacia a la prueba producida en violación a la ley, así cuando una de las partes ha intentado acompañar copias de misivas y documentación confidencial llegadas a su poder por vía anónima, por entender que el órgano jurisdiccional debe trabajar con elementos o fuentes de pureza tal, que excluyan por lo menos en principio, la posibilidad de aceptar la agregación de probanzas que se le brindan presumiblemente mediante la perpetración de delitos”⁵.

No obstante, en ocasiones pudiese no ser determinada al momento de la promoción la ilicitud en la obtención de la prueba, por lo que sólo sería una mención en la oposición con lo que obviamente el medio entraría al

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos; Restricciones a la prueba en la Constitución Brasileña, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. II, N° 21-22, 1997, p. 129.

⁵ Ver KIELMANOVICH, Jorge L.; *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 109-110; y MONTERO AROCA, Juan; *La prueba en el proceso civil*. Segunda Edición Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998.

proceso por providencia del juez, sin perjuicio de su demostración con posterioridad.

Para ese requisito en la admisión de la prueba, también cuida la parte promovente el apego al contenido esa legalidad, en lo que corresponde a la forma de promoción del medio, y a la ausencia de prohibición legal para acreditar el hecho con algunos medios.

IV. LA ATADURA DE LA ADMISIÓN: QUÉ IMPLICA

Como fase o grado del derecho a la prueba, una vez superada la evaluación preliminar del juez en cuanto a la prueba y decretada su admisión, no puede ser concebido el fundamental derecho sin que la prueba admitida sea evacuada, pero es allí donde quedan conjugadas dos conductas de fuente particular y oficiosa.

Ciertamente, tanto interés corresponde a los sujetos enfrentados por la causa, como constitucionalmente es imperativo al tribunal la evacuación de la prueba, creemos que con mayor peso en cabeza del juzgador para garantizar precisamente la eficacia del debido proceso y de procurar, la eficaz gestión de la justicia y el resultado judicial valioso.

Encadenado va luego de la admisión, qué puede ser evacuado y seguidamente apreciado, toca entonces al Juez asumir situaciones como aquella en la cual admitida la prueba, transcurre el lapso de evacuación sin que haya sido verificada la probanza, y sin acreditar el hecho, circunstancia en la que necesariamente nos debatiremos entre la inactividad de la parte y su eficacia en la instancia y también en lo que se refiere al deber del juez de practicarla, so pena de denegar tácitamente el derecho a la prueba.

Adicionalmente a la pertinencia y licitud de la prueba, las partes quedan sometidas a las reglas propias de la actividad procesal, en cuanto a las formalidades intrínsecas y extrínsecas de cada medio para su promoción, que también es examinado por el juez; sin que aquella prueba extemporáneamente presentada pueda ser causa para sublevar esa revisión, bajo el argumento del derecho a la prueba, porque en el proceso debemos correlacionar principios y garantías sin que una nos lleve a desobedecer la otra, y sin que nos orientemos radicalmente por una de ellas.

Dentro del amplio espectro de esa luminosidad constitucional, puede el juzgador, aunque se discute si es atributo de la pertinencia y de la licitud, evaluar apriorísticamente la aptitud del medio para trasladar el hecho al proceso; la posición contraria a la evaluación de la idoneidad, se fundan en que será en la fase final de decisión y una vez evacuada la prueba, que estará claramente determinado si el medio resultó inepto, y no antes, ya que prejuzgaría.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Creemos que el imperativo constitucional sobre la admisión de la prueba, envía al juez la ratificación del mérito de su papel en el proceso, como explorador y controlador a su vez de esa carga de actividades probáticas, que en ocasiones se hacen innecesarias por obviar, precisamente el juzgador afinar su examen en la admisión. De allí que se impone, no solo la práctica de ese deber sino también la sinceridad de nosotros los abogados litigantes al elaborar el material de pruebas, que al ser insinceros colaboramos con la sobrecarga disfuncional del órgano.

Quizás una audiencia preliminar, que dilucide qué pretenden probar las partes y con que medios, se acerque a una solución; pero no contamos con ella en el proceso civil (ya prevista en otras disposiciones adjetivas) así que debemos aprender a transitar en el proceso con nuestro marco jurídico, en su bondades y limitaciones.

Culmino, esta serie de apreciaciones que someto a su consideración, con una breve lectura proveniente de la pluma del maestro Luis Loreto en el prefacio de *Ensayos Jurídicos*:

“Rectificar doctrinas y opiniones, ya por propia iniciativa y reflexión, ya por juicioso consejo de observación ajena, es siempre beneficioso para la ciencia y mucho más para quien la oye y rectifica. Volver a al verdad siguiendo los caminos metódicos que conducen a su hallazgo y conocimiento, es la actitud razonable y jubilosa de todo hombre que quiera encontrarla con sinceridad y la busque con amor y humildad de espíritu entre las sombras de su propia ignorancia o de la duda.

LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA Y SU ASPECTO CONSTITUCIONAL
CON ESPECIAL ATENCIÓN AL PROCESO CIVIL

Colocado como he estado siempre en esta posición intelectual y ética, las páginas que siguen quedan abiertas a la leal y constructiva crítica de quienes saben más y mejor” (2da. Edic. Fundación Roberto Goldschmidt. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987).

Generalidades sobre el Juicio de Atraso

José Antonio Torrealba Ramírez

SUMARIO

- I. Definición de Atraso**
- II. Antecedentes Históricos:**
 - a. Antecedentes Romanos**
 - b. Antecedentes Mercantiles**
 - c. Antecedentes Españoles**
- III. Finalidades del Estado de Atraso**
- IV. Naturaleza Procesal del Atraso**
 - a. Atraso y Proceso**
- V. Presupuestos Procésales o Presupuestos para el atraso**
 - a. Cualidad de Comerciante**
 - a.1. Comerciante Individual**
 - a.2. Comerciante Social**
 - b. Cesación de Pago**
 - b.1. Generalidades**
 - b.2. Causas de la falta de Numerario**
 - c. Superioridad positiva del activo sobre el pasivo**
 - d. Pluralidad de Acreedores**
- VI. Conclusión**

I. DEFINICIÓN DE ATRASO

Por atraso hay que entender la organización procesal, legal y ejecutiva de un sistema de liquidación del patrimonio que otorga al deudor (comerciante) una verdadera espera o moratoria para el cumplimiento, en principio, de todas sus obligaciones y que solamente le es concedido al comerciante honrado, deudor de buena fe, que ha cumplido con sus obligaciones de prudencia y de orden, tiene *un activo positivamente mayor que su pasivo*, siempre que las causas de la crisis que lo afecte, así como la crisis misma, se deban a circunstancias imprevistas o excusables (ajenas a su voluntad) y apreciadas como temporales y subsanables mediante dicha moratoria, la cual tiende a evitar la quiebra bajo la vigilancia del tribunal y de los acreedores. El atraso es pues, un medio de liquidación que se actualiza dentro de un proceso especial ejecutivo denominado proceso de atraso, en el cual intervienen, fundamentalmente, el deudor, el tribunal y los acreedores; estos últimos individualmente, a veces y otras, a través de comisiones que cumplen diversas funciones.

Entonces el atraso en términos sencillos es cuando el activo es mayor que el pasivo pero se tiene falta de numerario o liquidez para cumplir con las diversas obligaciones, a diferencia de la quiebra donde que el pasivo es mayor que el activo hecho que origina una impotencia absoluta o definitiva para el cumplimiento de las obligaciones debidamente liquidas y exigibles.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

a. Antecedentes Romanos

En el derecho romano se encuentran antecedentes remotos de las *quitas* y el origen de las moratorias en general. Dentro del procedimiento de la *bonorum venditio* la mayoría de los acreedores podía imponer quitas a la minoría a fin de facilitar la enajenación total del patrimonio del deudor insolvente. La intervención del magistrado era esencial y la mayoría se calculaba por el monto de los créditos y no por personas¹.

¹ JIMÉNEZ ANZOLA, Hernán; *El Juicio de atraso*. Editorial Arte, Venezuela.

Algunas constituciones imperiales permitieron al príncipe acordar moratorias o esperas a deudores de buena fe. También el juez podía otorgar demoras hasta de dos a tres meses a los deudores del Fisco. Había que demostrar que la imposibilidad de pago era sólo provisional y transitoria y prestar garantía.

El vocablo moratoria proviene también del derecho romano y corresponde, según Estasen, a lo que el emperador Justiniano denominaba *Indiciae Quinquenuales*. En caso de *cessio bonorum* la mayoría de los acreedores podía resolver acordar una espera al deudor hasta por un máximo de cinco años. Durante la espera el deudor conservaba la administración de sus bienes.

La facultad de acordar moratorias y en algunos casos quitas totales, fue ejercida por los soberanos durante la edad media.

Las primeras manifestaciones legislativas venezolanas relacionadas, indirectamente por cierto, con el atraso y contempladas bajo la denominación de juicios de espera y quitamiento, estuvieron contenidas, tanto para deudores civiles como mercantiles.

b. Antecedentes Mercantiles

Por lo que concierne a nuestras leyes relativas a la materia mercantil, son de recordarse las alusiones a juicios de espera y quitamiento contenidos en las que regularon el procedimiento mercantil y los tribunales de comercio de 2 de mayo de 1836, 8 de marzo de 1839 y 2 de marzo de 1841. Estas leyes se aplicaron a esperas y quitas de comerciantes.

La espera y la quita, así como la cesión de bienes, procedían para los comerciantes. Y, como en el atraso actual, resultaba esencial la espera y a veces sobrevenía la quita. No puede negarse que ambas instituciones españolas fueron antecedentes de nuestro proceso de atraso actual.

Los comerciantes, así como los deudores civiles, pudieron utilizar la espera y la quita hasta la ya reseñada ley de 6 de julio de 1860. Por lo que concierne a la cesión de bienes la misma siguió siendo posible para los comerciantes sólo hasta la ley de 15 de junio de 1861, cuya prohibición fue ratificada por el Art. 12 de la ley III, título I del Libro Cuarto del Código de

Comercio de 29-8-1862. El Código de Comercio de 20 de febrero de 1873, Art. 754, también prohibió a los comerciantes hacer cesión de bienes. Y esa prohibición se ha mantenido hasta hoy, pues los Arts. 870 y 919 de los Códigos de 1904 y 1919 la mantuvieron, así como las reformas parciales de 1938, 1942 y 1945 hasta llegar al vigente Art. 914, después de la última reforma de 1955.

c. Antecedentes Españoles

Los juicios de espera y quitamiento son una gran referencia como lo mencionamos antes para la figura del atraso y en vista de que antes de nuestra emancipación, e incluso después de la misma, rigieron en Venezuela las leyes españolas y especialmente, en materia mercantil, las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao que sirvieron de base para nuestra legislación actual que dichos juicios de espera y quitamiento, hoy en día totalmente eliminados, guardan una gran similitud con las instituciones del atraso introducida, tal como se la regula actualmente, y que fue introducida por primera vez en el CCo. De 1904 de Venezuela.

III. FINALIDADES DEL ESTADO DE ATRASO

El Código de Comercio sólo señala como finalidad esencial del mismo la liquidación ordenada de la totalidad o parte, del patrimonio del deudor con el objeto de pagar todas sus deudas, o al menos las dos terceras partes de las mismas. Obsérvese, sin embargo, que al menos inicialmente, como el activo debe ser positivamente superior al pasivo, debe haber fundada esperanza de pagar la totalidad de las deudas.

Por cuanto la insolvencia que supone el atraso no es considerada como definitiva, sino remediable mediante la moratoria y el proceso de atraso, es lógico pensar que podría ser una finalidad del mismo la de mantener la empresa mercantil y evitar que, dada la natural precipitación de los acreedores, ocurra una insolvencia definitiva y por ello la quiebra del deudor.

IV. NATURALEZA PROCESAL DEL ATRASO

a. Atraso y Proceso

No se concibe un estado de atraso sin un proceso iniciado y desarrollado conforme a las disposiciones legales contenidas en los Art. 898 y siguientes del CCo.

Por ello, si el deudor en crisis transitoria de numerario y en situación tal que le permita gozar del beneficio de atraso, obtiene extrajudicialmente de algunos o la totalidad de sus acreedores una moratoria, la misma no podrá ser calificada de estado de atraso en modo alguno. La misma moratoria como convenio privado se regirá por las estipulaciones de las partes, sin que ella sea obligatoria para aquellos acreedores que no hubieren intervenido, todo como consecuencias del efecto relativo de los contratos cuyos vínculos obligatorios no se extienden más allá de las partes, sus sucesores y causahabientes.

En consecuencia, fuera del procedimiento establecido por la ley para la obtención por parte del comerciante del beneficio de una moratoria que le permita liquidar ordenadamente la totalidad o parte de su patrimonio, no puede concebirse estado de atraso alguno.

Mediante el proceso de atraso el deudor ejerce el derecho de obtener los beneficios inherentes al estado de atraso. Eso derecho se contrapone al de los acreedores para ejecutar individualmente u obtener la declaración de quiebra y priva sobre el mismo.

El proceso de atraso es especial y su regulación procesal fundamental se encuentra en el Código de Comercio. Las disposiciones del CPC. Serán aplicables solamente en ausencia de regulaciones expresas y cuando la analogía supletoria sea admisible.

El proceso de atraso es ejecutivo, pues tiende a liquidar un patrimonio para pagar a todos los acreedores.

V. PRESUPUESTOS PROCÉSALES O PRESUPUESTOS PARA EL ATRASO

El CCo. Atribuye la Cualidad de Comerciante a las personas jurídicas individuales que teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual (Art. 10). Declara igualmente comerciantes a las personas jurídicas colectivas, sociedades mercantiles, regulares o irregulares, de cualquier tipo que ellos sean.

Hugo Mármol y Roberto Goldschmidt tienen una fuerte crítica a la definición de comerciante que nos da nuestro código de comercio. Es por ello que Hugo Mármol nos propone una definición mejorada "*Es comerciante, toda persona individual que hace del comercio su profesión, actuando en nombre propio y con fines de lucro*"². Y Roberto Goldschmidt nos dice que la definición es muy defectuosa y que no contiene dos elementos que la doctrina considera esenciales el primero obrar en nombre propio y el segundo el comerciante debe realizar sus actividades con fines lucrativos³.

a. Cualidad de Comerciante

a.1. Comerciante Individual

Dos condiciones requiere la ley: Capacidad para contratar u obligarse y habitualidad en el ejercicio de actividades mercantiles, en la verificación de actos de comercio objetivos (Arts. 2 y 10 del CCo.) En habitualidad de ejercicio hace que la profesión de quien los ejecuta sea considerada como mercantil. En cuanto a la capacidad, es menester acudir fundamentalmente al CC. Para conocer las reglas que la gobiernan.

En cuanto a la profesión mercantil, verificación habitual de actos de comercio, se ha dicho que requiere la realización de tales actos con intención de lucro y de especulaciones, pero ello para determinados actos y aclarándose que la búsqueda de un beneficio no es carácter distintivo esencial del comercio, pues la misma idea de especulación existe en actos que no son mercantiles.

² MÁRMOL MARQUÍ, Hugo; *Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General*. Ediciones Liber.

³ GOLDSCHMIDT, Roberto; *Curso de Derecho Mercantil*. UCAB, 2001.

No importa, a los fines de hacer adquirir la cualidad de comerciante que la profesión sea única, secundaria o accesorio. Lo importante es la realización de actos de comercio para obtener por medio de ellos, en sí mismos, en forma principal o secundaria, ingresos económicos de los cuales se vale la persona para subsistir o incrementar su patrimonio.

La persona que ejerce actos de comercio habitualmente debe hacerlo en nombre propio, usar su nombre, y debe perseguir, potencialmente, la finalidad de obtener beneficios, típica del objeto de cualquier empresa dedicada a realizar actos objetivos de comercio, así fuere la misma individual o colectiva y su titular, persona jurídica simple o compleja.

a.2. Comerciante Social

Las sociedades mercantiles, reguladas fundamentalmente en los Arts. 200 y siguientes del CCO; son, por el mismo hecho de su constitución, consideradas como comerciales. A partir de la reforma del CCo. Efectuadas en 1955 se estableció una presunción de comercialidad de cualquier clase de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, cualquiera que fuere su objeto (finalidad), con las excepciones establecidas en leyes especiales y, también, cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria.

b. Cesación de Pagos

b.1. Generalidades

La Cesación de Pagos o Insolvencia en el atraso no es, (no debe ser, según la ley), la impotencia definitiva del patrimonio para hacer frente, puntual y regularmente, al pago de las obligaciones líquidas y exigibles con el numerario y el activo realizable a corto plazo, como sucede normalmente en la quiebra. *Más aún, la falta de numerario en sí misma, si bien puede ser la misma cesación de pagos de la quiebra, tiene un matiz de provisionalidad y superabilidad.* Es, como señala la ley, la crisis patrimonial ocasionada por falta de numerario debido a sucesos imprevistos o causa de cualquier otra manera excusable. Por ello, aun cuando el concepto de cesación de pagos sea uno, tanto para el estado de atraso como para el proceso de quiebra, forzoso es admitir, vistos los requisitos de admisibilidad y procedencia del estado de atraso, especialmente la positiva

superioridad del activo sobre el pasivo que implica la facilidad de su conversión en dinero, que la cesación de pagos en el atraso reviste caracteres menos definitivos que en la quiebra.

Por otra parte, sucederá con más frecuencia en el atraso que en la quiebra que el deudor establezca con certeza la inminencia de una falta de numerario en el futuro y, por ello, adelantándose a la misma, acuda al tribunal a solicitar el beneficio de atraso, aun en momentos en que no ha dejado de cumplir ninguna obligación vencida y exigible.

Lo anteriormente dicho no supone en modo alguno, que dentro de la hipótesis de quiebra no puede suceder lo mismo. Nada impide que el deudor que todavía no ha incumplido ni siquiera una sola de sus obligaciones mercantiles considere que, por ejemplo, dada la insanable excedencia de su pasivo sobre el activo, o su irremediable falta de numerario, caerá indefectiblemente en quiebra y se adelante a confesar su estado económico ante el juez competente pidiéndole ser declarado (y constituido) en estado de quiebra. Podría suceder también que el comerciante se adelante a pedir su quiebra aun sin haber incumplido ninguna obligación mercantil y no obstante tener un activo superior al pasivo, si está seguro de que le faltará numerario, porque sabe que no le será posible cumplir con uno o varios de los requisitos de admisibilidad del estado de atraso.

La cesación de pagos en el atraso podría más propiamente denominarse suspensión, lo cual da idea de provisionalidad.

Por referirse a legislación diferente a la nuestra, no es de tomar en cuenta la observación de Navarrini cuando afirma que carece de significación apreciable y nadie la sigue ya, la distinción entre cesación de pagos y suspensión de pagos, lo que equivale a decir, entre impotencia provisional e impotencia definitiva.

b.2. Causas de la Falta de Numerario

La ley dice solamente que deben ser imprevistas o, en general, excusables. No deben depender de culpa, negligencia y menos de dolo del deudor.

El concepto de causa imprevista es menos exigente que la noción de caso fortuito y, por supuesto, que la de fuerza mayor. El ser algo imprevisto es más subjetivo y menos riguroso que el ser imprevisible. Lo imprevisto es subjetivo. Lo imprevisible objetivo. Lo imprevisto mira hacia el pasado. Lo imprevisible al futuro. Y, por otra parte, lo imprevisto para un comerciante debe relacionarse con su buena fe y con el modo de ser general de un comerciante ordenado.

c. Superioridad Positiva del Activo sobre el Pasivo

Como se ha dicho, éste es uno de los presupuestos fundamentales para la admisibilidad y, más aún, para la procedencia del atraso. Para la admisibilidad, porque si el solicitante no alega esa positiva superioridad y, al menos, no la demuestra primafacie al producir su balance, su inventario, las tasaciones de los diversos elementos que integran su activo y las listas de sus acreedores y de sus deudores, la solicitud no será admitida.

d. Pluralidad de Acreedores

Es de la naturaleza de los procedimientos concursales en general y, por lo tanto, de estado de atraso, que en las mismas exista un deudor comerciante en estado de crisis (cesación de pagos o insolvencia), frente a una pluralidad de acreedores.

En la práctica resulta casi inconcebible la hipótesis de un comerciante en crisis con un solo acreedor que alegue derechos contra el mismo. No obstante, cabría preguntarse si ante la absoluta certidumbre de que un comerciante sólo deba a una persona jurídica, (cosa distinta a que solamente le reclame uno), podría solicitar el estado de atraso.

En primer término, obsérvese que la ley, aunque no lo diga expresamente, supone como natural la pluralidad de acreedores.

Por tal motivo, es menester concluir que según la idea del legislador la pluralidad de acreedores es natural y al mismo tiempo necesaria para la procedencia del estado de atraso.

VI. CONCLUSIÓN

El atraso es pues, un medio de liquidación que se actualiza dentro de un proceso especial ejecutivo denominado proceso de atraso, en el cual intervienen, fundamentalmente, el deudor, el tribunal y los acreedores; estos últimos individualmente, a veces y otras, a través de comisiones que cumplen diversas funciones.

Entonces el atraso en términos sencillos es cuando el activo es mayor que el pasivo pero se tiene falta de numerario o liquidez para cumplir con las diversas obligaciones, a diferencia de la quiebra donde que el pasivo es mayor que el activo hecho que origina una impotencia absoluta o definitiva para el cumplimiento de las obligaciones debidamente liquidas y exigibles.

No se concibe un estado de atraso sin un proceso iniciado. Ahora en la practica los acuerdos privados con los acreedores son una forma más rápida y expedita de buscar una solución inmediata que logre salvaguardar o preservar la existencia de la empresa, ya que, el proceso de atraso es un proceso lento, engorroso, costoso donde poner de acuerdo a todas las partes en dicho proceso nos fácil y donde nadie normalmente ve satisfecha totalmente su pretensión y casi siempre termina en la quiebra de una empresa, hecho que significa la perdida de empleo y de una fuente de ganancia importante para cualquier nación en desarrollo, porque, la empresa es un motor o impulso importante en la economía de cualquier país.

Para concluir la figura del atraso es proceso ejecutivo, pues tiende a liquidar un patrimonio para pagar a todos los acreedores, pero esta figura en la practica esta perdiendo fuerza pues, hoy en día los acuerdos entre las diversas partes cobran mas fuerza todo ello, en atención al principio de la autonomía de la voluntad de las partes que implica, la libertad plena de las partes de poder contratar o pactar todo con el fin de buscar, la preservación de las empresas que son una fuente importante de ingresos para una nación, como también son una fuente relevante de empleo.

Posturas doctrinarias en torno a la Confesión Ficta

Rodrigo Castillo Cottin

SUMARIO

Introducción

- 1. La Falta de Contestación**
- 2. Naturaleza Jurídica de la Confesión Ficta**
- 3. La Confesión Ficta como Presunción**
- 4. Efectos de la Confesión Ficta**
- 5. La Preclusión**
- 6. Existen dos supuestos de Confesión Ficta**

INTRODUCCIÓN

Los actos relativos a la contestación de la demanda en principio son una carga que la ley arroja sobre el demandado. A él corresponde el derecho de impugnar la relación procesal mediante contestación al fondo, razones u objeciones que contradigan el derecho invocado por el actor, bien se trate de hechos jurídicos o simples¹. Por medio del acto de contestación el demandado podrá traer hechos nuevos al proceso, como también podrá rechazar los hechos o afirmaciones contenidas en el libelo de la demanda, trabando así la litis.

¿Qué sucede cuando ante el acto de contestación, ante esa carga que impone la ley al demandado, el sujeto pasivo de la pretensión toma una actitud omisiva?

Aunque el silencio humano es inexpresivo cuando surge aisladamente, no ocurre lo mismo en el contexto de la actividad jurisdiccional, donde, por el contrario, es elocuente y puede generar consecuencias que graviten, de un modo diverso, sobre las afirmaciones de los hechos formulados por el adversario, a la que se contraponga², tal actitud omisiva en el acto de contestación deriva en la falta de contestación de la demanda, la cual tiene efectos de gran importancia en el proceso.

1. LA FALTA DE CONTESTACIÓN

La Falta de Contestación de la demanda en nuestro derecho, da lugar a la llamada *confesión ficta*, esto es, la presunción de confesión que recae sobre los hechos narrados en la demanda, pero no sobre el derecho o las consecuencias jurídicas que conforme a la ley deben aplicarse a los hechos establecidos. Ella admite prueba en contrario y se caracteriza, por tanto, como una presunción "*juris tantum*"³. Se trata como vemos de una

¹ CUENCA, Humberto; *La Actividad Procesal*. Publicaciones del colegio de abogados del Distrito Federal, n° 16, p. 11, Caracas, 1960.

² GONZÁLEZ, Atilio Carlos; *Silencio y Rebelión en el Proceso Civil*. Editorial Astrea, pp. 19-20, Buenos Aires, 1979.

³ RENGEL RÖMBERG, Aristides; *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Volumen III, Editorial Arte, p. 131. Caracas, 1992.

confesión y no de una admisión de los hechos⁴. Autores como Alberto Guzmán Hernández dicen que realmente no es ni confesión ni ficticia, pero si acepta que se trate de una presunción iuris-tantum de confesión de los hechos expuestos por la parte contraria perfectamente desvirtuable en el período probatorio.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFESIÓN-FICTA

Es una presunción de que los hechos demandados son ciertos, en razón de que el demandado no ha comparecido al acto de contestación. La naturaleza jurídica de ésta figura es de **sanción**, solamente aplicable por disposición expresa y en éste sentido vemos la jurisprudencia venezolana al establecer en sentencia del 5 de agosto de 1999 en Sala Político-Administrativa caso *Vianini S.P.A vs. I.N.O.S*:

“La parte demandada no dió contestación a la demanda en el tiempo procesal oportuno, fijado en auto de admisión, lo que supone una negligencia inexcusable y una actitud de franca rebeldía. En consecuencia le es aplicable a la parte demandada la **sanción** prevista en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, la cual procede como dice el mismo artículo ...cuando el demandado no diere contestación a la demanda dentro del plazo indicado”.

Chiovenda, no expresa lo mismo:

Algunos han visto en la *ficta confessio* la sanción del pretendido deber de contestar. Pero sí históricamente ésta norma surgió como medida coactiva (*poena confessi*), ha cambiado hoy absolutamente de significado, y se explica, en cambio de esta manera:

“El Estado tiende a la definición de los litigios por el medio más rápido y con el menor gasto posible de la actividad procesal. Esto no puede impedirle garantizar a las partes la máxima libertad de defensa; pero cuando la parte, voluntariamente, no

⁴ Para el estudio de la diferencia entre confesión y admisión, ver Rengel Römborg. *Ob. Cit.*, pp. 243-247.

hace uso de su derecho de defensa, el Estado prefiere que los hechos alegados por el contrario se tengan si más por admitidos sin afrontar la serie de actuaciones necesarias para su prueba. Pero ello no lo hace ni para castigar al contumaz ni para obligarle a comparecer o a contestar, sino con el objeto de liberarse del modo más expedito, a sí mismo y a la sociedad, de la litis pendiente. La Ley puede admitir este principio dentro de los límites más restringidos, como la Italiana; o más amplios, como las legislaciones alemanas y austriacas, según las cuales los hechos deducidos por una parte son sin más admitidos cuando esté declarada en rebeldía la contraria; o más amplia todavía, como lo hace la Ley ginebrina, para la cual la simple rebeldía del demandado supone allanamiento a la demanda del actor, en todo lo que no se excluya por las mismas alegaciones de éste y por los documentos por él presentados; pero por diversa que sea la aplicación, se trata en todos los casos de un mismo principio procesal⁵.

Del modo que no existe el deber de contestar en juicio, no hay deber de probar, sino en el sentido en que se dice, por ejemplo, que el que quiere ganar debe trabajar. Se habla por esto, más exactamente, de carga de la prueba⁶.

Sin duda pensamos que la postura de Chioventa es acertada al decir que si la parte voluntariamente no ha contestado la demanda ni ha probado nada que le favorezca, se decida sin más dilación, y si creemos que hay una carga en contestar la demanda porque mediante el acto de contestación el demandado limita la litis, pudiéndose beneficiar de lo alegado, lo que no ocurre al estar en rebeldía.

Al terminarse el lapso para la contestación, ha precluido el tiempo para contestar y el demandado no podrá aportar hechos al proceso lo cual implica la sanción para el demandado de que el juez decida en base a lo alegado por el demandante y por lo probado por ambas partes, pero el demandado se ve en la dificultosa posición de no poder probar en base a lo

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe; *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 86-87.

⁶ Ídem.

que pudo alegar en la contestación sino en todo aquello que desvirtue lo alegado por el demandante o algo que le favorezca. En sentencia del 2 de diciembre de 1999 en la Sala Político-Administrativa en el caso *Galco, C.A. contra Diques y Astilleros Nacionales C. A (DIANCA)* se determinó el significado de la frase legislativa “algo que le favorezca”:

“No obstante, para la Sala el probar algo que le favorezca al demandado contumaz, significa la demostración de la inexistencia, falsedad o imprecisión de los hechos narrados en el libelo o la demostración del caso fortuito o fuerza mayor que impidió al demandado dar contestación a la demanda. En este orden de ideas, estima la Sala que esas son la únicas actividades que puede desplegar el demandado contumaz, más no podría, como se evidencia del texto del artículo 364 del Código de Procedimiento Civil, alegar hechos nuevos, contestar la demanda, reconvenir ni citar a terceros a la causa”.

3. LA CONFESIÓN FICTA COMO PRESUNCIÓN

La presunción es un juicio lógico del legislador o del Juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, un fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos⁷.

Cuando la presunción es creada por el legislador, sea *iuris tantum* o *iuris et jure*, se considera cierto el hecho, definitivamente (en las últimas) o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario (en las primeras); cuando es simple presunción judicial o de hombre, se considera ese hecho simplemente como probable⁸.

La Confesión ficta es una presunción legal. Como se evidencia en sentencia del 14 de diciembre de 1995 (C.S.J.- Casación) caso *Administradora de Inmuebles Urbanos Valera Gómez contra N. Carranza*:

⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis; *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo II, Pruebas Judiciales, octava edición, Editorial Bogota, pp. 519- 527.

⁸ Ídem.

“El artículo 362 de ese Código denunciado en este Capítulo del recurso, regula el establecimiento y la valoración de la presunción legal considerada iuris tantum, de la denominada comúnmente confesión ficta”.

Por su parte, las presunciones legales tienen también una función sustancial y extraprocesal, muy importante, además de la indirectamente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial. Desde este punto de vista reconocen ciertos derechos sustanciales y permiten su ejercicio extrajudicial y judicialmente⁹.

Las presunciones legales son necesariamente de derecho y pueden ser iuris tantum y iuris et de jure; no pueden existir sin norma legal expresa que las consagre; no pueden ser obra de la costumbre o de la jurisprudencia. Las primeras permiten probar en contrario del hecho presumido; las segundas no y son, por lo tanto, definitivas y concluyentes¹⁰.

4. EFECTOS DE LA CONFESIÓN-FICTA

En los tiempos primitivos el actor podría llevar al demandado por la fuerza al tribunal. En otras oportunidades cuando no se ocurría al acto de contestación de la demanda se le hacía un nuevo emplazamiento y si tampoco concurría se sentenciaba en su contra de acuerdo a las alegaciones hechas por el actor. Fueron humanizándose y suavizándose estas disposiciones o sanciones a la no comparecencia y se ha llegado a lo que hoy denominamos la confesión ficta.

Los expositores venezolanos han discurrido de diferentes maneras con respecto a la confesión ficta. Para el Maestro Sanojo, la no comparecencia del demandado hace que proceda como si él hubiera negado los hechos contenidos en la demanda, sin que le valga probar ninguna otra excepción en el curso del juicio. El Maestro Feo concede amplitud de libertad al demandado para hacer todas las pruebas que le favorezcan en el curso del proceso. El Dr. Pedro Miguel Reyes, en sus apuntaciones al Código de Procedimiento Civil, expresa: “La confesión ficta como ha sido

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

establecida, crea a favor del actor una presunción de derechos. Si éste se queda tranquilo y nada promueve, y si el demandado tampoco promueve pruebas, la situación creada por el derecho de que en caso de duda se sentencie en favor del demandado se trueca a favor de aquél, a menos que sea contraria a derecho su demanda. El hecho de la confesión ficta no releva al actor de prueba y ningún demandante debe contar con la contumacia del reo para obtener su derecho. La confesión ficta es un incidente que no debe tener en justicia otro alcance”.

En ese mismo sentido encontramos en sentencia del 14 de diciembre de 1995 (C.SJ- Casación) caso *Administradora de Inmuebles Urbanos Valera Gómez contra N. Carranza*:

“Independientemente de tener como establecida la citada presunción, es necesario, para que la misma surta sus efectos naturales, que el acto haya demostrado por otra vía los extremos que apoyan su demanda. Es decir, no bastaría la virtualidad probatoria de la presunción, sino se requeriría otro medio de prueba demostrativo de aquellos hechos”.

Al ser la confesión ficta un menoscabo en la defensa del demandado, la opinión del maestro Sanojo por medio de la cual el demandado estaría en una posición favorable de negación de los hechos alegados por el actor y que no tenga que probar ninguna otra excepción, no existe en realidad. Por ejemplo: Si el demandado pretende probar que la deuda está prescrita, nada consigue porque la prescripción debe alegarse como otras excepciones, en el acto de la contestación de la demanda, así se desprende de sentencia del 7 de noviembre de 1985 (C.S.J. - Casación), caso *A. E. Boyer contra Fábrica de Papeles Maracay C.A.*:

“El confeso ficto no puede probar la prescripción si no la ha alegado en la contestación de la demanda”

Si se acatara la opinión de Sanojo, el demandado quedaría inerte a merced del demandante como dice Borjas; si se aceptase la de Feo, nadie contestaría la demanda, porque el no concurrir le daría una situación

privilegiada mucho más ventajosa, fácil y favorable, porque tendría completa libertad de probar todo lo que quiera¹¹.

Bajo el imperio del Código de 1916 el demandado rebelde, solamente podía probar hechos que no involucraran una defensa que ha debido alegar expresamente en el acto de contestación de la demanda. No se acepta para la época la postura donde se privilegiaba a reo contumaz de probar todo aquello que le pareciere conveniente, se acepta la prueba de una obligación o que la acción es contraria a derecho. La presunción que recae podía ser desvirtuada por el reo confeso, en la articulación probatoria, es de elemental lógica concluir que su derecho en tal sentido nunca podía ser mayor que el del demandado compareciente que contradice pura y simplemente la demanda. Así, pues, la única prueba favorable que podía hacer el reo confeso debía tender, exclusivamente, a destruir la presunción de voluntariedad de su inasistencia al acto de contestación de la demanda, como el haber mediado fuerza mayor insuperable; o bien la contraprueba de los hechos expresamente alegados por el actor en su libelo como constitutivos de la acción¹².

Sin embargo vemos con atención que en sentencia del 6 de mayo de 1999 (C.S.J.- Casación Civil) caso *W.A Delgado C.A* contra *Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.)* se establece:

“Feo, por su parte, y ésta es la segunda tesis, consideraba que el demandado sí estaba en la posición de promover toda prueba que le favoreciera independientemente de que no hubiera asistido al acto de contestación. En el Código de 1916, el legislador optó por la tesis de Feo, aun cuando introdujo variantes importantes”

Observando la doctrina vemos que Rengel Römerberg se adhiere a la opinión de Feo y además agrega las siguientes razones:

1. La facultad que concede la ley al confeso, de probar algo que le favorezca, es un *beneficio legal*, otorgado al demandado

¹¹ LEON PINEDA, Pedro; *Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, 1^o Edición, 1960, p. 95.

¹² PIERRE TAPIA, Oscar; *La Trabazón de la Litis*. Caracas, 1976, p. 594.

en atención a la gravedad de la situación procesal en que se encuentra, afectado por una presunción *juris tantum* de confesión de los hechos de la demanda. Es de principio, que los beneficios han de interpretarse no en forma restrictiva sino amplia, por lo cual, la carga de desvirtuar la presunción de confesión mediante la prueba de *algo que le favorezca*, debe entenderse en sentido amplio y no restringido.

2. La concesión del beneficio al declarado confeso, permitiéndole probar *lo que le favorezca*, es una *excepción a la regla general* que gobierna el régimen de la excepción que puede plantear ordinariamente el demandado que comparece a la contestación de la demanda a ejercitar su derecho de defensa. Sostener que el demandado confeso no puede probar, en virtud del beneficio *excepcional* que le concede la ley, aquello que estaría obligado a alegar expresamente en la contestación según la ley general, si hubiese comparecido a ella, es un contrasentido que anula la forma excepcional, dada precisamente para el caso de no comparecencia a la contestación.

3. A favor de la *libertad* de prueba que tiene el confeso, militan las soluciones adoptadas en esta materia en los diversos países, entre ellas la española, que como se ha visto, permite al rebelde comparecer a juicio a hacerse parte, en cualquier estado del pleito aun después del término probatorio en primera instancia o en segunda, y pedir que los autos sean recibidos a prueba, si las cuestiones que se discuten en el proceso fueren de hecho.

Ante un beneficio legal tan claro y tan amplio, que concede la ley al demandado confeso para probar algo que le favorezca, resulta monstruoso que entre nosotros, la sola declaratoria de inasistencia a la contestación y confesión ficta, tenga de hecho el efecto de una sentencia definitiva de rebeldía, sin admitir la prueba que le favorece al demandado, que la norma excepcional le permite aportar.

Agrega Rengel Römberg que bajo el código vigente, cuya filosofía y objetivo fundamental es la obtención de la justicia real, fundada en la verdad y que en tantos aspectos promueve la garantía de la defensa como

derecho inviolable, aquella concepción arcaica e injusta de la institución que comentamos, ha ceder el paso a la realización de una justicia mas eficaz, fundada en la verdad, como valor fundamental en el régimen del proceso judicial ¹³.

Sin embargo, nosotros somos del criterio que la no contestación de la demanda no puede ser premiada con un beneficio procesal tan amplio que lejos de ser entonces una presunción de naturaleza sancionatoria, beneficiaria al contumaz por su actitud rebelde, estando éste a derecho y no habiendo hecho frente a su carga procesal de contestar, lo cual evidentemente violaría la igualdad de las partes en el proceso y crearía la inseguridad jurídica para todo aquel demandante de que su contraparte no conteste y tenga la libertad de probar todo aquello que le favorezca. Pensamos entonces que la frase "probar todo aquello que le favorezca" no debe ser interpretada ampliamente sino restrictivamente pudiendo el rebelde probar la inexistencia, falsedad o imprecisión de los hechos narrados en el libelo o la demostración del caso fortuito o fuerza mayor que impidió al demandado dar contestación a la demanda, lo cual no limita la libertad de medios de prueba.

5. LA PRECLUSIÓN

La preclusión de las defensas del demandado está vinculada al problema de la contestación de la demanda. En efecto, según el artículo 364 del C.P.C, terminada la contestación de la demanda, o precluido el lapso para hacerlo, no se puede admitir la contestación de la demanda, la reconvencción, o la cita de terceros. El demandado lo único que puede hacer es plantear la falta de jurisdicción, la incompetencia de orden público o por la litispendencia o probar todo aquello que le favorezca en sentido restrictivo.

El Art. 347 del C.P.C. —explica Duque Corredor— dispone que sí el demandado no compareciere a contestar la demanda, se le tendrá por confeso, remitiendo a su vez al artículo 362, que es el que regula la confesión ficta como una consecuencia del incumplimiento de la carga de contestar la demanda.

¹³ RENGEL RÖMBERG, Arístides; *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo III, pp. 139-140, Editorial Arte, Caracas 1992.

6. EXISTEN DOS SUPUESTOS DE CONFESIÓN FICTA

Cuando el demandado emplazado para contestar la demanda, no la contesta ni opone cuestiones previas, o sea que en este caso existe la contumacia o la rebeldía absoluta del demandado, que sería el supuesto del Art. 347 en el cual el demandado incurre en contumacia absoluta y cuando el demandado comparece para oponer cuestiones previas, pero después de declaradas sin lugar o continuar el procedimiento, no lo hace para contestar la demanda, que a su vez puede verse en el Art. 362 al igual que el primer supuesto, es decir, cuando incurre el demandado en contumacia absoluta, o cuando habiendo opuesto cuestiones previas, después no comparece para contestar la demanda¹⁴.

Al ser la confesión ficta una presunción, como se ha dicho anteriormente, el demandado puede destruirla haciendo prueba en contrario, ya que al invertirse la carga de la prueba por ser una presunción en el cual es el demandado el que debe probar que los hechos alegados por el demandante no son ciertos, que no existen, que han sido eliminados, extinguidos o modificados¹⁵.

Agrega Duque Corredor, que conforme a una autorizada opinión, que por tratarse de presupuestos de validez del proceso, que el demandado puede demostrar y hasta el Juez dictar de oficio, la prohibición de la ley de admitir la acción, la caducidad legal, la cosa juzgada y la falta de cualidad y la falta de cualidad o interés¹⁶.

No sólo es necesario que el demandado no haya asistido a la contestación de la demanda sino que además la demanda propuesta por el demandante no sea contraria a derecho, esto quiere decir que la misma no sea prohibida por la ley. Siendo contraria a derecho el Juez la puede declarar de oficio sin que haya sido necesariamente alegada por el demandado.

¹⁴ DUQUE CORREDOR; *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Tomo I, Ediciones Fundación Projusticia, Caracas, 2000.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ CABRERA, ROMERO, Jesús Eduardo; Los efectos de la inasistencia a la contestación de la demanda en el C.P.C. En XIV Jornadas "J.M. Domínguez Escobar, Derecho Procesal Civil", Barquisimeto, febrero 1989, pp. 41-59.

Según Duque como en los casos de litis-consorcio voluntario o forzoso la cuestión litigiosa se debe resolver uniformemente, la comparecencia para contestar la demanda o para oponer cuestiones previas, beneficia a los litis-consortes contumaces, porque se les extienden los efectos de los actos realizados por el litis-consorte compareciente, según lo dispone el artículo 148 de C.P.C, por lo que los litis-consortes no comparecientes no incurrir en confesión-ficta y no precluye para ellos, de ser el caso, la oportunidad de apelar las defensas y alegatos a que se contrae el Art. 361 C.P.C.

Una innovación importante en la materia que estamos tratando, en relación a la prueba que puede aportar el confeso, se encuentra en el referido artículo 362 C.P.C., al establecer que “vencido el lapso de promoción de pruebas, sin que el demandado hubiese promovido alguna, el tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de aquel lapso, ateniéndose a la confesión del demandado”. Agrega además Rengel, que ésta regla (como expresa la Exposición de Motivos) es de alto valor para la celeridad del proceso, que se justifica por la actitud omisiva del demandado en tal circunstancia, que pone a su cargo el *onus probandi* para desvirtuar la confesión¹⁷.

En nuestro derecho, el efecto propio y específico de la contestación de la demanda es el de delimitar el objeto del proceso, en el sentido de que planteado éste por el actor con su pretensión, la resistencia a ésta mediante la contestación, fija los límites de su examen con fuerza vinculante para el juez, puesto que los fija el demandado en ejercicio de su derecho de defensa, y el juez queda obligado a decidir la controversia con arreglo a lo alegado y probado por las partes, en virtud de la congruencia que debe darse entre la sentencia del juez y la pretensión del demandante así determinando. Por ello se establece en el Art. 364 C.P.C., que: “Terminada la contestación o precluido el plazo para realizarla, no podrá ya admitirse la alegación de nuevo hechos, ni la contestación de la demanda, ni la reconvencción, ni las citas de terceros a la causa”¹⁸.

La Jurisprudencia de Casación es tradicional y reiterante –explica Rengel– en el sentido de que “la alteración de los términos en que fue

¹⁷ RENGEL RÖMBERG, Aristides; *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo III, p. 140.

¹⁸ Ídem, pp. 142-143.

planteada la controversia mediante la demanda y su contestación, constituye una infracción de forma, pues en tales circunstancias el sentenciador habría dejado de dictar la decisión congruente con la acción deducida y a la defensa o excepción opuesta¹⁹; ni tampoco está permitido a ninguna de las partes cambiar posteriormente en el curso del proceso, los términos en que ha quedado circunscrito el problema judicial con la demanda y su contestación²⁰.

Lo dicho anteriormente tiene sentido al entender el principio procesal por medio del cual el juez debe decidir en base a lo alegado y probado, entendiendo que este principio abarca la necesidad de prueba de lo alegado, pero tanto para la alegación de los hechos como para la promoción de pruebas existe lapsos preclusivos los cuales debe respetar el juez en base a la seguridad jurídica y al debido proceso.

¹⁹ Tomado de Rengel, Cfr. Gaceta Forense, n° 76 (2° etapa), Vol. I., pp. 525-526.

²⁰ Tomado de Rengel, Cfr. Corte Federal y de Casación. Actuaciones en el año 1946, presentadas al Congreso Nacional en sus sesiones de 1948, p. 177.

Autotutela Administrativa y Tutela Cautelar

Carlos García Soto

SUMARIO

Introducción

I. Autotutela Administrativa

1. Noción

2. El problema de la supuesta “presunción de legalidad” del acto administrativo

3. Autotutela o autodefensa de segundo grado

II. Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

1. Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

1.1. Ejecutividad de los actos administrativos

1.2. Ejecutoriedad de los actos administrativos

1.2.1. El problema del fundamento de la ejecutoriedad

1.2.2. Límites a la ejecutoriedad

III. Tutela Cautelar

INTRODUCCIÓN

La especial posición jurídica de la Administración en el tráfico jurídico responde esencialmente al fin que pretende su actividad: el interés público. En el entendido de que a la Administración Pública corresponde de manera principal la función administrativa del Estado, el ordenamiento jurídico reconoce una posición calificada a la técnica fundamental a través de la cual la Administración expresa su voluntad jurídica: el acto administrativo. Por la naturaleza de los asuntos sobre los cuales la Administración debe decidir, los cuales son muchas veces a la vez urgentes e importantes, se dice que el acto administrativo es un título jurídico suficiente para actuar sobre la esfera jurídica de los administrados, sin que la Administración requiera para ello previa declaración judicial.

Conjugar este privilegio administrativo con los derechos de los administrados es, además, uno de los retos más importantes del Derecho Administrativo, en sus vertientes sustantiva y adjetiva. Porque el que la Administración pueda incidir sobre la esfera jurídica de los particulares sin previa autorización judicial, puede constituir al administrado destinatario del acto en una posición jurídica precaria. Para conjugar la necesidad de que la Administración cuente con la cobertura jurídica suficiente para actuar y la necesidad de que los derechos del administrado no se vean vulnerados sin protección judicial, el contencioso-administrativo, en Venezuela fundamentalmente a través de su jurisprudencia, ha diseñado un sistema de tutela cautelar a favor del administrado.

En última instancia, el problema de la autotutela se resuelve en la posición de la Administración frente a los Tribunales, en el entendido de que esa relación es distinta a la de éstos y los restantes sujetos del ordenamiento. Por esa razón, el principio de autotutela tiene consecuencias capitales para el régimen del acto administrativo y su contencioso.

Lo que sigue es un intento de delinear el régimen de la autotutela administrativa y sus efectos y cómo esa especial posición de la Administración justifica un sistema cautelar a favor del administrado.

I. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

1. Noción

La Administración, al dictar actos administrativos, altera el principio de la "paz jurídica", el cual postula que las situaciones de hecho no pueden ser modificadas sin acudir antes a un Juez. Un particular que desee alterar frente a otro una determinada situación de hecho, debe obtener del Juez una sentencia que imponga el cumplimiento forzoso de esa alteración, en el entendido de que ese otro sujeto no acepta la pretensión alegada por el actor. El Juez ante quien se presenta una pretensión debe ponderarla en Derecho y *declarar el derecho aducido e imponerlo coactivamente*, a través de la fuerza pública, si ello fuese necesario, sin que haya posibilidad para el particular de utilizar la coacción privada para hacer valer sus títulos¹.

Es aquí donde la Administración se aleja del régimen común a los particulares y es el límite que divide el Derecho Privado del Público. Ella no sólo actúa sobre la voluntad de los particulares, sino que en esa actuación autotutela sus derechos: no requiere la tutela judicial.

Así, la Administración puede crear, modificar o extinguir derechos unilateralmente y ejecutar de oficio sus decisiones. En este sentido, García de Enterría y Fernández:

"Para producir estos extraordinarios efectos no necesita ni siquiera acudir al Juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto. No tiene necesidad, por tanto, de acudir a los Tribunales en juicio declarativo para obtener una sentencia favorable que sirva de título a una posterior realización material de sus derechos. Desde este punto de vista, el acto administrativo vale

¹ "Para poner en práctica las garantías jurisdiccionales que acabamos de reseñar, se requiere el ejercicio de una actividad continuativa, en la cual se pueden distinguir dos momentos: la *cognición* y la *ejecución forzada*. La *cognición* se dirige a la declaración de certeza de un mandato individualizado (primario o sancionatorio) y se expresa en una decisión; la *ejecución forzada* trata de hacer que el mandato individualizado, declarado mediante la decisión, sea prácticamente ejecutado" (CALAMANDREI, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, Volumen I, p. 159).

tanto como la propia sentencia del Juez, aunque sea finalmente controlable por éste. Por otra parte, a diferencia también de lo que ocurre con los simples particulares, la Administración no necesita acudir a los Tribunales en juicio ejecutivo para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos, de sus actos. Dispone, como hemos dicho, de medios propios de ejecución. Puede, en consecuencia, hacerse justicia por sí misma, sin necesidad de pedirla a los Tribunales (*privilegio de autotutela*)”².

El origen histórico de esta situación debe buscarse, desde luego, en Francia³. La interpretación estricta que hicieron los ideólogos de la Revolución del principio de la separación de los poderes, basados en el modelo político inglés, les llevó a pensar que debía existir una absoluta separación entre los Poderes Ejecutivo y Judicial. Esto implicaba que éste no podía juzgar a aquél, lo que a su vez originaba dos consecuencias importantes: el Poder Judicial no debía interferir en el funcionamiento del Ejecutivo, juzgándolo y, por otra parte, era a la propia Administración a quien correspondía conocer sobre la legalidad de sus actos, lo que era también una remembranza del poder absoluto del Monarca⁴. Desde luego, esta primigenia concepción hoy no tiene vigencia, desde que el sistema de Estado de

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, Tomo I, p. 43. Linares Benzo, por su parte, señala: “En efecto, es ya un tópico decir que los actos administrativos gozan de ejecutividad y ejecutoriedad. Sucintamente, la ejecutividad es el valor de los actos administrativos como títulos ejecutivos, en el sentido procesal del término: no requieren de homologación judicial para servir de sustento a su imposición, inclusive forzosa, frente a la voluntad ajena a la de la Administración. La ejecutoriedad es corolario de la ejecutividad: es la posibilidad de imponer en el terreno de los hechos el contenido del acto administrativo de que se trate. El juego de ambas notas termina de definir una de las características básicas de los actos administrativos como emanados de una Administración Pública y que posee, por esa circunstancia, una fuerza mayor a la de los demás actos no judiciales de los sujetos del ordenamiento” (LINARES BENZO, Gustavo; *Notas sobre los actos administrativos*, Caracas, 2004, p. 9, consultado en original).

³ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pp. 27-60 y ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A.; *Revolución Francesa y Justicia Administrativa*, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 105-155.

⁴ “Los constituyentes habían vivido esa experiencia de un desviado «gobierno de los jueces» y quisieron resueltamente excluirla en adelante, tanto porque no respondía a un sistema viable ni objetivo de gobierno, como porque para ellos se identificaba de hecho con el estamentalismo nobiliario, como, en fin, porque en aquel momento el poder era suyo y

Derecho, ganado por la Modernidad y que se ha impuesto en casi todo el mundo, ha llevado a que la Administración también se someta a la jurisdicción de los Tribunales, en su caso, los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La autotutela, entonces, consiste en que la Administración no requiere que un tercero imparcial, el Juez, certifique sus derechos y los haga ejecutivos: el acto administrativo es un título ejecutivo que no requiere de homologación judicial para producir efectos jurídicos.

La autotutela administrativa se diferencia claramente de los fenómenos de autotutela del Derecho Privado, como han observado García de Enterría y Fernández. La autotutela que se reconoce en algunas relaciones privadas es esencialmente excepcional y facultativa. Es excepcional, desde que altera el principio general de la necesidad de acudir a la tutela judicial para reconocer los títulos jurídicos. Es voluntaria, porque en los casos de autotutela privada se requiere que el interesado decida hacerla valer, sin autorización judicial, aunque luego el juez pueda tener control sobre ella⁵.

En suma, la autotutela explica la posición de la Administración frente a los Tribunales. En virtud del principio de autotutela, la Administración está en capacidad de tutelar su intervención en sus relaciones jurídicas y las consecuencias que de ellas se deriven, a diferencia del resto de los sujetos de derecho que actúan el ordenamiento jurídico. En el Derecho Venezolano, la autotutela tiene base legal en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) en sus artículos 8, donde se indica que los actos administrativos serán ejecutados por la propia Administración; 78, en el cual se exige como condición de ejecución forzosa de los actos que se dicte una decisión previa por la Administración, para impedir que ella ejerza la vía de hecho; 79 en el cual se faculta a la Administración a ejecutar de

no admitían de grado que tuviesen que facilitar su condicionamiento o limitar las posibilidades de conformación revolucionaria que con su ejercicio se les abría. En el dictamen de la Asamblea de donde salió la Ley de separación que hemos transcrito se declara: «La nación no ha olvidado lo que se debe a los Parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía...Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo; pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria». Como se ve, es explícita la intención de los revolucionarios de liberar el poder ejecutivo, una vez en sus manos, de los condicionamientos judiciales". (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 495).

⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 500.

oficio sus actos, y en el 80 donde se establecen las normas por las cuales se regirá la ejecución forzosa.

2. El problema de la supuesta “presunción de legalidad” del acto administrativo⁶

La jurisprudencia y la doctrina generalmente han entendido que “el acto es una manifestación que como tal está dotado de una presunción de legitimidad”⁷. Ante todo acto administrativo existe una presunción *juris tantum* de que el acto es legítimo, “presunción de legalidad”, que hace que el acto administrativo sea de cumplimiento necesario. Por eso, corresponderá al administrado destinatario del acto la carga de impugnarlo, cuando entienda que contraría disposiciones del ordenamiento⁸. Según Gordillo, si bien el administrado está obligado a impugnar el acto que considera ilegítimo, sólo está obligado a probar la ilegitimidad de éste cuando esa ilegitimidad dependa de situaciones de hecho desconocidas para el administrado. Si la ilegitimidad es consecuencia de la contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico, el administrado no debe probar la pretendida ilegitimidad, sino sólo alegarla⁹.

Esta presunción de legalidad no está reconocida expresamente en la LOPA, aunque la jurisprudencia y la doctrina venezolanas la han concluido de lo dispuesto en los artículos 8, que ordena la ejecución inmediata de los actos administrativos a falta de término; 79, al autorizar la Administración autora del acto a proceder a su ejecución forzosa de éste, sin requerir el auxilio de los Tribunales, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial, y 87, en el cual se establece el principio de los efectos no suspensivos del recurso administrativo. De lo dispuesto en esas tres normas, se concluye que el acto debe entenderse como

⁶ Véase un resumen de las distintas posiciones jurisprudenciales y doctrinales en PÉREZ LUCIANI, Gonzalo; “La llamada ‘presunción de legitimidad’ de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho*, n° 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000.

⁷ Sentencia de la CPCA de 09-08-84, en *RDP*, n° 20, octubre-diciembre, 1984, p. 139.

⁸ Distinto es el supuesto de la carga de la prueba y su desplazamiento. El hecho de que el administrado, en virtud del principio de autotutela administrativa, tenga la carga de impugnar el acto cuando considere que contraría el ordenamiento, no implica necesariamente que tenga la carga de la prueba sobre el supuesto de hecho que dio origen al acto. Esto es particularmente claro en la materia sancionatoria. (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 504).

⁹ GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*, FUNEDA-Fundación de Derecho Administrativo, Caracas, 2002, Tomo 3 (El acto administrativo), pp. V10-V12.

legítimo, porque sólo así podría ser ejecutado en los términos que ellos establecen.

Linares Benzo se ha pronunciado recientemente en contra de la presunción de validez de los actos administrativos como fundamento de su carácter ejecutivo, así:

“El carácter ejecutivo de los actos administrativos ha dado en buena parte a la doctrina a considerar que éstos gozan de una presunción de validez, lo que sería el fundamento de esa ejecutividad. Una legitimidad presunta sería la razón del carácter ejecutivo de estos actos.

No pareciera necesaria esa presunción. En efecto, decir que los actos administrativos son ejecutivos porque se presumen válidos es una petición de principio: bastaría con afirmar esa ejecutividad para que se pudiera pasar a los hechos. Así, ninguno de los demás títulos ejecutivos que presenta el Derecho común (títulos cautelares, sentencias definitivamente firmes, etc.) se consideran así porque se presuman legítimos. Sencillamente, el ordenamiento, para favorecer el tráfico jurídico, les da ese carácter con independencia de su conformidad al derecho, bien porque esa conformidad es inútil para dotarlos de eficacia ejecutiva; bien porque ya se agotaron todas las vías para determinarla. De esa manera, no hay porqué buscar un fundamento de la ejecutividad en una presunta legalidad del acto: ello es inútil.

Y peligroso, podría añadirse. Peligroso porque la posición jurídica de la Administración requiere, por definición, que pueda pasar al terreno de los hechos sin control del juez, pero en modo alguno exige una presunción de legalidad que hubiera que enervar en sede judicial. Esa posición de la Administración sencillamente le otorga fuerza ejecutiva a sus actos, pero la conformidad al Derecho de éstos sólo será dilucidada en el eventual proceso judicial que los envuelva. La provisionalidad de cualquier presunción de legalidad de los actos administrativos es otra razón para rechazarla, pues no sólo es inútil, sino que añade al particular, ya gravado con la necesidad de ser

demandante en vista de la ejecutividad de sus actos, el gravamen adicional de tener que desvirtuar en juicio dicha presunción. De hecho, no funciona de esa manera el contencioso administrativo, donde de ninguna manera obra la presunción de legalidad, pues el juez puede, inclusive, anular el acto de oficio si se trata de vicios de nulidad absoluta, entre otras cosas porque esa nulidad se deriva de causales de Derecho, y el juez se presume que lo conoce esta vez correctamente”¹⁰.

La tesis de Linares Benzo, tributaria de García de Enterría y Fernández, parece de acuerdo con el valor de los títulos ejecutivos dentro de la Teoría General del Derecho. La sola consideración de un acto administrativo como un título ejecutivo por parte del ordenamiento –y ello se desprende de lo dispuesto por la LOPA– sería suficiente para que desplieguen sus efectos, sin necesidad de homologación judicial. Por ello, como él lo señala, sería inútil y peligroso pretender acompañar una presunción de validez al carácter ejecutivo de los actos administrativos, porque ya el hecho de que sean títulos ejecutivos es suficiente para que puedan desplegar todos sus efectos.

3. Autotutela o autodefensa de segundo grado

Una consecuencia fundamental de la autotutela administrativa es lo que Jesús González Pérez denomina la *autodefensa de segundo grado*¹¹. El principio de autotutela, así, no se agota en la ejecutividad del acto, que lo hace de cumplimiento necesario (ejecutoriedad), sino que abarca también la posibilidad de que la Administración revise los actos dictados por ella, bien sea a solicitud de parte o de oficio, siempre que esos actos no hayan originado situaciones favorables en cabeza de los administrados destinatarios del acto (arts. 81-84 LOPA). A este respecto ha señalado nuestra jurisprudencia:

“En lo que respecta a la potestad de autotutela de la Administración, se debe señalar que una de sus manifestaciones más importantes es la potestad revocatoria, que no es más que la posibilidad de poder revisar y corregir sus actuaciones admi-

¹⁰ LINARES BENZO, Gustavo; *Notas sobre los actos administrativos*, cit., pp. 9-10.

¹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 68.

nistrativas y, en consecuencia, la facultad para extinguir sus actos administrativos en vía administrativa.

Esta potestad se encuentra regulada, en primer lugar, en la norma prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos antes transcrito, en el sentido de que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad que dictó el acto o su superior jerarca, siempre y cuando no originaren derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular.

Por otro lado, la potestad declaratoria de nulidad que está prevista en el artículo 83 *eiusdem*, autoriza a la Administración para que en cualquier momento, de oficio o a instancia del particular, reconozca la nulidad absoluta de los actos por ella dictados.

Así las cosas, observa esta Sala que si bien la norma antes referida consagra la posibilidad de la Administración de revisar en cualquier momento de oficio o incluso a solicitud de particulares los actos por ella dictados, esa facultad debe ejercerse siempre y cuando se detecte alguno de los vicios de nulidad absoluta señalados taxativamente en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En este orden de ideas, en sentencia de la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, del 26 de julio de 1984 (Caso: *Despacho Los Teques, C.A. vs. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Renovables*), se estableció que:

"(...) Así también, desde hace bastante tiempo reconoció la jurisprudencia de esta Corte la existencia de la llamada potestad de autotutela de la Administración Pública, según la cual pueden y deben los órganos competentes que la integran revocar de oficio, en cualquier momento, aquellos actos suyos contrarios a derecho y que

se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también puedan hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos. Tal potestad ha sido reconocida como un atributo inherente a la Administración y no como un "sucedáneo" de la potestad jurisdiccional. En tal sentido, merece ser citada la sentencia de esta Sala del 2-11-67, en la cual se dictaminó que «(...) la facultad de la autoridad administrativa para actuar en tal sentido está contenida en el principio de la autotutela de la Administración Pública, que da a ésta poderes de revocar y modificar los actos administrativos que, a su juicio, afecten el mérito o legalidad de los casos por ellos contemplados (...)».

De la sentencia transcrita, se colige, en primer lugar, que la estabilidad de los actos administrativos se traduce siempre en una necesidad de esencia finalista para el ordenamiento jurídico, tanto para la eficacia del acto como para la seguridad jurídica de los particulares y, en segundo lugar, que puede y debe la Administración declarar la nulidad de oficio en cualquier momento, de aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también puedan hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos.

Así mismo, en sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 14 de mayo de 1.985 (Caso: *Freddy Martín Rojas Pérez vs. UNELLEZ*), se señaló que:

“(...) La materia de la potestad revocatoria de la Administración Pública, su alcance y límites, ha sido objeto de abundante estudio por parte de la doctrina nacional y extranjera y analizada, en múltiples ocasiones, por la jurisprudencia de

este Supremo Tribunal. Ambas reconocen, como principio general de extinción de los actos administrativos, que la Administración tiene la posibilidad de privar de efectos a los actos administrativos bien sea de oficio o a instancia de parte y señalan, como fundamento de esa potestad, razones de legitimidad cuando el acto adolece de algún vicio o defecto que le impide tener plena validez y eficacia, y razones de oportunidad cuando se trata de actos reguladores, ya que es lógico y conveniente que la Administración pueda amoldar su actividad a las transformaciones y mutaciones de la realidad, adoptando en un determinado momento las medidas que estime más apropiadas para el interés público”.

Ahora bien, en virtud de las consideraciones expuestas, resulta forzoso para esta Sala concluir que la potestad revocatoria de la Administración se limita a los actos no creadores o declarativos de derechos a favor del particular, ya que, si trata de actos creadores o declarativos de derechos, una vez firmes, los mismos no podrán ser revocados en perjuicio de sus destinatarios por la Administración. Ésta podrá declarar la nulidad sólo por razones de ilegalidad, esto es, si el acto está viciado de nulidad absoluta y si el mismo ha causado estado, es decir, que contra él se hayan interpuesto todos los recursos administrativos a que hubiere lugar, o que no interponiéndose dichos recursos, hayan vencido los lapsos para impugnar el mismo, independientemente de que el particular considere que se le han violado derechos”¹².

¹² Sentencia del TSJ-SPA de 19-06-2001, caso *Virgilio Elías Velásquez Estrada*.

II. EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

La autotutela tiene dos manifestaciones: la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, que en realidad son fases de un mismo proceso de autotutela de los derechos.

1.1. Ejecutividad de los actos administrativos

La ejecutividad consiste en que la Administración no requiere que el Juez declare, a través de un proceso cognocitivo, un título jurídico a su favor para actuar. Esa función principalísima del Juez, declarar la pertenencia de derechos o facultades, no se hace necesaria para la Administración, quien, unilateralmente, puede actuar sobre la esfera jurídica de los administrados. Esto, como queda dicho, es impensable para los particulares, quienes sí necesitan que el Juez de la causa declare formalmente la existencia del título a su favor frente a los demás sujetos. Cuando la Administración considera ser titular de un título y dicta un acto administrativo, ya por ése hecho es ejecutivo, quedando a los particulares la carga de impugnarlo.

1.2. Ejecutoriedad de los actos administrativos

La ejecutoriedad, por su parte, permite a la Administración ejecutar por sí misma, forzosamente si ello es necesario, sus actos. Los actos administrativos gozan de ejecutoriedad, con lo cual pueden ser ejecutados por la Administración sin acudir al Juez para que éste dicte una sentencia declarativa previa o, en su caso, ejecute la sentencia. Por la ejecutoriedad, la Administración Pública puede ejercer la coacción sobre los administrados cuando éstos no han cumplido voluntariamente con lo que el acto administrativo les ordena. La Administración, al comprobar la resistencia por parte del administrado a ejecutar el acto, tiene derecho a ejecutarlo por sí misma o encargárselo a un tercero.

La ejecutoriedad presupone la ejecutividad (art. 78 LOPA). En efecto, cuando el art. 78 LOPA condiciona la realización de actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los parti-

culares a que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos, implícitamente está reconociendo al acto administrativo –*fundamento a tales actos*– el carácter de títulos ejecutivos, suficientes por ello para pasar al plano de los hechos. Así, la ejecutividad constituye el título necesario para que la Administración pueda pasar impunemente al plano de los hechos a través de la ejecutoriedad. Este título, por su parte, debe funcionar como una constancia formal que demuestre la habilitación (y su alcance) para la actuación administrativa¹³.

Pero no todos los actos administrativos son de ejecución forzosa, sino sólo aquellos que impongan obligaciones a los administrados, desde que únicamente si la Administración impone obligaciones éstos podrían incumplirlas. Los actos administrativos favorables a los administrados y el incumplimiento de la propia Administración no pueden ser objeto de ejecución forzosa.

Pero la ejecución forzosa no es monopolio de la Administración. La ejecución por parte de la Administración es una excepción al principio de que es a los Tribunales a quienes corresponde coaccionar la voluntad rebelde de los particulares. Por ser una excepción, no deroga el principio, con lo cual, “ante la falta de cumplimiento voluntario de lo ordenado por el acto administrativo –dice Rafael Badell Madrid–, es necesario proceder a su ejecución forzosa. A tal efecto existen dos sistemas: el judicial, que deja a cargo de los Jueces la ejecución forzosa de las decisiones administrativas; y el administrativo, que postula el principio de autotutela ejecutiva y apodera a la Administración para hacer cumplir sus propias decisiones mediante el empleo de la fuerza”¹⁴.

1.2.1. El problema del fundamento de la ejecutoriedad

La doctrina y la jurisprudencia han creado un debate en torno al fundamento de la ejecutoriedad de los actos administrativos. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia plantea que son una prerrogativa a favor de la Administración como persona cualitativamente distinta a las demás (Gar-

¹³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 765.

¹⁴ BADELL MADRID, Rafael; “La ejecución administrativa de los actos administrativos y la garantía de los derechos constitucionales”, en www.badellgrau.com

cía de Enterría y Fernández; Sentencia de la CSJ-SPA de 03-08-82). Badell Madrid, por su parte, opina que la ejecutoriedad no funciona como una prerrogativa, sino que es consecuencia de la función administrativa, lo que acarrea las siguientes consecuencias: 1. los otros poderes y los particulares en función administrativa también pueden ejecutar directamente los actos administrativos que dicten, y 2. no son susceptibles de ejecución forzosa los actos que la Administración dicte en función jurisdiccional o arbitral. La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 09-11-89, caso *Arnaldo Lovera*, dijo que la ejecutoriedad se fundamenta en la presunción *juris tantum* de legalidad de los actos y en la necesidad de dar cumplimiento al interés público.

Para nosotros, el fundamento último de la ejecutividad y la ejecutoriedad se encuentra, como todo lo relativo a la Administración Pública, en el interés público que a ella corresponde gestionar, en el entendido de que es en virtud del concepto de interés público que el ordenamiento otorga potestades a la Administración. En cuanto a las objeciones de Badell Madrid, podemos ensayar que, en el primer caso, si bien los otros poderes y los particulares también pueden hacer ejecutorios sus actos, ello ocurre como consecuencia de las competencias de esos poderes, y del interés público que corresponde atender a algunos particulares que se encuentran en una situación de sujeción especial con respecto a la Administración. A la segunda objeción, cabría decir que la prerrogativa de la ejecutoriedad se otorga a la Administración sólo para el ejercicio de la función administrativa, que es la que primigeniamente le corresponde.

Dos sentencias, distantes en el tiempo, resumen lo que aquí se ha querido decir:

“El interés público en que se inspiran las normas del Derecho Administrativo, justifica en ciertos casos privilegios de que goza la Administración para el cumplimiento efectivo de sus fines. Entre tales privilegios, que exceden los moldes clásicos del Derecho común, se encuentra el de la inmediata ejecución de sus actos”¹⁵.

¹⁵ Sentencia de la CF de 29-7-59 en *Gaceta Forense* N° 25, 1959, p. 99.

Más recientemente, el TSJ ha dicho que en cuanto al fundamento de esta institución:

“La denominada ejecutoriedad de los actos administrativos supone la potestad de la Administración Pública de hacer cumplir sus propias decisiones, haciéndolas efectivas a través de sus órganos sin que medie intervención o habilitación judicial.

Tal característica de los actos administrativos encuentra en diferentes sistemas jurídicos, consagración o reconocimiento de distinta naturaleza, en algunos casos de rango legal y en otros de rango constitucional. Sin embargo, más allá de las variadas formas en que ésta ha sido incorporada al derecho positivo, el basamento jurídico y, al mismo tiempo político, sobre el cual descansa esta figura, encuentra una justificación que obedece a razones siempre similares, como se expondrá seguidamente.

Al respecto, se suele señalar que la potestad o prerrogativa *en comento* se fundamenta en la imperiosa necesidad de dar satisfacción a los intereses generales, para cuya consecución se producen las situaciones administrativas, sin que pueda resultar obstaculizada o impedida por la acción de los particulares o administrados. Esta argumentación ha sido sostenida por la más acreditada doctrina, tanto patria como extranjera”¹⁶.

1.2.2. Límites a la ejecutoriedad

Desde luego, la ejecutoriedad de los actos administrativos tiene precisos límites, sin los cuales el Derecho Administrativo quedaría virtualmente reducido a la nada. En primer lugar, la autotutela tiene una serie de límites en cuanto a los requisitos de validez del acto administrativo. Pero la ejecutoriedad de esos actos, además, debe estar establecida por Ley y debe respetar el cortejo de derechos constitucionalmente declarados que acompañan al administrado en sus relaciones jurídico-administrativas. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 26 C.N.) apareja ciertas condicio-

¹⁶ Sentencia del TSJ-SPA de 13-11-2001, caso *Banco Caroní, C.A., Banco Universal*.

nes para que la ejecución del acto administrativo sea viable y no implique violaciones a derechos fundamentales del destinatario, las cuales van desde la necesidad de que la Administración dicte primero el acto para después ejecutarlo, hasta el poder que tiene el Juez Contencioso-Administrativo de otorgar la suspensión de efectos del acto para proteger al administrado. El que la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos sea un elemento importante para asegurar la eficiencia de la actividad de la Administración, no debe implicar en ningún caso lesiones a los derechos de los administrados.

Así, es preciso distinguir los conceptos de ejecutoriedad y ejecución forzosa. La ejecutoriedad es la cualidad que tienen algunos actos administrativos de ser ejecutados directamente por la Administración. Sin embargo, no todos los actos administrativos requieren una ejecución forzosa por parte de la Administración que los dicta. Por ello, en realidad, hay tres supuestos: en primer lugar, los actos administrativos que no requieren de ejecución, y que por ello sólo presentan el carácter de la ejecutividad; en segundo lugar, los actos administrativos que deben ser ejecutados, y que por ello presentan los caracteres de ejecutividad y ejecutoriedad, y, en tercer lugar, los actos administrativos que deben ser ejecutados forzosamente por la Administración, y que por ello gozan de los caracteres de ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa por la propia Administración. Por ello es que un sector importante de la doctrina ha considerado que cuando la Administración dicta un acto y no cuenta con la competencia legal suficiente para ejecutarlo forzosamente por sí misma, requiere la intervención de un Juez para imponer el acto sobre el administrado destinatario¹⁷.

Un sector de la doctrina ha planteado que en materia de ejecutoriedad de los actos administrativos, la regla debe ser la necesaria ejecución forzosa de los actos administrativos por parte del Juez, y la excepción la ejecución forzosa de éstos por parte de la Administración que los dicta, previa habilitación legal. Así, Gordillo:

¹⁷ "Se dirá que es *ejecutorio* cuando la administración tenga otorgados por el orden jurídico, en forma expresa o razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir por la coerción directa o indirecta (v.gr., sanciones) y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento. Va de suyo que el modo normal de ejecución forzosa de un acto administrativo, cuando avanza sobre la libertad de los individuos o la propiedad *lato sensu* de las personas físicas o jurídicas, es con la debida intervención judicial que controle que el acto es al menos regular, esto es, válido o anulable pero jamás nulo o inexistente" (GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. V-27).

“La ejecutoriedad mal llamada propia, con el alcance de otorgar a la administración el uso de la coerción para ejecutar por sí sus actos, aún cuando se encuentre en contraposición a derechos de los particulares, sólo puede razonable y constitucionalmente otorgarse en grupos de casos determinados, a texto expreso o razonablemente implícito; nunca podría admitirse, sin incurrir en arbitrariedad, que una norma legal general diera a la administración una suerte de potestad omnímoda e indiscriminada para usar de la coerción que discrecionalmente le pareciera más oportuna, en cualquier caso, en todo acto que se le ocurra dictar, de cualquier modo, con cualquier incumplimiento del orden jurídico”¹⁸.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico la regla es exactamente la otra. El artículo 79 LOPA establece:

“La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”.

Como se ve, según el régimen de dicho artículo, la regla general es la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar forzosamente de oficio sus propios actos, facultad sólo limitable por alguna disposición legal que expresamente reserve la ejecución forzosa de un acto a la autoridad judicial. En ese sentido, Brewer ha señalado que “en efecto, los actos administrativos tienen carácter ejecutivo en el sentido de que configuran, por sí mismos, un título que puede ser ejecutado por la Administración de oficio o si la Ley expresamente lo señala, por la autoridad judicial. Pero en los casos en los cuales no esté prevista expresamente la ejecución judicial, el acto es además, ejecutorio, es decir, que puede ser ejecutado por la propia Administración, por sus propios medios y esto está previsto, en el Artículo 8 de la Ley, que señala que cuando los actos administrativos deban ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser realizados por la Administración en el término establecido, y a falta de término, se ejecutarán inmediatamente. Al regular este principio, la Ley otorga al acto administrativo el carácter de un título ejecutivo, que debe ser ejecutado de

¹⁸ *Ibidem*, pp. V-32-33.

inmediato por la Administración, por sus propios medios, siendo además, conforme al Artículo 79, la ejecución judicial, la excepción, en cuanto a que sólo, si la Ley lo establece expresamente, la Administración tendría que acudir a la vía judicial, donde tendría el acto carácter de título ejecutivo”¹⁹.

En nuestra opinión, en una futura revisión de nuestra ley de procedimientos, habría que plantearse cuál será la regla y cuál la excepción en esta materia: si la regla debe ser la ejecución forzosa por parte de la Administración de sus actos, y la excepción la autorización legal, o, por el contrario, que la regla sea la necesidad de que la Administración acuda al Juez para solicitarle proceda a la ejecución forzosa de sus actos, y la excepción la ejecución forzosa de los actos por la propia Administración, previa atribución de competencias por vía legal, tal como lo viene sosteniendo un sector de la doctrina contemporánea²⁰.

En todo caso, no puede entenderse la autotutela administrativa como una función jurisdiccional que ejercería la Administración sobre los administrados. El evidente interés que tiene la Administración sobre el asunto en el que ejerce la autotutela, protección de sus propios derechos e intereses, rompe con los principios de neutralidad e independencia propios de la función jurisdiccional. Por ello, tampoco puede hablarse que en el supuesto de autotutela administrativa tenga lugar el efecto de cosa juzgada, bien sea material o formal, propio de las sentencias judiciales.

¹⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R.; *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 70-71. Sin embargo, Brewer había señalado antes de la promulgación de la LOPA: “En principio, la ejecución forzosa del acto administrativo *por vías coercitivas* no puede tener lugar sino por vía judicial. Por tanto la administración, a pesar de que es detentadora de la fuerza pública, no puede recurrir directamente y en principio a la coerción para ejecutar sus propias decisiones (...)”, agregando que la Administración “sólo puede recurrir a la fuerza pública para ejecutar forzosamente sus decisiones, en tres casos precisos que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico vigente: Por una parte, *cuando una ley lo permite expresamente* (...), por otra parte, (...) en los casos de Estado de Emergencia Nacional declarado (...). Por último, en caso de necesidad o urgencia comprobada” (BREWER CARÍAS, Allan-Randolph; *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, UCV, Caracas, 1964, pp. 132-135.

²⁰ Por ejemplo, GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. V30.

III. TUTELA CAUTELAR

Visto que según el principio de la autotutela la Administración puede pasar al plano de los hechos sin requerir asistencia judicial, el papel de la autoridad judicial en este proceso es esencialmente posterior al acto. Sólo después que el acto ha sido dictado, el juez puede revisar la constitucionalidad o legalidad del acto. El juez revisará, así, la constitucionalidad o legalidad de los actos que la Administración ha dictado de manera unilateral, y su virtud ejecutiva implica el traslado a los particulares afectados por dichos actos de la carga de impugnarlos jurisdiccionalmente.

Ello no resta nada al carácter subjetivo del proceso contencioso administrativo, tal como es entendido hoy, en el cual la Administración y el administrado se enfrentan como verdaderas partes. La primera defendiendo su actuación jurídica, el acto administrativo que ha dictado, el segundo atacándolo por la vía del recurso contencioso administrativo.

Sin embargo, la posibilidad de lograr la anulación del acto a través del recurso contencioso-administrativo es a todas luces insuficiente para garantizar los derechos e intereses de los administrados. Aun cuando la posibilidad de lograr la anulación del acto establezca en principio la débil situación en la que se encuentra el administrado que debe soportar sus efectos ejecutivos y ejecutorios, en algunas ocasiones, es necesario que el juez tenga poderes suficientes para restablecer inmediatamente una determinada situación jurídica que lesione derechos o intereses del administrado destinatario del acto, mediante la suspensión de sus efectos.

Calamandrei ha señalado la justificación de la garantía jurisdiccional con finalidad cautelar:

“A fin de que la reintegración del derecho obtenido por vía jurisdiccional pudiera resultar prácticamente de igual eficacia y oportunidad que la ejecución voluntaria, sería necesario que la declaración de certeza y la puesta en práctica de los medios de coacción, actuasen *instantáneamente*, de manera que tomasen la situación de hecho como era en el momento en que, de la norma abstracta, nació el precepto individualizado, y de poder proveer así *re adhuc integra*. Pero esta instantaneidad del acto jurisdiccional no es prácticamente posible, porque el

desarrollo de las actividades indispensables para llegar a la declaración de certeza y después de la coacción, exige casi siempre un tiempo no breve; de suerte que existe el peligro de que, mientras los órganos jurisdiccionales se ponen a la obra para proveer, la situación de hecho se altere de un modo tal que haga resultar ineficaces e ilusorias sus providencias, destinadas así a llegar demasiado tarde, cuando el daño es ya irremediable. A evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (*periculum in mora*), está preordenada precisamente la actividad *cautelar*; la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a *anticipar provisoriamente sus previsibles efectos*"²¹.

Ese peligro señalado por Calamandrei es perfectamente posible frente a un acto administrativo. Los enormes efectos que un acto administrativo puede surtir sobre la esfera jurídica de los administrados que son sus destinatarios, y los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad que les acompañan, hacen necesario los poderes cautelares del juez contencioso administrativo, capaces de suspender los efectos de un acto administrativo que amenace los derechos del particular. Esos poderes cautelares permiten, así, conciliar la tensión entre poderes de la Administración y derechos de los administrados que toda relación jurídico-administrativa envuelve. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia:

“En este sentido, la posibilidad de que los efectos del acto administrativo tanto en sede administrativa como judicial sean suspendidos, viene a convertirse en el elemento conciliador y moderado de la perpetua tensión entre libertad y autoridad.

²¹ CALAMANDREI, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 156-157. Señala más adelante: “Así la garantía cautelar aparece como puesta *al servicio* de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho; la misma está destinada, más que a hacer justicia, a *dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra*. El contenido de la garantía cautelar es variable, en cuanto, debiéndose el mismo anticipar de un modo provisorio a los efectos de una sucesiva garantía jurisdiccional definitiva, es necesario que se ajuste, caso por caso, al diverso contenido de ésta; pero éste es precisamente su carácter distintivo (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que ésta pueda llegar a tiempo, la *garantía de la garantía*”, (*Ibidem*, pp. 158-159).

Así las cosas, debe aceptarse que el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, específicamente en el caso de los de carácter sancionatorio, no resulta necesariamente contrario a la garantía de la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a la presunción de inocencia, la cual se vería en todo caso insatisfecha cuando el sistema jurídico permite que la ejecución coercitiva de decisiones administrativas pueda ser sometida a la apreciación de un juez, quien luego de analizar los concretos intereses en juego, dictaminará acerca de la conveniencia o no de la protección cautelar, en función de evitar siempre el daño mayor o más grave que la ejecución o la suspensión del acto puedan causar, tanto al derecho subjetivo, como al bien común en pugna, dependiendo de la circunstancia del caso.

Es por ello, que no puede, en modo alguno, escindirse o excluirse, como erradamente lo pretenden los peticionarios, el análisis de los requisitos del "*fumus boni iuris*" y el "*periculum in mora*" a los fines de que el juez contencioso administrativo pueda ponderar en cada caso concreto la gravedad y la irreparabilidad del daño que virtual o potencialmente pueden sufrir los intereses en juego. En este sentido, la ponderación o equilibrio de intereses se traduce claramente en un tercer requisito que, en concordancia con la valoración hecha de los otros dos, determinará para cada caso concreto, la prevalencia de los intereses individuales, colectivos o inclusive de terceros que puedan estar en discusión"²².

Un efectivo sistema de tutela cautelar es por ello absolutamente necesario para proteger al administrado frente a los riesgos que el sistema de autotutela entraña. En todo caso, el *test* que permitirá determinar si un sistema de tutela cautelar es suficiente para lograr esa protección, será su capacidad de adelantarse a la irreparabilidad del daño que pueda causar el acto administrativo recurrido.

²² Sentencia del TSJ-SPA de 13-11-2001, caso *Banco Caroní, C.A., Banco Universal*.