

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**EL INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMAS PROCESALES Y SU
RELACIÓN CON EL DERECHO A LA DEFENSA**

Trabajo Especial de Grado para optar al título
de especialista en Derecho Procesal.

Autora: Abogada Fanny Dunllin Lima Gámez.
Tutor: Esp. Jesús Alberto Labrador

San Cristóbal, Julio de 2010

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL.**

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana abogada Fanny Dunllin Lima Gámez, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **EL INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMAS PROCESALES Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA DEFENSA**; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los ____ días del mes de _____ de 2010.

Abogado ESP. Jesús Alberto Labrador
Cédula de Identidad V-3.008.022

UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL.

**EL INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMAS PROCESALES Y SU RELACIÓN
CON EL DERECHO A LA DEFENSA**

Por: Fanny Dunllin Lima Gámez.

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal,
aprobado en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el Jurado
abajo firmante, en la ciudad de _____, a los _____ días del mes de _____
de _____.

Nombres y Apellidos

C.I. _____

Nombres y Apellidos

C.I. _____

TABLA DE CONTENIDO

	Pp.
RESUMEN.....	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	6
LA FUNCIÓN DE LAS FORMAS PROCESALES	6
1.- La forma jurídica y la forma procesal.....	9
2.- La función política de las formas procesales.....	13
3.- Constitucionalización del proceso. Cambio de paradigma	15
4.- Las formas procesales y la práctica institucional.....	18
CAPÍTULO II.....	23
FUNCIONES ESPECÍFICAS DEL SISTEMA DE GARANTÍAS EN VENEZUELA.....	23
1.- Verdad y sistema de garantías. Macroestructura y microestructura .	26
2.- Defectos formales y defectos sustanciales.....	31
3.- La nulidad en el sistema venezolano.....	33
4.- Respuesta a los actos defectuosos.....	36
4.1.- De la reparación a la nulidad	36
4.2.- Tipos de respuesta al acto inválido	39
4.2.1.- El saneamiento	41
4.2.2. La convalidación	42
4.2.3.- La nulidad	43
CAPÍTULO III.....	47
LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ANTE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS	47
1.- Concepto.....	50
2.- Fundamento Jurídico.....	55
3.- Elementos	60
A) Derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales	61
B) Derecho al debido proceso.....	64
C) Decisión ajustada a derecho	66
D) Derecho a recurrir de la decisión.....	69
E) Derecho a ejecutar la decisión	70
4.- Características.....	72
5.- Las formas procesales y la tutela judicial efectiva.....	74
6.- El conflicto y la tutela judicial efectiva	77

CAPITULO IV	80
CONDICIONES DE LEGITIMIDAD DEL PROCESO COMO BASE PARA SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS JUDICIALIZADOS	80
1.- Los conflictos de intereses frente al proceso	82
2.- Trilogía estructural del proceso	84
3.- Proceso, procedimiento y enjuiciamiento	86
4.- Naturaleza jurídica del proceso	97
5.- Principios generales del proceso	101
5.1.- Principios del proceso de interés social	104
5.2.- El proceso oral	106
6.- Presupuestos procesales	107
7.- Actos y lapsos procesales	109
CAPITULO V	111
TEORÍA UNITARIA DE LAS FORMAS PROCESALES	111
1.- Dudas, transpolaciones y confusiones en la teoría unitaria	112
2.- De la presunción de validez a la importancia constitucional	114
3.- La búsqueda de nuevas bases	117
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFÍA.....	125

UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL.

**EL INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMAS PROCESALES Y SU RELACIÓN
CON EL DERECHO A LA DEFENSA**

Autora: Fanny Dunllin Lima Gámez.

Tutor: Abog. Esp. Jesús Alberto Labrador

Fecha: Julio 2010

RESUMEN

Aún cuando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 257, enaltece la Justicia por sobre las formalidades inicuas, no obstante el mismo texto fundamental venezolano realza la importancia esencial del derecho a la defensa como factor primordial de la garantía del debido proceso, colocando con ello a los operadores del sistema de justicia, en muchas ocasiones, en la diatriba de introducir en la balanza esas dos posibilidades, es decir, dar preponderancia a la norma por sobre la justicia, encerrando la solución de un conflicto dentro de la rigidez formal del derecho o apartándose de la norma formal, para la redefinición de la controversia. Precisamente, lo que se plantea en la presente investigación es analizar, a través del método documental, si el incumplimiento de las formalidades que constituyen parte de cualquier proceso acarrea la vulneración del derecho a la defensa y de allí de la garantía primordial del debido proceso, a la luz del derecho venezolano, con lo que se pudiera correr el riesgo de perjudicar a los ciudadanos que en búsqueda de una tutela judicial efectiva, sin embargo, ven obstruida sus pretensiones, por la inobservancia o infracción de los resguardos procesales que el legislador pone a su disposición para la protección, real y efectiva de sus derechos. El trabajo final que arroje la investigación será de gran importancia y tiene por objeto orientar a los operadores de justicia venezolana y a la sociedad en general, respecto al daño social y las consecuencias, tanto del incumplimiento de las formas procesales como de la excesiva formalización del proceso, en uno y otro caso analizando la afectación del derecho a la defensa.

Descriptor: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Formas Procesales, Derecho a la Defensa, Debido Proceso.

INTRODUCCIÓN

La ley es una realidad estructuralmente compleja, precisamente como consecuencia de la complejidad de la vida social y la multiplicidad de las costumbres que hoy se traduce, políticamente, entre identidad y diferencia como valores democráticos, o sea, pluralismo propio de sociedades complejas. El derecho no solamente es forma normativa, hecho social y razón inmanente, de todo lo cual emana la justicia, formada en la contextualidad como actividad estructural-constructivista, pues, al paso que la teoría idealista del conocimiento toma al “sujeto”, esto es, al “yo” como centro, en la nueva concepción del pensamiento es, diríase, “excéntrico”, propio de la renovada epistemología que tiene en cuenta la realidad material, fuera de todo ontologismo-naturalista, cuyo predominio viene a ser el objeto sujeto a valoración. Es aquí donde se contraponen los dos epistemes: el tradicional-idealista-formalista-empírico y el nuevo, de la complejidad, holista, circular.

Se quiere significar, entonces, que el centro de todas las relaciones ya no está establecido de antemano. Así, lo excéntrico se manifiesta en la necesaria contextualidad entre los sistemas cerrados, abiertos, integrados y autopoieticos que lleva a la obligada distinción entre validez, vigencia y aplicabilidad, más próxima a la teoría del derecho como interpretación, dado

el carácter complejo de los instrumentos jurídico-dogmáticos con los que debe manejarse y regularse la realidad, de suyo mudable y contingente, especialmente en las sociedades complejas como las actuales, signadas por la incertidumbre, que contribuyen a la llamada opacidad del derecho, y siguiendo a Luhmann (1997:37), por las sorpresas que en su seno se registran, aplicando el principio de la doble contingencia.

Enseña, en efecto, Betti, (1975) que el intérprete que se limitara a la sola fórmula legislativa y prescindiera de indagar qué valoración normativa constituye su ratio, “mostraría tener una noción bien mísera del sentido de la ley no cumpliría con su tarea” (p.258), en orden a encontrar lo justo, mediante la equidad, pues una ley es una relación de justicia.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), admite, a lo largo de su articulado, que el paradigma legal no es un dogma ni un método inquebrantable, dada, precisamente, la complejidad del método democrático, inserto en su artículo 2, lo que se advierte cuando se observan dificultades en su ajuste con la realidad, por cuanto el derecho sufre constantes cambios metamorfósicos. Luego, la unificación de dicho método se hace hoy por principios y controles de constitucionalidad, más que por categorías dogmáticas formales.

Ahora bien, la investigadora considera posible construir una

explicación más sencilla y hasta obvia si se sostiene que el acto procesal resulta inválido cuando no cumple con los requisitos que el texto adjetivo, los tratados internacionales y la Constitución Nacional, enfocados en el modelo democrático y social de derecho, prevén para ello. No obstante, resulta esencial para la presente investigación ahondar en las finalidades de las formas procesales, en cuanto sistema social de garantías que proteja la dignidad del ser humano y la seguridad de su entorno. Siempre la invalidez requerirá la referencia a un patrón legal pero de ello no se deriva necesariamente la construcción de una teoría cerrada y formal, que sólo tiene sentido si está vinculada a alguna forma de interpretación restrictiva, lo que de ningún modo es aceptable como criterio general en el campo de la protección del derecho a la defensa, en especial bajo la óptica de protección de un sistema de garantías como el comentado, en donde se requiere precisamente, una interpretación extensiva y progresiva.

De tal manera, que lo se propone la autora, en la presente propuesta es hacer ver la necesidad de combatir las trasgresiones al derecho a la defensa con un sistema formal perfectamente adecuado a las expectativas sociales, esto es, flexible, abierto, complejo y no lineal, necesario en el campo procesal ante la insuficiencia de mecanismos que se constituyan en barrera infranqueable de la voracidad normativa y exegética que constantemente crea conflictos o redefine conflictos, generalmente en

perjuicio de quienes quieren servirse de un sistema que dirima controversias, obteniendo con prontitud y seguridad la decisión correspondiente.

Por tal motivo, se hace necesario hacer un análisis de la función de las formas jurídicas, desde el punto de vista político sin desprenderse de las exigencias del colectivo, atendiendo a su utilización institucional y lo que significa el cambio de paradigma constitucional del proceso. Dentro de esta idea, se tratará el sistema de garantías en la república Bolivariana de Venezuela, su incidencia en la solución de controversias sin afectar los intereses del individuo ni los de la sociedad, pero haciendo énfasis en la protección del derecho a la defensa como pilar fundamental del respeto en las relaciones socio jurídicas.

Se hace igualmente imprescindible indagar sobre la importancia del derecho a la tutela judicial efectiva ante la institucionalización de los conflictos, así como la legitimidad del proceso como base para solventar los conflictos judicializados, en aras de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales sobre la materia, entendiendo que el proceso se constituye en un mecanismo esencial para la realización de la justicia y no para la materialización de injusticias.

Finalmente, se hará alusión a la teoría unitaria de las formas

procesales, sus implicaciones jurídicas, sociales, políticas y hasta culturales, sin descuidar la mención a las nuevas líneas de acción en materia de barreras protectoras ante la violencia que gira en torno a los ritualismos inútiles y excesivos a los que los seres humanos que hacen uso del proceso se han ido acostumbrando.

Así pues, la estructura final del trabajo de investigación se plantea en cinco capítulos: Capítulo I en donde se plantea la función de las formas procesales, en cuanto a la forma jurídica y la forma procesal, la función política de la forma procesal, constitucionalización del proceso como un cambio de paradigma, así como las formas procesales y la práctica institucional. Capítulo II, desarrolla las funciones específicas del sistema de garantías en Venezuela, la verdad y sistema de garantías, macroestructura y microestructura, defectos formales y defectos sustanciales, la nulidad en el sistema venezolano y la respuesta a los actos defectuosos. El Capítulo III, señala la tutela judicial efectiva ante la institucionalización de los conflictos. El Capítulo IV, las condiciones de legitimidad del proceso como base para solucionar los conflictos judicializados.

Finalmente, en el Capítulo IV se analiza la teoría unitaria de las formas procesales y la búsqueda de nuevas bases. Todo ello seguido de un conjunto de conclusiones y por último de la bibliografía que sustenta la investigación.

CAPÍTULO I

LA FUNCIÓN DE LAS FORMAS PROCESALES

Cuando se hace referencia al sistema procesal, como sostiene Berman (1996:62), no se piensa solo en una forma del proceso, sino en un modelo amplio y satisfactorio de administración de justicia, vinculado o relacionado al nacimiento y desarrollo del Estado actual y con una enorme capacidad de moldear la cultura de la legalidad.

Sin embargo, el proceso y, específicamente, el modelo venezolano de justicia se encuentra inmerso en el mar del ritualismo consagrado, en el que la atención primordial se la lleva la norma, antes de las exigencias sociales de resolución de las controversias, en muchas ocasiones, incluso, con desprendimiento a la protección de los derechos fundamentales de la persona, tal es el caso del derecho a la defensa.

Esta formalización se da, tanto en la rigidez de las formas procesales, como en la secuencialidad absurda (por ejemplo, el "expediente" tiene que tener una hilación que no responde sólo a un criterio de orden sino que tiene

un carácter sacramental) y una vigilancia estricta de las formas en cuanto tales. La función garantizadora de las formas procesales, que es su único sustento, ya que su antigua contribución a la seguridad jurídica, como en el procedimiento formulario, ya no tiene vigencia, aún con la vigencia de la Constitución Nacional, pues queda totalmente superada por la sacramentalidad del trámite.

Ahora bien y, precisamente, las formas del proceso deben cumplir un rol importantísimo en la salvaguarda de los derechos de las personas intervinientes, pues ellas cumplen una función especialísima consistente en garantizar los derechos de las partes y, fundamentalmente, el de defensa, en la medida que esas formas determinan el modo del acto, en tanto si escrito u oral, mediante apoderado o sin él, ante juez o sin su presencia, etc., el tiempo, referido a si se adelanta antes o después de, en primera o en segunda instancia, el lugar, que indica el sitio en que se ha de producir, si en el juzgado o en otro lugar, etc., el sujeto, esto es si lo realiza el Juez, un tercero o una de las partes, el orden, o sea la ubicación en el trámite con respecto a otros actos, etc. Así pues, tales formas son de la esencia del acto, porque su finalidad es también basal, de donde aflora que no tienen su origen en el mero capricho del legislador, ni en el antojo, sino, por lo contrario, en la necesidad de verificar la existencia, validez y eficacia de cada uno y en la de proteger el derecho de cada parte.

Es por lo anterior que la misma Constitución busca hacer efectiva esa protección, mediante instrumentos como el artículo 49, que alude al debido proceso y, en especial, a la plenitud de las formas procesales, como garantía mínima de las personas sujetas al proceso, formalidades todas enderezadas a proteger derechos del uno y del otro.

Entonces, el cumplimiento de las formas propias del juicio no debe entenderse como una simple sucesión de formas, requisitos y términos, sino que se requiere comprender su verdadero sentido, vinculado de manera inescindible con el respeto y efectividad de los derechos fundamentales, por ello, su cumplimiento debe revelar a cada paso el propósito de protección y realización del derecho material de las personas.

Tales formalidades inciden, pues, de modo decisivo en los actos, al punto que su ausencia o falla generan nulidades o, dicho de diversa manera, estas tienen su origen en la insatisfacción de aquéllas, lo cual engendra la necesidad de invalidar usualmente cada actuación viciada.

Además, de la función expuesta de las formas procesales, cuanto defienden derechos, tienen también otra importante razón de ser que está constituida por la necesidad de garantizar la eficacia del método judicial de investigación y juzgamiento, como que el proceso lo es, pero el logro de ese

objetivo depende grandemente de tales formas, cual sucede también, por vía de ejemplo, con la recepción de un testimonio, en tanto se le toma juramento, se le identifica plenamente, se le pide la razón de la ciencia de su dicho, etc., requisitos que, cumplidos, permiten tener en cuenta y dar valor a esa prueba y, por allí, encontrar la verdad histórica que dará paso al acto de subsunción jurídica.

De manera tal, que las formas del proceso son esenciales, en cuanto se acoplen a las exigencias sociales y políticas que plantea el modelo democrático y social de Estado, contenido en el texto constitucional, haciendo necesaria referencia al debido proceso, ya descrito, sin considerarlas necesarias en cuanto fórmulas vetustas de obligatorio cumplimiento por capricho del legislador.

1.- La forma jurídica y la forma procesal.

La doctrina sobre las nulidades del proceso suelen confundir a quien debe aplicar las normas, es decir, a los operadores normativos e, incluso, aquellos estudiosos del derecho, a los profusos investigadores del quehacer normativo. Ella parece, o como un intento de poner orden a una práctica judicial caótica y orientada por la sensibilidad valorativa, o como un intento de conceptualizar sólo sobre la base de analogías formales o similitudes

semánticas.

Ahora, esa tarea no sería en sí misma objetable, si no fuera porque suele ocultar dificultades focales para el tratamiento de la actividad procesal defectuosa o produce transpolaciones de principios que distorsionan las soluciones pensadas por el sistema normativo. Esa falsa armonía, como lo afirma Berman (ob.cit:79) tiene raíces históricas y doctrinarias, producto, por una parte, del desarrollo del sistema inflexible normativo y, por la otra, de algunas clasificaciones defectuosas, provenientes de una superficialización de la teoría general del proceso, que suele construir categorías comunes por fuera de las razones de política procesal.

Si a lo anterior se le agrega que la práctica de la abogacía ha aprovechado este desorden para hacer el uso de las nulidades una de las principales herramientas del retardo, el litigio indirecto y desleal y la defensa del ritualismo para la construcción, como lo asienta López (1998:69) de fórmulas apodícticas que, en realidad, sólo son verdad en parte cuando no completas falacias, se justifica la preocupación por desarrollar una explicación que simplifique, pero a la vez vuelva más eficiente, el modo como el sistema procesal reacciona ante la invalidez de los actos del proceso.

Ahora bien, se debe iniciar un camino de depuración de la explicación

del sistema de nulidades, buscando hacer más transparente las distintas funciones que cumplen el aludido sistema y las razones políticas que se encuentran detrás del cúmulo normativo relacionado con la invalidez procesal.

En este sentido, ya las dificultades que se desprenden del modo de análisis de la actividad procesal defectuosa ya fueron reconocidos por la doctrina, inclusive, como afirma Binder, (2000) "...suele considerarse la teoría de las nulidades como uno de los temas más complejos dentro del derecho procesal" (p. 15).

Precisamente, ese conjunto de problemas se presentan al intentar racionalizar las decisiones judiciales, en los que privan consideraciones valorativas del momento, antes que cualquier marco de referencia teórico. El devenir de los sistemas judiciales frente a las fallas formales es tan relativo y variado que el tratar de ordenar tales invenciones puede ser contrario al agradecimiento. No obstante, la importancia política de la corrección o invalidez de los actos procesales defectuosos es tan importante que se debe llamar la atención sobre la necesidad de profundizar los estudios sobre el tema, sobre todo para exaltar las soluciones que al respecto brinda el texto constitucional venezolano y que permiten un correcto amparo del derecho a la defensa.

Lo anterior resulta de importante calibre, ya que cuanto más fecunda la problemática sobre las nulidades en el proceso más se trastocan sus derechos fundamentales. Tras una aparente fertilidad en cuanto a la jurisprudencia y las soluciones a la dificultad planteada aumenta la indiferencia y la sensibilidad hacia los principios fundamentales. Señala al respecto Binder, (2000) un pasaje de Mario Pagano de casi doscientos años que expresa lo siguiente:

El espíritu forense, espíritu de litigio, embrollo e intriga vino a ser el espíritu nacional del Reino de Nápoles y de Roma. Los que fueron los conquistadores del mundo o los tranquilos cultivadores de las bellas artes y de las ciencias se convirtieron en capciosos curialistas y célebres intrigantes. Además de la apelación, todos los posibles gravámenes fueron imaginados y entre ellos tuvieron sus puestos las nulidades. (p. 16).

En efecto, dentro de una legislación formalista, el ser humano incauto puede ser presa fácil de los intereses que se encierran y esconden en la norma, lo que provoca que quede a merced del adversario, tocando un escudo protector que se erige ante la violencia legal, esto es el derecho a la defensa, icono del aseguramiento del libre desarrollo de la personalidad humana.

Así lo denota Ihering (1962), al señalar lo siguiente: “En una legislación formalista, el ignorante, el imprudente, el hombre honrado

desconocedor de los negocios, se encuentra a merced del adversario astuto que se sirve de la forma para estrangular al inexperto.” (p.284).

2.- La función política de las formas procesales.

La práctica de los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela es altamente demostrativa de las argucias utilizadas por los litigantes y aun por el propio órgano jurisdiccional para dilatar el proceso. Las denominadas artimañas procesales, encuentran en peticiones maliciosas o temerarias la fuente de impunidad; al desviar el eje de discusión del objeto procesal a otros carriles procedimentales, logrando así confusión, pérdida de tiempo que impide recolectar pruebas y en definitiva habilita el archivo de las actuaciones en los usados estantes judiciales, opacando la tutela judicial efectiva y, por supuesto, limitando el derecho a la defensa.

En este sentido Ledesma (2002) expone:

Las vías de impugnación juegan en éste aspecto un rol preponderante, mediante incidentes de nulidad, recursos de revocatoria, apelaciones y quejas, se suele ganar tiempo y trastocar la pesquisa. Nuestros Códigos contienen una amplia gama de alternativas de impugnación, desde la reposición o revocatoria hasta recursos denominados extraordinarios, inaplicabilidad de la ley y casación constitucional (en Argentina extraordinario federal), pasando por alternativas impropias, como la “consulta” todavía vigente en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos. (p. 6).

El origen de las vías de impugnación es por todos conocido, como instrumento de control en manos del poder central. Primero, a través del monarca o de quien ejercía el poder político y luego a través de los órganos superiores de la estructura del proceso judicial, concentrando, aún hoy, en éstos últimos, la decisión definitiva.

Los vestigios de éste origen inquisitorial de los recursos no solo subsiste en la estructura organizativa de los tribunales venezolanos, sino que se proyecta en el trámite y se pone de manifiesto en un lenguaje arcaico y formal, pero lleno de significación, superior o “*ad quem*”, inferior o “*a quo*”, efecto devolutivo “devolver la jurisdicción” a aquél que la delegó, etc.

La problemática que plantean las formas procesales, en orden de su rigidez y alejamiento con las necesidades sociales, como elemento que obstaculiza del ejercicio eficaz de la jurisdicción y la debida protección de los derechos fundamentales, pero esencialmente el derecho a la defensa, tiene que ver con la función política que tradicionalmente cumplieron, de allí la necesidad de su replanteo.

Una estructura ágil y dinámica del proceso, requiere que las formas procesales sean regulatorias de la garantía de juzgamiento, que aseguren la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa contra decisiones

trascendentes que vulneren derechos individuales, deben ser restringidas en cuanto atentatorias de las garantías durante el desarrollo de cualquier proceso, en aras de la consecución de la verdad y contrariamente a la regulación que actualmente registran los códigos adjetivos en Venezuela, habría que ampliar la posibilidad de recurrir a métodos alternos que posibiliten concatenar el sistema formal del proceso con las expectativas sociales.

En consecuencia, la trascendencia de ésta problemática advierte acerca de la necesidad de revisar el instituto de la invalidación de los actos procesales, a fin de construir bases teóricas compatibles con la realización eficaz del proceso. Partiendo para ello de la función tutelar específica de las formas procesales que en el Estado democrático y Social de derecho y de justicia que impera en Venezuela, significa resguardar los fines del proceso con pleno respeto de los intereses comprometidos, derecho a la jurisdicción, ejercicio de la defensa y realización del debido proceso, para que la sentencia y el proceso en su conjunto cumplan la función política pacificadora para la que fueron instituidos.

3.- Constitucionalización del proceso. Cambio de paradigma

Las nuevas tendencias del pensamiento jurídico en el mundo hoy más

que nunca se refieren al tema de las garantías judiciales que deben tener los ciudadanos de un Estado y, específicamente, aquellos que actúan como sujetos procesales dentro de una determinada situación procesal. El proceso como herramienta para el control de la conflictividad social debe estar en completa armonía con todos aquellos principios de respeto a la dignidad humana y no desprenderse de la posibilidad de contar con una adecuada protección del derecho a la defensa.

En la República Bolivariana de Venezuela, este paso que podría denominarse "constitucionalización del proceso" (entendido en todas las ramas del derecho) se da de una manera creciente con la expedición de la Constitución política de 1999.

En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se generó en medio de grandes pugnas sociales que reclamaban principalmente una mayor participación de la población en todas las esferas del Estado, siendo el resultado un cuerpo normativo en donde la pluralidad, la participación y el respeto a las garantías fundamentales de los individuos constituyeron uno de sus grandes pilares. Así, se proclamó un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, con una democracia participativa, consagrando además una extensa gama de mecanismos para hacer efectiva dicha participación, así como un catálogo bastante amplio de los derechos

del ciudadano.

De igual manera, se establecieron mecanismos de protección para la defensa de todos los derechos y se incluyeron los tratados internacionales como un criterio de interpretación de las diferentes normas legales.

Así mismo, se exaltaron dentro del texto constitucional ciertas instituciones propias del derecho procesal, como por ejemplo, el principio de la doble instancia, el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, el *non bis in ídem*, fundamentales a la hora de llevar una causa contra cualquier ciudadano y que han de ser respetados por encima de cualquier circunstancia.

Aparece, entonces, constitucionalizado el derecho procesal, entendido como expresa Rengel-Romberg (1995): "...aquél que regula las relaciones entre los ciudadanos y el Estado con motivo del ejercicio de una función pública estatal: la jurisdicción" (p. 83). De aquí se desprende que la regulación de tales relaciones se lleva a efecto no en un plano de igualdad, sino de supraordenación y subordinación, en la cual el órgano del Estado aparece en un plano superior al de los demás sujetos del proceso y les impone su fallo.

4.- Las formas procesales y la práctica institucional

Por lo anteriormente expuesto, la clarificación del problema de la actividad procesal defectuosa necesita una reflexión clara sobre el sentido de las formas para evitar una rápida transpolación de las funciones generales de las formas jurídicas a las formas generales. Esto no significa desechar todo valor al formalismo. El derecho debe jugar con las formas porque es uno de sus instrumentos principales, pero lo hace de muchas maneras y para distintas funciones; sólo si ligara la idea de forma a la de límite se podía encontrar líneas comunes, pero todavía no se acepta fácilmente esa relación.

En el campo de los negocios jurídicos un acto es estrictamente formal cuando el respeto de las formas está vinculado necesariamente con la producción de los efectos. De manera que el incumplimiento de esas formas conlleva necesariamente la respuesta que limita el valor de esos efectos, es decir, la sanción. Por tal motivo, la legislación establece formas en abstracto, que configuran actos procesales. Así las formas responden a una necesidad práctica, esto es, establecer límites, ya sea, al propio Estado o a los mismos particulares, pero siempre preservando los derechos fundamentales, entre los cuales cuenta con severidad el derecho a la defensa.

Por eso parece que siempre se presente una aparente paradoja. Por

una parte, a las formas se las considera como algo agregado, exterior al acto jurídico mismo, no vinculado a su esencia y en cierto modo innecesario o superficial, pero al mismo tiempo, los sistemas judiciales protegen la forma antes que nada. En este sentido, como lo maneja Rezzonico (1980:60) esta forma de proceder e inferir es muy propio de la adecuación de la cultura inquisidora a la legalista del siglo XIX, lo que ha generado una divergencia patológica entre la práctica tribunalicia y la doctrina.

La forma se asocia a las rutinas de las burocracias judiciales, es expresión de una maquinaria de Estado y, por tanto, no tiende a la seguridad ni a la protección ciudadana, es decir, queda un vacío enorme que se traduce en indefensión de los justiciables. Las formas en las prácticas institucionales se convierten en rutina y despersonalización. Ya no se trata de asegurar la interacción social sino de proteger las rutinas que sustentan la organización. Esta enorme diferencia no suele ser advertida y se pretende encontrar un lazo de continuidad entre usos no sólo diversos, sino antagónicos y ligados no sólo a formas distintas de ordenamientos jurídicos, sino a concepciones muy alejadas entre sí de sistemas judiciales.

De conformidad con lo anteriormente expuesto se pronunció Calamandrei (1990):

Si la nulidad de una parte, y la apelación de otra, tuvieron en teoría campos de eficiencia bien separados, en la práctica, como el efecto último de los dos institutos era, en parte, idéntico (impedir que una sentencia alcanzara categoría de cosa juzgada), pudo ocurrir que sobre la nulidad, formación originaria de derecho republicano, ejerciera su influjo la *appellatio*, formación sobrevenida de derecho imperial. (p. 96).

Por otro lado, según Foucault (1998:69), la práctica institucional constituye aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y las relaciones de verdad. Sólo puede, siguiendo al autor, haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento, órdenes de verdad, dominios de saber, a partir de condiciones políticas, que son como la base sobre la cual se forma el sujeto, los dominios del saber y las relaciones de verdad. En efecto, la práctica judicial, entre otras de la práctica institucional, desarrollada a través de las formas constituye un determinado tipo de sujeto que finalmente es mucho más que un sujeto de conocimiento.

Las formas han estado al servicio de la construcción de un sujeto y ésa ha sido su finalidad más oculta, pero más fuerte y perdurable. La práctica de defensa de las formas por las formas no ha sido sólo el resultado de la rutina o la insensibilidad. Ha sido una defensa del sujeto constituida por ellas y la cultura imperante. Por eso es tan costoso lograr que se abandone el ritualismo, que en la mayoría de los casos atenta solapadamente en contra del derecho a la defensa de quienes acuden a solventar el conflicto en vías

institucionales.

Se hace entonces imperioso poner en evidencia la función cultural de las formas para poder llegar al punto en que se le reconozca otra función de tanta fuerza y valor como para oponerse a aquella vinculada con la preservación de la burocracia judicial que hace nugatorio si quiera pensar en el debido proceso y el derecho a la defensa sumado a las expectativas sociales.

La simplificación, entonces, del proceso es una tarea constante. Existe una suerte de fuerza que atrae el sistema judicial hacia lo formal, lo incidental, lo rutinario, el trámite. Quizás, como se afirmará anteriormente, esta tendencia de huída del conflicto central responda a cuestiones profundas de organización de la cultura humana que no alcanzó a dilucidar. Lo cierto es que, en la experiencia cotidiana de la vida judicial, observamos cómo, lentamente, los formalismos le quitan espacio a la solución del problema y, por lo tanto, van complicando inútilmente el proceso y, accesoriamente, los derechos de los justiciables.

Por eso, siguiendo a Binder (1992:90), simplificar el proceso implica establecer claramente la primacía de lo substancial por sobre lo formal. Y lo substancial es el conflicto humano que subyace al proceso. En este

campo, la oralidad puede prestar un servicio mucho más grande que el de satisfacer algunos de los principios básicos del proceso. La utilización del mecanismo de la audiencia sirve para lograr adecuadamente una mayor profundidad en el proceso.

CAPÍTULO II

FUNCIONES ESPECÍFICAS DEL SISTEMA DE GARANTÍAS EN VENEZUELA

El derecho procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la denominada función jurisdiccional. Ahora bien, definida la jurisdicción, siguiendo a Longo (2002) como:

...la potestad dimanante de la soberanía popular, que ha sido asumida por el Estado como consecuencia directa de haber restringido la posibilidad de que los particulares se hicieran justicia por su propia mano, que es indispensable, junto con el poder correlativo de la acción, para constituir válidamente el proceso, único mecanismo por el cual se la ejerce, a través de órganos esencialmente independientes, determinados con antelación a la cuestión que les habrá de ser sometida a su consideración y especializados en la tutela judicial de los intereses jurídicos de los particulares, mediante la justa aplicación de la ley y el derecho al caso concreto (p. 99).

El ejercicio de ésta se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de los órganos del Poder Judicial, mediante los procedimientos que determine la ley, tal y como lo prevé el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela.

El derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa, no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías, que posibilita la rotunda aplicación del artículo 26 de la norma fundamental venezolana, en orden a lograr la tutela judicial efectiva, y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia, tal y como lo prevé el artículo 2 *ejusdem*.

Cuando el derecho procesal regula el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se está primando el sistema de garantías que contiene, no siendo afortunado señalar que el derecho procesal contempla, fundamentalmente la aplicación a través de su normativa específica, del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, cabe resaltar que el derecho procesal no es un subsistema, como lo señala Arroyo (1997:63), quien se sitúa bajo una óptica instrumentalista del derecho adjetivo, propia de un subsistema carente de autonomía. En efecto, el derecho procesal, como lo mantiene Lorca, (2003) se protege del sistema de garantías “que actúa con autonomía y sustantividad propias” (p. 533).

Entonces, el derecho procesal desea hacer frente a la aplicación enfermiza de la norma jurídica mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo. De ahí que el derecho procesal sea el derecho que trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad.

La conceptualización instrumental del proceso posee incluso un tratamiento metodológico personalizado en la doctrina procesal. En efecto, la instrumentalización del proceso se ha hecho derivar hacia sucedáneos acientíficos y faltos de rigor técnico, propiamente para justificar esa instrumentalización al conceptualizarse el proceso como instrumento de satisfacción jurídica.

Surge así la llamada “teoría de la satisfacción jurídica” del proceso, propuesta por Guillén (1969:56) en la que configura el proceso como instrumento de satisfacción jurídica.

Ante ello se ha argumentado la metodología del instrumento, con independencia de su carácter concupiscentemente jurídico justificado en la satisfacción, cuyo principal exponente ha sido Montero (1994:78), para el cual el proceso es un instrumento necesario, en el sentido de ser el medio

jurídico a través del cual los órganos jurisdiccionales cumplen con la función que les asigna la Constitución Nacional.

Así pues, la Constitución de la República Bolivariana se constituye en una barrera infranqueable que defiende la trasgresión de derechos fundamentales de los justiciables utilizando al proceso como un mecanismo limitante de la violencia que pueda ser ejercida por los mismos particulares como por el Estado. Así, toma primacía el manto protector del sistema de garantías y resguardos, utilizando a la forma procesal, no como mera aplicación ritualista, sino como estandarte de lucha, mecanismo utilizado por los órganos jurisdiccionales para hacer valer la tutela y consecución efectiva de los derechos ciudadanos.

1.- Verdad y sistema de garantías. Macroestructura y microestructura

La función de las formas procesales tiene una de sus manifestaciones más claras en el modo como se relaciona la actividad procesal en la búsqueda o encuentro con la verdad. En este punto, resulta imprescindible realizar algunas consideraciones, que provienen, por cierto, del desarrollo histórico. Fue el propio sistema formalista, escrito y positivista el que introdujo el problema de la verdad como un problema central del proceso. No porque antes los pueblos fuesen inhumanos, sino porque eran distintas las

formas de legitimación de las decisiones judiciales.

Afirma Binder (2000), aludiendo a lo anterior:

Posiblemente para una comunidad en la Edad Media, impregnada de fe religiosa y de una visión del mundo atada a la providencia divina, el hecho de que un juez “razonara” su sentencia y explicara sus fundamentos no hubiera producido mayor efecto ni hubiera generado confianza en la comunidad. (p. 60).

Aunado a ello, el modelo dominante del proceso no era la indignación, sino las formas compositivas, ligadas a la lucha y arreglo de intereses. En efecto, durante la época descubrir la voluntad divina en los casos difíciles, el consenso en la comunidad, logrado a través de formas de participación, eran más creíbles que cualquier razonamiento judicial.

Hoy, se asiste a un fenómeno similar ya que la legitimación de una decisión que se logra a través de los medios masivos de comunicación, es mucho más efectiva que la precisión argumental de una pieza jurídica. De este modo no se pretende justificar esta última realidad, sino mostrar cómo no se puede explicar simplemente lo de antaño como “inhumano” cuando la civilización mediática lleva a otras formas de legitimación, siempre vinculadas a la confianza y la credibilidad, aunque la razón como condición de legitimidad, todavía ocupe un lugar de primer orden.

Por otra parte, sostiene Binder (2000):

En el siglo XVI se consolidan un conjunto de procesos que solemos llamar “Modernidad” y el nuevo sistema inquisitivo cambia la práctica judicial respecto de la verdad. Pese a que el proceso de reaparición de la “indignación” es lento y comienza unos siglos antes de la mano del derecho canónico y la recepción del derecho romano tardío (*corpus iuris civile*), la adopción que de estas prácticas judiciales hacen las monarquías absolutas del siglo XVI produce un salto cualitativo y cuantitativo que tendrá impacto hasta nuestros días. (p.60).

Así pues, el abandono de las viejas prácticas judiciales y la crítica al sistema de “duelos” sirven para una nueva tecnificación del sistema procesal, que ahora buscará legitimar sus decisiones sobre la base de la verdad de lo que se juzga. Desde entonces el procedimiento judicial no ha abandonado la idea de verdad como uno de sus ejes centrales de estructuración, aunque esta idea de verdad ha tenido muchos significados y se vincula a diversos problemas, muchos de los cuales todavía tensionan a todo el proceso.

Por lo anterior, la verdad ha servido tanto para justificar los peores excesos del poder como para construir o elaborar los límites que buscan prevenirlos. De allí que el sistema de garantías tenga un vínculo tan profundo con la idea de verdad en las prácticas judiciales.

Como consecuencia de lo anterior, cabe señalar que el sistema de

garantías funciona, como lo asienta Binder (2000), sobre la base del binomio “verificable-verificación” (p.75). Por tal motivo, por un lado, se fijan condiciones rigurosas acerca de lo verificable, es decir, de aquello sobre lo que resulta inevitable decir la verdad, aumentando los requisitos que se deben verificar y por otro lado estableciendo requisitos que generen condiciones rigurosas para la verificación. El momento central de la verificación es el juicio, con sus características provenientes no sólo de las exigencias legales o principios políticos, sino de su anclaje en la estructura del conflicto, propia de las sociedades plurales, como la venezolana.

De allí nacen las líneas troncales de las garantías procesales vinculadas al principio de la imparcialidad, de contradicción igualitaria y publicidad. El principio de centralidad del juicio como momento de verificación y sus bases estructurales constituyen la piedra angular de todo el sistema de garantías procesales. Todas ellas forman parte de lo que ha denominado Binder (2000) la “teoría del juicio”, cuya función es explicar el funcionamiento de las garantías y favorecer su desarrollo.

Estos principios de verificación que maquillan el proceso y extienden sus efectos a sus distintas etapas, están garantizados porque existen formas que si son incumplidas le quitan efectos al acto en cuestión. Vincular un principio a una forma es una técnica específica de control del cumplimiento

de esos principios de protección de los justiciables, desarrollada sobre la base de muchas de las características formales introducidas por el propio sistema ortodoxo formal.

Ahora bien, existen principios propios del Estado Social de Derecho que protegen a todo ciudadano sometido a un proceso desde el inicio de la preparación de éste hasta el final de los actos de control y ejecución de la decisión tomada en ese juicio. Para garantizar que esos principios serán respetados por los funcionarios, se crearon formas de cumplimiento obligatorio; pero el cumplimiento de esas formas no es de ninguna manera el fin, sino el medio para asegurar el cumplimiento de los principios.

Por otra parte, las formas que garantizan esos principios no son sencillos conjuntos de requisitos formales, establecidos en la ley. Ellas formas estructuras de sostenimiento de esos principios en distintos niveles. El proceso cognitivo, entonces, es una estructura general de garantía. A este nivel, donde existe ésta y otras estructuras lo denomina Binder (2000) "macroestructura de garantías". Esta estructura se compone de actos con requisitos o secuencias de obligatorio cumplimiento que operan directamente en cada caso, permitiendo evaluar un modelo procesal desde los principios constitucionales o los pactos internacionales de derechos humanos.

De lo anterior se desprende que en ambos niveles siempre existe la idea de un conjunto ordenado de requisitos legales o secuencias que también son estructuras de garantía, pero de otro nivel. A este segundo nivel lo llama el autor (ob.cit.) “microestructura de garantías”. La función es, pues, doble. Por un lado pone el acento en la política de protección como un todo y en el modo como se elabora, evitando las interpretaciones aisladas de los principios y garantías y por otro, permite sanear la vigencia de los principios. En efecto, una explicación de la macroestructura de garantías sin considerar las microestructuras que la conforman puede llevar a una reflexión de los principios, que se desentiende de su vigencia, que es en definitiva, la preocupación central que funda la idea misma de todas las garantías.

2.- Defectos formales y defectos sustanciales

La razón principal de la presente investigación radica en la necesidad de llamar la atención sobre la importancia de analizar la dimensión sustancial del sistema de garantías que se expresa a través de las formas y no su estamento externo, afincado en el puro formalismo o en la consideración superficial del quebrantamiento de ellas. Así cabe citar a Pellegrini (2001): “Lo que debe ser combatido en esta materia, es el excesivo formalismo que sacrifica el objetivo mayor de la realización de la justicia a favor de solemnidades estériles o sin ningún sentido” (p.15).

De igual forma se pronuncia Cruz (1994) al valorar la nulidad:

La nulidad no cumple, en estas circunstancias, ninguna utilidad. La tutela de las formas, como un valor autónomo, pierde sentido. La celeridad en el proceso, como valor constitucional fundamental, adquiere preeminencia frente a la tutela de las formas, como valor autónomo, aun en los casos en que se trate de la nulidad absoluta (p. 2).

Lo anterior toma relevancia si se toma en consideración que en parte de la doctrina y, aún en la práctica tribunalicia, pareciera que se presupone el conocimiento de la función de las formas o se asume que esa función no es problemática y por ende no necesita esclarecimiento. Sin embargo, ése es un punto problemático en sí mismo y tan frecuentemente soslayado en la doctrina como mal utilizado en la *praxis* y la jurisprudencia.

En este sentido, sostiene Cruz (1994) que la corriente ritualista frente al acto procesal defectuoso se encuentra diametralmente opuesta a la concepción funcional de la nulidad. Según esta última el objetivo del acto procesal y la función de la forma priman al momento de analizar el acto viciado por sobre la propia forma que esencialmente está subordinada a la idea de garantía.

Así pues, resulta necesario estudiar la entidad de la irregularidad antes de recurrir de manera automática a la nulidad de un acto. La forma y aún el

proceso en sí mismo no son más que instrumentos para la vigencia de derechos y principios de defensa del ser humano que están garantizados por las formas.

La nulidad, entonces, constituye una institución procesal que sólo debe ser aplicable, a pesar de suponer siempre un retroceso en la actividad procesal cumplida, cuando de esta última surge un perjuicio concreto para alguna de las partes imposible de subsanarse de otro modo; y, cuando tal solución se adopta en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna la norma fundamental venezolana.

3.- La nulidad en el sistema venezolano

La estrecha vinculación existente entre las nulidades procesales y las formas procesales, obliga a hacer una referencia de estas últimas.

El acto procesal, afirma Monagas, (2004) “es una manifestación de voluntad que se produce en la realidad y consta de dos elementos a saber: forma y contenido” (p. 94). Se llama forma, entonces, a la exteriorización del contenido.

Como lo afirma Carnelutti, (citado por Maurino, 1990:62), la forma es el cuerpo del acto, la descripción anticipada que la ley hace de él, no trazando el retrato, sino su modelo, ya que ella no describe un acto cumplido, sino a cumplirse. Sin esa sustancia, continúa el autor, que recubre exteriormente los actos, sería difícil calificarlos, ya que incluso se hundirían, en el tiempo, en la multitud de acontecimientos intrascendentes.

Ahora bien, el sistema formal de nulidad en Venezuela se ha fundado tradicionalmente en una verdadera ideología del ritualismo. Ella no es únicamente una defensa hueca de las formas, sino la utilización de esas formas para el cumplimiento de otras finalidades. Si no se advierte esto con claridad, puede parecer que la visión ritualista es equivocada pero inofensiva y no hay nada más alejado de la realidad.

En efecto, en los sistemas total o parcialmente escritos, como el proceso civil venezolano, entre otros, el poder está en el trámite, lo que hace que la defensa del ritual es la defensa de una forma determinada de poder, como afirma Binder (2000) "...estructuralmente antagónica con una forma republicana de ejercicio del poder jurisdiccional" (p. 78).

Por otro lado, el sistema formalista de las nulidades cumple otras funciones que es necesario destacar. Ha contribuido a consolidar un

determinado tipo de selección de casos, a estabilizar el sistema procesal agobiado por la sobrecarga de trabajo, ha fortalecido todas las formas de ordenación interna, ha sido un factor de debilitamiento de la ley y también de la figura del juez y ha constituido la forma tradicional del litigio indirecto. Dice al respecto Cruz (1994):

El procedimentalismo también se convierte en una respuesta disfuncional del sistema judicial frente a la avalancha de casos. Es una especie de autodefensa ilegítima con la que los jueces y funcionarios judiciales le cierran al ciudadano las vías de acceso a la justicia” (p. 11).

La sola enumeración de esas funciones es suficiente para mostrar la fuerza de la ideología del ritualismo, no sólo como visión degradada del proceso venezolano, sino como sustento de una cultura propia del sistema formalista escrito patrio. Guía de conducta de los funcionarios y cara visible del sistema judicial, el ritual y la defensa hueca de las formas y los trámites es la constitución elemental del sistema formalista escrito, que todavía extiende sus efectos a lo largo y lo ancho de proceso venezolano.

Toda esta desarticulación formal sigue persistiendo tercamente en ciertos contextos académicos atrincherados en lecturas crípticas y posturas erudizantes, y lo hace únicamente para resguardar feudos intelectuales que flaco favor le hacen a una realidad que reclama con urgencia reflexiones y

nortes conceptuales que orienten el proceso venezolano y le confieran alguna proyección definida a resolver problemáticas sociales.

4.- Respuesta a los actos defectuosos

El cumplimiento de las formas procesales no puede dejarse abandonado a la voluntad de sus destinatarios y por ello se hace necesario asegurar su respeto, mediante sanciones adecuadas a la gravedad de la situación. A este respecto, Alsina (1963:23) sostiene que tales sanciones se pueden resumir en dos: ineficacia del acto cumplido o imposibilidad de cumplir un acto en el futuro. En el primer caso, la sanción es la nulidad del acto; en el segundo, el decaimiento del derecho.

No obstante, dado el problema referido por Mejía (2005:54) sobre la legitimidad, la validez y la eficacia del Derecho y, especialmente, el derecho procesal, se hace necesario incluir algunas consideraciones sobre el saneamiento y la convalidación de los actos defectuosos en aras de satisfacer las necesidades esenciales del conjunto social que hace vida alrededor del proceso venezolano.

4.1.- De la reparación a la nulidad

Cuando una forma es violada, se produce un aviso, una advertencia

sobre el peligro o la afectación de un principio. De esa manera la forma garantiza no porque ella asegure el cumplimiento del principio, sino porque facilita su vigencia y genera las condiciones de advertencia que facilitan su reparación cuando ha sido violado. Se necesitará pues, alguna actuación que concrete esa reparación. Esa actividad necesaria, como argumenta Binder (2000:98), es una de las dimensiones propias de la idea de jurisdicción en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Efectivamente, si se construye el concepto de jurisdicción desde las normas fundamentales y no desde algún tipo e concepto preconstituido, se verá que en el sistema venezolano constitucional es propia de la actividad del juez la decisión de la causa y la preservación de los principios de protección de las personas. Por supuesto, esta dimensión forma parte de la custodia de la Constitución que todo juez debe realizar en base a la supremacía de la Ley Fundamental. Ello obliga a un control del cumplimiento de esos principios durante todo el proceso.

Así pues, la idea de nulidad absoluta, a pesar de ser conveniente su abandono, expresa ese compromiso y esa obligación de los jueces con la vigencia sin restricciones indebidas de los principios constitucionales de protección de las personas durante todo el proceso.

Por lo anteriormente expuesto, Binder (2000) conceptualiza la respuesta a los actos defectuosos como:

...la actividad propiamente jurisdicción de reparación del principio afectado, de reconocimiento de que la violación de una forma no ha afectado un principio (saneamiento automático, irrelevancia, etc.) o la declaración de que el acto en cuestión no puede producir efectos o queda interrumpida la secuencia necesaria, esto es, la declaración de nulidad en sentido estricto (p. 95).

De acuerdo a lo señalado, no todo quebrantamiento de las formas genera un acto inválido, aunque siempre genere un acto defectuoso. Pueden existir defectos formales que sean inofensivos, es decir, que no hayan provocado ninguna afectación del principio garantizado. Además, no todo acto inválido genera un acto nulo, ya que esa invalidez puede haberse reparado por sí misma, por ejemplo, cuando el acto cumplió sus efectos del mismo modo o el principio pudo ser saneado por la actividad jurisdiccional reparadora. Entonces, el concepto de acto nulo queda reservado estrictamente para aquellos actos inválidos que no pudieron ser reparados.

Así pues, la nulidad debe ser considerada como la solución final, la última respuesta, y por eso mismo no resulta conveniente seguir manteniendo los múltiples sentidos para la palabra nulidad, ya que eso genera confusión en el sistema y tampoco se puede hacer girar la teoría de la actividad procesal defectuosa alrededor de la idea de nulidad. Por el

contrario, el centro de la actividad procesal defectuosa es el desarrollo de los modos de reparación o restauración de los principios constitucionales cuya vigencia está garantizada por las formas.

Frente al signo de un riesgo o afectación de un principio, es decir, del quebrantamiento de las formas nace una respuesta, esto es, una específica actividad jurisdiccional. Esa actividad tanto puede responder a un acto que ya ha ingresado al recorrido procesal pero de modo inválido, como puede impedir que ese acto ingrese. Estas dos formas de respuesta son dos modalidades de respuesta casi obvias ya que carecería de sentido dejar ingresar algo que posteriormente debe ser expulsado. En este sentido Manzini (1952:12) ha agrupado las sanciones procesales en dos tipos, según afecten la actividad procesal en potencia, impidiendo su ejercicio útil, o la actividad ya ejercida, anulando sus efectos.

4.2.- Tipos de respuesta al acto inválido

Existen distintos tipos de respuesta al acto inválido. La principal es aquella que busca reparar la vigencia del principio afectado. Los sistemas procesales suelen llamar a esta respuesta saneamiento. Algunos otros sistemas, arguye Binder (2000:67), utilizan indistintamente “Saneamiento” o “subsanción”. Ahora, lo más sencillo es utilizar la palabra reparación o

saneamiento, para la actividad reparadora, convalidación para los casos en los que se absorbe el defecto y utilizar la palabra nulidad para la respuesta que priva de efectos al acto como reconocimiento de su invalidez.

Igualmente, no es conveniente utilizar la palabra nulidad para referirse al acto con defectos formales, como una situación de hecho. Para ello es más claro hablar de acto defectuoso o inválido.

En este sentido, los jueces advertidos por el defecto formal del riesgo o afectación del principio deben repararlo, es decir, sanear el principio no la forma. En algunos casos, la afectación del principio debe ser sesgada, como tributo de la vigencia de un principio mayor, éstos son los casos de convalidación.

De otro lado, cuando un acto no puede ser saneado o no se trata de un caso de convalidación entonces el juez debe declarar su nulidad. Ella consiste, como señala Maurino, (1990) en “el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido.” (p.19).

Esta respuesta es la última herramienta del sistema procesal que debe

estar interesado antes que nada en restaurar la vigencia de los principios constitucionales afectados. El centro explicativo de la teoría de las nulidades en cuanto a técnica de preservación de los principios protectores del ciudadano es el saneamiento o reparación.

4.2.1.- El saneamiento

De acuerdo a Binder (2000) la noción más básica de saneamiento consiste en el “restablecimiento de un principio constitucional (en sentido amplio) que ha sido lesionado por la actividad procesal defectuosa”.(p.98). Y de acuerdo a Cruz (1994:34) de ninguna manera sanear es restablecer la forma.

Por lo anterior, puede existir un equívoco que ha hecho mucho daño: sanear no equivale a restablecer una forma, sino un principio. En muchas ocasiones el restablecimiento de la forma no sólo no significa restablecer el principio, sino todo lo contrario, vuelve a configurar una nueva violación del principio o agravamiento de la situación inicial.

Generalmente la reparación reclama algún grado importante de actividad judicial o de las partes. Pero no es necesaria una actividad que desencadene la reparación. Siempre que se trate de la restauración de la

vigencia de un principio constitucional la actividad judicial no está condicionada por ninguna actividad de las partes, es decir, procede de oficio.

Se ha utilizado el nombre de nulidades absolutas para señalar aquellos vicios formales que podían ser reparados por la actividad oficiosa del juez, en cualquier estado del proceso. Aquellas que no eran absolutas se convertían en relativas, más por una razón de armonía de los conceptos que por una verdadera necesidad de explicación, por lo que cae en desuso la división entre nulidades absolutas y relativas de D'Albora (1999:88), ya que no se relaciona con la posibilidad de reparación o saneamiento.

Por lo tanto, resulta preferible abandonar la dualidad de nulidades absolutas y relativas en el proceso ya que no aporta demasiada claridad y funda un falso paralelismo con los conceptos de nulidades absolutas y relativas de los actos jurídicos.

4.2.2. La convalidación

Si se entiende, como se dijo anteriormente, la convalidación como la absorción del perjuicio causado a los principios en razón de un interés superior, es claro que no puede cumplir función alguna en la teoría de las nulidades vinculada al sistema de garantías.

Como señala Pellegrini (2001:45), la forma más común se da con la preclusión. Este instituto nace de la propia idea del proceso, sostiene la autora, que siempre marcha hacia delante.

Así pues, los casos que a veces son señalados como casos de convalidación, tales como el cumplimiento de las finalidades sustanciadas del acto o los simples errores, como se dijo, se pueden explicar dentro de la figura del saneamiento.

4.2.3.- La nulidad

No suele existir demasiado problema a la hora de definir lo que es la nulidad de un acto. Se entiende que el acto, realizado de un modo irregular no produce ningún efecto o, por lo menos, no produce los efectos propios para cuales se intentó realizar. Así se obtiene, de acuerdo a Binder (2000), una noción de nulidad: “la pérdida de los efectos propios de un acto procesal por su realización defectuosa.” (p.108). Ahora bien, este concepto ha sido centro continuo de confusiones vaguedades y complicaciones innecesarias.

En primer lugar, se debe insistir en la superación de la ambigüedad más clara. No es conveniente utilizar la misma palabra para describir el hecho de la violación de las formas y la afectación de los principios de un

acto que para referirse a la decisión judicial de privarlo de sus efectos cuando la reparación es imposible o indeseable. A la primera situación se le puede llamar acto inválido y describe una situación de hecho producto de la actividad procesal defectuosa. A la segunda situación se le puede decir acto nulo, y consiste, siguiendo a Creus (1997:33), en una calificación judicial del acto, privándolo de efectos luego que se ha vuelto imposible su saneamiento.

Lo anterior, no solo tiene importancia para simplificar la explicación sino que influye sobre la práctica de la declaración de nulidad a la que se le suele dar una autonomía impropia. Como actividades judiciales las determinantes son el saneamiento o la nulidad. En uno u otro caso siempre es necesaria una actividad de identificación del acto inválido, pero no es necesaria una declaración autónoma de esa invalidez, por fuera de las respuestas que se le da a esos defectos. Se identifica el acto inválido como antecedente de una resolución saneadora o de un acto nulo, pero en todo caso la declaración de invalidez nunca es autónoma de la respuesta de esa invalidez, que podrá tener mayor o menor entidad, es decir, ir desde la simple falta de valoración de la invalidación de una cadena de actos procesales.

La respuesta nulificadora tiene diversos grados. El primer escalón es simple: se trata de no tomar en cuenta la información que ese acto conlleva, como si no se hubiera realizado. Esto no se refiere solo al régimen de la

prueba, sino a todo acto procesal ya que ellos producen siempre algún tipo de información en sentido amplio.

La declaración de invalidez hace nacer para el juez el deber de no valorar, de ningún modo, directo o indirecto, la información de ese acto. Si un acto es complejo, el juez debe analizar con precisión los alcances de la invalidez ya que ésta puede ser parcial o total. Por tal razón, dentro de las actividades propias de la valoración de la prueba se encuentra este análisis de la legalidad de los actos, que será determinante y previo del análisis lógico o de pertinencia.

Por otro lado, no siempre se admite la radicalidad de la pérdida de efectos que produce la declaración de invalidez. Torres (1993:27), por ejemplo, señala que la exclusión de un acto procesal inválido no es física, ya que una indagatoria nula no se saca del expediente, sino solamente jurídica, ya que lo que pierde son sus efectos. De este modo nada impide leer nuevamente la declaración nula y dejarse influenciar por ella. Sin embargo, la jurisprudencia venezolana, influenciada aún, por la ideología ritualista, no se ha atrevido todavía a reconocer la necesidad de destruir esos documentos ilícitos, como el modo más claro y preciso de evitar que produzcan efectos.

Pero además, los actos forman también secuencias y esas secuencias

tienen un encadenamiento que forma parte de la idea misma de garantía. Cuando un encadenamiento de actos está alcanzado por la invalidez de alguno de los antecedentes, si se trata de la respuesta reparadora, esto es, el saneamiento, se debe asumir la respuesta más amplia posible, es decir, se deben sanear todos los actos que puedan contener algún vicio. Si existen dudas, también se deben extender los efectos saneadores a los actos dudosos.

Más compleja es la respuesta cuando se trata de privar de efectos a la cadena de actos. Cuando se trata de un encadenamiento directo, de tal modo que el antecedente es una condición necesaria y suficiente del posterior, entonces la respuesta nulificadora debe alcanzar al acto consecuente. En caso de duda también debe resolverse de ese modo. Mayor profundidad en la respuesta se da en el caso no de un encadenamiento previsto en las normas procesales sino de cadenas que se producen de hecho porque un acto ha llevado a otro, sin que estuviera prevista esa cadena como tal. Creus (1994:34), mantiene que el caso más común se da en los medios de prueba.

CAPÍTULO III

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ANTE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS

De acuerdo con la concepción más moderna de organización jurídica política que pueda adoptar cualquier Nación, todo Estado debe propugnar el bienestar de sus ciudadanos, creando condiciones necesarias para su adecuado desarrollo social y moral, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.

La República Bolivariana de Venezuela no escapa a tal noción, pues su texto fundamental enmarca con acierto el deber que tiene el Estado de tutelar los derechos de sus ciudadanos que se encuentren en riesgo de ser vulnerados, a través de mecanismos eficientes, transparentes, económicos y con la celeridad debida, en aras de impedir la recurrencia de los conflictos y buscar soluciones que posibiliten y mejoren la relación futura entre las partes.

De esta forma, la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela contempla en sus artículos 1 y 2, a la justicia como un valor fundamental para alcanzar sus fines esenciales, entre los que se encuentra la construcción de una sociedad justa y amante de la paz (Artículo 3 *ejusdem*).

Precisamente, la norma primaria venezolana desarrolla notablemente este principio fundamental de actuación, en sus artículos 26, 257, 258 y 260, al establecer mecanismos eficaces de solución de conflictos, formales e informales, de acuerdo al ordenamiento jurídico venezolano, que se constituyen, cada uno de ellos, en instrumentos primordiales para la realización de la justicia.

Así tenemos que en el indicado artículo 26 se consagra el derecho de acceso a la justicia, dejando abierta la posibilidad cierta de tutela efectiva de los derechos de las personas a través de medios alternativos de solución de conflictos, que permitan obtener con prontitud una decisión justa, sin la necesidad de caer en los rieles de un tranvía llamado litigio. En efecto, el Estado garantizará, a través de cualquier mecanismo, aceptado por el ordenamiento jurídico venezolano, “una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

Ahora bien, los mecanismos constitucionales de solución alternativa de conflictos, ponen de manifiesto otros principios esenciales para la consecución de la justicia misma. Es así como con los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, el principio de igualdad toma relevancia práctica y sale de todo idealismo, pues de allí que aquellos ciudadanos que no disponen de los medios idóneos para acceder al sistema formal de administración de justicia, cuenten con la posibilidad de ver solucionadas sus controversias de manera efectiva y sin mayores costos en términos económicos.

Lo anteriormente señalado busca un equilibrio práctico, aún lejano en el quehacer de la sociedad venezolana, esto es, que ciertos grupos sociales tienen mayor capacidad para entrar en el umbral de las formalidades del proceso y, los que tienen menos capacidad están en peores condiciones para ser beneficiados por las líneas que traza el acceso a la justicia formal. No sólo por sus costos desde el punto de vista económico, sino además por lo injusto, lo descompensadas, que en muchas ocasiones son las decisiones en estas instancias para aquellos grupos sociales que aparecen como los más vulnerables, ya que estos estamentos no promueven una percepción y una evaluación real de los daños sufridos por las partes.

Se debe concluir entonces, que el Estado debe poner a disposición de

las partes involucradas en los litigios un conjunto más o menos numeroso de mecanismos de solución de conflictos, susceptibles de funcionar como tercera parte, como instancias decisivas exteriores a las partes en litigio, más efectivos y económicos, que empleen celeridad en su resolución, que impidan la recurrencia del problema y que mejoren la relación social entre las partes.

1.- Concepto.

El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, asegura la tutela judicial efectiva en la siguiente forma:

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...

Al respecto, Richani (2004) define la tutela judicial efectiva como “El derecho que tiene todo ciudadano a obtener la tutela efectiva de los jueces, en ejercicio de los derechos e intereses legítimos, previendo en corolario, que nunca se produzca indefensión.” (p. 247).

Para Bello y Jiménez (2004:121), la tutela judicial efectiva es el

derecho y garantía constitucional que involucra y comprende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a obtener una sentencia fundada, razonada, motivada, justa, correcta, congruente y que no sea jurídicamente errónea, el derecho a ejercer los recursos previstos en la ley, contra las decisiones perjudiciales y el derecho a ejecutar las decisiones judiciales.

Las definiciones anteriores, se encuadran dentro del grupo que sostiene la tesis que restringe la garantía de la tutela judicial efectiva, dirigiendo sólo la protección constitucional que involucra la norma protectora del mencionado artículo 26, al ámbito de derechos procesales, dejando de lado el espíritu holístico del texto constitucional venezolano. En efecto, de acuerdo con la concepción más moderna de organización jurídico política que pueda adoptar cualquier Nación, todo Estado debe propugnar el bienestar de sus ciudadanos, creando condiciones necesarias para su adecuado desarrollo social y moral, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.

La República Bolivariana de Venezuela no escapa a tal noción, pues su texto fundamental enmarca con acierto el deber que tiene el Estado de tutelar los derechos de sus ciudadanos que se encuentren en riesgo de ser

vulnerados, a través de mecanismos eficientes, transparentes, económicos y con la celeridad debida, en aras de impedir la recurrencia de los conflictos y buscar soluciones que posibiliten y mejoren la relación futura entre las partes.

De esta forma, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla en sus artículos 1 y 2, a la justicia como un valor fundamental para alcanzar sus fines esenciales, entre los que se encuentra la construcción de una sociedad justa y amante de la paz (Artículo 3 *ejusdem*).

Precisamente, la norma primaria venezolana desarrolla notablemente este principio fundamental de actuación, en sus artículos 26, 257, 258 y 260, al establecer mecanismos eficaces de solución de conflictos, formales e informales, de acuerdo al ordenamiento jurídico venezolano, que se constituyen, cada uno de ellos, en instrumentos primordiales para la realización de la justicia, en forma real y efectiva.

Así tenemos que en el indicado artículo 26 se consagra el derecho de acceso a la justicia, dejando abierta la posibilidad cierta de tutela efectiva de los derechos de las personas a través de otros medios que se convierten en alternativas a los formales, tales como los medios alternativos de solución de conflictos y la justicia de paz, consagrados en el artículo 258 *ejusdem*, que

permitan obtener con prontitud una decisión justa, sin la necesidad de caer en juicio. En así como el Estado garantizará, a través de cualquier medio, aceptado por la programación jurídica venezolana, “una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva, pone de manifiesto otros principios esenciales para la consecución de la justicia misma. Es así como tal garantía involucra otro principio cónsono con los ideales constitucionales, esto es, el principio de igualdad, el cual toma relevancia práctica y sale de todo idealismo, pues de allí que aquellos ciudadanos que no disponen de los medios idóneos para acceder al sistema formal de administración de justicia, cuenten con la posibilidad de ver solucionadas sus controversias de manera efectiva y sin mayores costos en términos económicos, dando acceso al sistema judicial a aquellos que han sido, durante años, marginados de las decisiones basadas en los valores transcritos en la norma protectora aludida.

Lo anteriormente señalado busca un equilibrio práctico, aún lejano en el quehacer de la sociedad venezolana, esto es, que ciertos grupos sociales tienen mayor capacidad para entrar en el umbral de las formalidades del proceso y, los que tienen menos capacidad están en peores condiciones

para ser beneficiados por las líneas que traza el acceso a la justicia formal. No sólo por sus costos desde el punto de vista económico, sino además por lo injusto, lo descompensadas, que en muchas ocasiones son las decisiones en estas instancias para aquellos grupos sociales que aparecen como los más vulnerables, ya que estos estamentos no promueven una percepción y una evaluación real de los daños sufridos por las partes.

Se debe concluir entonces, que la tutela judicial efectiva exhorta constitucionalmente al Estado a poner a disposición de las partes involucradas en los litigios un conjunto más o menos numeroso de mecanismos de solución de conflictos, susceptibles de funcionar como tercera parte, como instancias decisivas exteriores a las partes en litigio, más efectivos y económicos, que empleen celeridad en su resolución, que impidan la recurrencia del problema y que mejoren la relación social entre las partes. Es decir, la garantía de la tutela judicial efectiva, pone en manos de los ciudadanos una amplia gama de derechos constitucionales y, por ende, sociales, que permiten elevar la dignidad del ser humano otorgándole la libertad de acción y decisión, sacándolo de la prisión formal que involucra un proceso judicial, otorgándole la discrecionalidad de la que carecen muchos funcionarios y doctrinarios que manejan los hilos conductores de la justicia.

2.- Fundamento Jurídico

Pico I Junoy, citado por Perozo y Montaner (2007:43), argumenta que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende un contenido complejo que incluye los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y el derecho al recurso legalmente previsto.

En el mismo orden de ideas, Carroca (1998:9) expresa que la tutela judicial efectiva garantiza: la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales iniciando un proceso; la obtención de una sentencia motivada que declare el derecho de cada una de las partes; la posibilidad de las partes de poder interponer los recursos que la ley provea; y la posibilidad de obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia.

También es partidario de esta corriente Rivera (2002:78), para quien la tutela judicial efectiva no solo supone el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que comporta de igual forma la obligación que tiene la Administración de justicia, en respeto del derecho constitucional a la igualdad prevista en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a decidir una

controversia de una manera imparcial y equitativa.

El derecho a la tutela judicial efectiva apunta a garantizar un mecanismo eficaz que permita a los particulares restablecer una situación jurídica vulnerada y está integrado por el derecho de acceso; el derecho a la gratuidad de la justicia; el derecho a una sentencia sin dilaciones indebidas, oportuna, fundamentada en derecho y congruente; a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia. Así lo establece el artículo 26 ya mencionado del texto fundamental venezolano.

Igualmente, Escovar (2001:12) se inclina por la corriente que se enmarca en el señalado artículo 26 y, al analizar la tutela judicial efectiva ha expresado que el concepto es de raigambre española y se encuentra estrechamente vinculado con la indefensión, involucrando a otros principios como son: el derecho al acceso a los tribunales; el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales; y el derecho al ejercicio del recurso previsto en la ley.

Al comentar el principio del debido proceso señala que es el concepto aglutinador de lo que se ha llamado el derecho constitucional procesal, que como principio constitucional alude a la suma de los derechos y garantías procesales consagradas en la Constitución.

En todo caso, este criterio evidencia una clara distinción del derecho constitucional procesal del debido proceso, y el derecho a la tutela judicial efectiva, hasta el punto de considerar, que dentro del derecho al debido proceso, se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva.

Puede observarse que, para los autores previamente citados el derecho a la tutela judicial efectiva se circunscribe únicamente a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, sin involucrar la suma de las garantías procesales consagradas en el artículo 49 *ejusdem*.

En contraparte, otra corriente considera que la tutela judicial efectiva es la suma de todos los derechos constitucionales procesales plasmados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; es decir, que por tutela judicial efectiva se entiende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos, sin reposiciones inútiles, derecho al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a ser notificados de los cargos que se imputan, derecho a la presunción de inocencia, derecho de acceso a las pruebas, derecho a ser oído en toda clase de proceso, derecho a un tribunal competente, derecho a intérprete, derecho a ser juzgado por jueces naturales y derecho a no

confesarse culpable, entre otros.

Esta corriente encuentra sustento en la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de abril de 2001, N° 576, expediente N° 00-2794, que ha expresado:

La Constitución de la República en su artículo 26 consagra la garantía jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquel, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca una mínima garantía (...) Es, pues, la garantía jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano (...) para conseguir una decisión dictada conforme el derecho (...).

Puede apreciarse de la precedente sentencia que no basta con el hecho de que el ciudadano acceda a los tribunales, sino que se requiere la sustanciación de un juicio apegado al debido proceso, que se dicte una sentencia ajustada a derecho, y finalmente, que sea efectiva; es decir, que la decisión se pueda ejecutar.

Según Bello y Jiménez (2004:72) puede apreciarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera la tutela judicial efectiva como un derecho bastante amplio que involucra no sólo el acceso a la justicia y a obtener una decisión razonada y justa, sino que también incluye

las garantías constitucionales procesales que se encuentran en el artículo 49 de la Constitución.

En este sentido, Molina (2002:89) considera que la tutela judicial efectiva es una garantía constitucional procesal que debe estar presente desde el momento en que se accede al aparato jurisdiccional, hasta que se ejecuta de forma definitiva la sentencia dictada en el caso concreto, es decir, que una vez garantizado el acceso a la justicia, cada uno de los demás principios y garantías constitucionales que informan al proceso, tales como el debido proceso, la celeridad, la defensa y la gratuidad deben ser protegidos en el entendido de que el menoscabo de alguna de esas garantías, estaría al mismo tiempo vulnerando el principio a la tutela judicial efectiva.

Dentro de esta corriente también se enmarca Díaz (2004:52) para quien la tutela judicial efectiva se materializa a través del proceso constituido por: el libre acceso de los ciudadanos de los órganos jurisdiccionales, la plena protección cautelar, la sustanciación de un proceso debido conforme a las garantías procesales fundamentales, la correcta aplicación del derecho al caso concreto y una efectiva ejecución de lo sentenciado.

Tomando en cuenta los conceptos emitidos por tan reconocidos juristas se identifican dos corrientes claramente diferenciadas, la primera que

limita el alcance de la tutela judicial efectiva a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que engloba los siguientes derechos: el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia., el derecho a obtener una sentencia motivada, justa, correcta y congruente, el derecho a recurrir de la sentencia y el derecho a ejecutar las decisiones judiciales. Esta corriente no involucra los derechos o garantías constitucionales procesales establecidas en el artículo 49 de la Constitución, las cuales se refieren al debido proceso legal.

Por otra parte, se tiene una segunda corriente que plantea que la tutela judicial efectiva está conformada por los artículos 26 y 49 de la máxima norma venezolana, lo cual convierte a la tutela judicial efectiva en un amplio derecho protector del ciudadano.

3.- Elementos

La definición de la tutela judicial efectiva dentro de la cual se enmarca esta investigación presenta un conjunto de derechos que desde un enfoque sistémico conforman esta institución jurídica de carácter universal. Tales derechos son los siguientes: derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, derecho al debido proceso; decisión ajustada a derecho; derecho a recurrir de la decisión y derecho a ejecutar la decisión.

A) Derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales

El acceso a los órganos de la Administración de Justicia, manifestación de la tutela judicial efectiva, se materializa y ejerce a través del derecho autónomo y abstracto de la acción, a través de la cual, se pone en funcionamiento o se activa el aparato jurisdiccional, en busca de un pronunciamiento, sea éste favorable o no al accionante, por lo que al ejercitarse la acción y obtenerse un pronunciamiento jurisdiccional, el cual pudiere acoger o no la pretensión del accionante, el derecho o garantía constitucional de la acción queda satisfecho, pues ésta no mira al pronunciamiento favorable del sujeto que haya ejercido la acción.

El pronunciamiento judicial es el elemento que satisface a la acción, pronunciamiento que puede ser acogiendo la tesis del accionante, desestimándola, incluso negando la admisión de la pretensión del accionante, situación esta última que también satisface el derecho de acción, pues hubo un pronunciamiento judicial producto del ejercicio del derecho de acción.

Cuando se ejercita el derecho constitucional de la acción como manifestación de la tutela judicial efectiva, se obtiene del Estado, encarnado en el órgano de administración de justicia, un proceso, por conducto del cual

se llega a la jurisdicción, es decir, a la decisión judicial.

Sobre esta manifestación de la garantía de la tutela judicial efectiva, Carroca (1998:10), manifiesta que el ordenamiento jurídico debe asegurar a todo sujeto que estime que un interés no le es reconocido o respetado, pueda acudir a los órganos jurisdiccionales, disponiendo de los cauces procesales adecuados para ellos, con la finalidad de perseguir a través de la acción jurídica un pronunciamiento jurisdiccional que declare un derecho en el caso concreto, es decir, pueda procurar obtener una tutela judicial efectiva.

El derecho de acceso a los órganos de administración de justicia es un derecho ejercitable por los medios legales por lo que si al ejercitarse la acción, la pretensión contenida en la demanda o solicitud no llena con los requisitos o presupuestos procesales establecidos en las leyes, debe declararse inadmisibile la demanda o solicitud, declaratoria ésta que satisface enteramente el derecho de acción como emanación del acceso a los órganos de administración de justicia, comprendido en la garantía de la tutela judicial efectiva, dicho de otra manera la declaratoria de inadmisión de una demanda o solicitud que no cumpla con los requisitos predeterminados en la ley, sin la previa tramitación de un proceso como lo sostiene Carroca (ob.cit.), no lesiona la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva.

De esta manera, en materia civil, si la demanda es contraria al orden público, las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley, la misma deberá declararse inadmisibile, caso en el cual, se dio cabal cumplimiento al derecho constitucional de accionar a la garantía de acceso a los órganos de administración de justicia y en consecuencia a la tutela judicial efectiva.

A este respecto, Perozo y Montaner (2007:44), expresan que el derecho al acceso a la justicia como manifestación de la tutela judicial efectiva es un derecho de prestación de configuración legal; el cual no puede ejercitarse al margen de los cauces y procedimientos legalmente establecidos, por lo que los requisitos y presupuestos procesales no responden al capricho puramente ritual del operador legislativo, sino a la necesidad de ordenar el proceso a través de ciertas formalidades objetivas establecidas en garantías de derechos e intereses legítimos de las partes.

En tal virtud, el camino al aparato judicial debe mantenerse siempre libre de cualquier tipo de obstáculos, ya sean económicos, sociales o políticos. Tradicionalmente los obstáculos económicos han sido los más nefastos en esta materia, siendo el contraprincipio "*solve et repete*" su más fiero exponente. Esta regla puede resumirse bajo la frase "pagar para poder reclamar", pues sujeta la impugnación de tributos liquidados o sanciones

pecuniarias determinadas, al previo pago de los mismos.

En síntesis, el derecho de acceso a la justicia confiere a todos los ciudadanos, la posibilidad de presentar sus conflictos a los tribunales competentes, y desde ese momento se comienza a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva.

B) Derecho al debido proceso

Para Díaz (2004:14) el derecho al debido proceso supone la sustanciación del juicio con arreglo a las garantías fundamentales de índole procesal, las cuales fundamentalmente protegen el derecho a la defensa, así como la certeza y seguridad jurídicas.

Asimismo, Bello y Jiménez (2004:78) plantean que el Estado debe garantizar el conjunto mínimo de garantías procesales sin lo cual el proceso judicial no será justo, razonable y confiable, garantías éstas que permiten la efectividad de la justicia, que aseguran el derecho material de los ciudadanos frente a los órganos de Administración de Justicia y que le establece limitaciones al poder ejercido por el Estado por medio de los tribunales para afectar a los ciudadanos.

En este orden de ideas, Escovar (2001:39) argumenta que el debido proceso es el concepto aglutinador de lo que ha llamado derecho constitucional, que como principio constitucional alude a la suma de los derechos y garantías procesales consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que le permite al justiciable obtener una justicia pronta y efectiva.

Resulta pertinente acotar que tal como lo exponen los autores citados el derecho al debido proceso engloba una serie de garantías, que se encuentran consagradas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que podemos sintetizar tal como sigue: el derecho a la defensa (ordinal 1º); la presunción de inocencia (ordinal 2º); el derecho a ser oído por el tribunal competente (ordinal 3º); el derecho al juez natural (ordinal 4º); derecho a no confesarse culpable (ordinal 5º); el principio de validez de la confesión sólo si se ha hecho sin coacción (ordinal 6º); el principio de *nulla crimen nulla poena sine lege* (ordinal 7º); el derecho a obtener reparación del Estado por los errores judiciales (ordinal 8º).

En resumen puede definirse el derecho al debido proceso como un derecho individual de carácter fundamental integrado por un conjunto de garantías constitucionales procesales mínimas que permiten un proceso justo, razonable y confiable.

C) Decisión ajustada a derecho

Para Bello (2004:81) el operador de justicia, al momento de emitir su decisión, fallo o pronunciamiento, debe analizar los elementos de hechos controvertidos en el proceso, esto es determinar cuales fueron los hechos alegados por el actor en su escrito liberal que fueron rebatidos por el demandado al momento de presentar su contestación de la demanda, para posteriormente fijarlos a través de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes o que oficiosamente haya ordenado, construyendo de esta manera la premisa menor del silogismo judicial; una vez fijados los hechos previo el análisis de los medios probatorios, el operador de justicia debe construir la premisa mayor del silogismo judicial, escogiendo las normas jurídicas que aplicará al caso concreto y donde subsumirá los hechos fijados (premisa menor) normas éstas que no necesariamente tienen que ser las señaladas por las partes.

A partir de esto, el juzgador en función del principio *iura novit curia*, aplica el derecho con independencia de las apreciaciones e invocaciones de las partes; fijada la premisa menor y construida la premisa mayor, subsumido los hechos fijados del caso concreto en la norma jurídica escogida por el juzgador para resolver el caso concreto, debe producirse la consecuencia contenida en la norma, la cual será en definitiva la que contenga la solución

del caso concreto y que se traducirá o convertirá en el dispositivo del fallo.

Es así como, se cae en el campo de la motivación de la sentencia, donde el juzgador en la misma debe dar las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo como se ha venido señalando, es el producto de la construcción de la premisa menor y mayor del silogismo judicial y de la actividad de subsumir los hechos concretos en el supuesto abstracto de la norma, actividades intelectuales éstas que deben constar en el cuerpo de la decisión.

La sentencia debe estar motivada y esta motivación se hace a través de las argumentaciones de hecho y de derecho que expliquen las razones que tuvo el juzgador para acoger o no la pretensión, en otras palabras, el dispositivo del fallo debe ser el producto de una motivación donde se explique las razones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas y la determinación de la consecuencia jurídica.

Escovar (2001:82), explica que una decisión cumple con el fundamental requisito de la motivación, cuando expresa sus razones a través de contenidos argumentativos finamente explicados, lo que significa, que el juzgador la ha elaborado con objetividad y en condiciones de imparcialidad, es decir, que como razonado, la motivación permite conocer el criterio que ha

asumido el juez antes de haber tomado la decisión.

Al respecto agrega que la manera de saber si un fallo está motivado, es cuando el material jurídico suministrado en la sentencia, permite conocer cuál ha sido la aplicación del derecho al caso concreto, a partir del enunciado contenido en la premisa mayor del silogismo, es decir, habrá motivación en la medida que sea posible conocer el criterio utilizado por el juzgador para abordar el fondo del asunto jurídico debatido. De esta manera, se podría señalar que la motivación de la sentencia son las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo.

Con relación a la congruencia de la sentencia, éste es uno de los requisitos que debe cumplir la sentencia y que consiste en la identidad o correspondencia formal que debe existir entre la decisión y las contrarias pretensiones de las partes, por lo que cuando existe diferencia entre lo decidido y lo controvertido, se produce el vicio de incongruencia que vicia de nulidad del fallo. El juez debe resolver sólo lo pedido y todo lo pedido.

Es así como el operador de justicia debe enmarcar su decisión, sobre los hechos que han sido alegados en la demanda y contradichos en la contestación correspondiente, es decir, que debe pronunciarse, sólo sobre aquellos hechos que han sido debatidos o controvertidos por las partes en el

proceso y sobre los cuales ha recaído la actividad probatoria de éstos, pues si se pronuncia sobre algún hecho no expuesto por las partes en la fase alegatoria de proceso, se configura el vicio de incongruencia positiva; en tanto que si deja de pronunciarse sobre algún hecho controvertido en la *litis*, se produce el vicio de incongruencia negativa.

D) Derecho a recurrir de la decisión

Como se ha venido señalando, ese conjunto de actos procesales realizados ante el órgano jurisdiccional, culmina con la decisión que dictará el operador. En esta decisión como es lógico, habrá un ganador y un perdedor, y precisamente aquel sujeto que resulte perjudicado con el fallo dictado, no con los motivos de hecho y de derecho que sostienen el dispositivo del mismo, sino con el propio dispositivo, constitucionalmente tiene el derecho de impugnar la decisión por la vía de los recursos legales que regula la Ley.

Es así como salvo los casos excepcionales señalados en la Ley y que se verán más adelante, todo sujeto perjudicado con la decisión judicial tiene el derecho a recurrir de la misma, activándose de esta manera el derecho o garantía constitucional del doble grado de jurisdicción a que se refiere el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que constituye igualmente una manifestación de la garantía a la tutela judicial

efectiva a que se refiere el artículo 26 *ejusdem*.

E) Derecho a ejecutar la decisión

El último de los elementos que constituyen una emanación de la garantía a la tutela judicial efectiva, es precisamente, el derecho a la efectividad de la decisión judicial, a ejecutar la orden judicial contenida en el fallo emitido, lo cual se traduce, como expresa Carroca, citado por Bello y Jiménez (2004:15) , que el operador de justicia que por omisión, pasividad o defecto de entendimiento, se aparta, sin causa justificada de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse, o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sean legalmente exigibles, desconoce la garantía a la tutela judicial efectiva a través del régimen de ejecución y efectividad en el cumplimiento de la decisión judicial.

La cosa juzgada es definida por Couture, citado por Bello y Jiménez (2004:29), como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla, definición esta de la cual se infiere, que la cosa juzgada primeramente es una autoridad, que consiste en la calidad, atributo propio del fallo que emana del órgano jurisdiccional, cuando ha adquirido el carácter de definitiva; e igualmente es una medida de eficacia, que se traduce en inimpugnabilidad

de la decisión judicial, la cual se produce cuando la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia (*nom bis in idem*) mediante la invocación de la propia cosa juzgada; en inmutabilidad o inmodificabilidad, conforme a la cual, en ningún caso, de oficio o a instancia de parte, otra autoridad puede alterar los términos de la sentencia pasada en autoridad en cosa juzgada; y coercibilidad, que permite la eventual ejecución forzada o forzosa de la sentencia.

La cosa juzgada para Henríquez, citado por Bello y Jiménez (2004:32), es la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia por haber precluído, sea por consumación o falta de actividad oportuna, los recursos que contra ella concede la Ley, cuya eficacia se traduce en tres aspectos: inimpugnabilidad, conforme a la cual la sentencia no puede ser revisada por ningún otro juez, cuando se hayan agotado todos los recursos que da la Ley, inclusive el de invalidación (*nom bis in ídem*); inmutabilidad, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible un nuevo proceso sobre el mismo tema; y coercibilidad; que consiste en la eventualidad ejecución forzada en los casos de sentencia de condena.

De esta manera la cosa juzgada es la calidad o atributo que dimana de la decisión judicial (autoridad) cuando contra ella no existen medios de ataque que permitan modificarla, que le imprime eficacia, la cual se traduce

en inimpugnabilidad de la decisión judicial, inmutabilidad y coercibilidad; en otras palabras, la cosa juzgada consiste en la autoridad y eficacia que alcanza una resolución judicial, cuando contra la misma no pueden ejercerse recursos ordinarios o extraordinarios que permitan su modificación.

En síntesis el derecho a la tutela judicial efectiva exige el cabal cumplimiento del mandato contenido en la sentencia, por lo que la ejecución de la sentencia es uno de los atributos esenciales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

4.- Características.

Para Richani (2004:70) la caracterización del derecho a la tutela judicial efectiva, determina que es un derecho de efectividad inmediata, de configuración y de contenido complejo.

A) Es un derecho de efectividad inmediata, en el sentido de ser plenamente aplicable a partir de la vigencia de la norma fundamental, es decir, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin que pueda entenderse como un concepto puramente programático, pendiente de desarrollo legislativo para su vigencia efectiva.

B) Es un derecho de configuración legal, pues siendo el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por las causas que el legislador establece, pero éste, jamás podrá obstaculizar el referido derecho constitucional, respetando en todo momento su contenido esencial y jamás ninguna persona podrá limitar el derecho a tutela judicial efectiva, cuyo ejercicio sólo por ley puede ser regulado.

Ello no quiere decir que el derecho a la tutela judicial efectiva, sea un derecho absoluto susceptible de ser ejercitado en todo caso y al margen del proceso legalmente establecido, sino que por el contrario, debe ejercerse dentro de éste y con expreso cumplimiento de sus requisitos, interpretado de manera razonable y que no impida o limite en forma sustancial el derecho a la defensa.

C) Es un derecho de contenido complejo, ya que él coadyuva en la realización de otros derechos fundamentales, entre ellos, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a obtener un fallo y a que éste se cumpla. Dicha complejidad radica positivamente en el acceso al proceso y al uso de los instrumentos que en él se proporcionan para la defensa de los intereses del usuario, con el límite más trascendente formulado negativamente en la prohibición de indefensión.

Garantía ésta, pues, que en sentido amplio, implica el respeto esencial al contradictorio, de modo que los contrincantes en igualdad de condiciones en un juicio, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimares conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus argumentos.

5.- Las formas procesales y la tutela judicial efectiva.

El pensamiento jurídico contemporáneo, y particularmente en la República Bolivariana de Venezuela, a partir de la Constitución Nacional del año 1999, pasa por una verdadera cruzada contra el formalismo excesivo y la frialdad de un sistema de normas apoyadas en una dogmática férrea como matriz cognoscitiva y factor de certidumbre en la aplicación del derecho, marcados, precisamente, en los artículos 26 y 257 del texto esencial venezolano. Ello porque como es sabido, arguye Falcón y Tella (2004:75), con Stammler y Kelsen la filosofía del derecho adquiere una connotación absolutamente formal. Se concibe como una teoría general del derecho, que se ocupa de conceptos puramente formales de lo jurídico y a los que se le da condición de universales.

Según la concepción tradicional, dicha dogmática le negaba al jurista u operador del derecho la posibilidad de indagar e ilustrarse sobre el contenido

sociológico, político, científico, económico y ético de las normas, privilegiado en la concepción kantiana del deber ser al ser de la realidad.

Conforme con lo anterior, resulta útil aludir que las concepciones positivistas del derecho predominantes en América Latina, por lo mismo, en la República Bolivariana de Venezuela, donde tradicionalmente han tenido un fuerte arraigo, han llevado, como regla al polo opuesto de la excesiva rigidez jurisprudencial, marginándola de la realidad, ante el predominio del conceptualismo jurídico, claramente marcado por el éxito de la teoría interpretativa de Kelsen, donde queda muy poco margen para la crítica jurídica, como quiera que el significado de la teoría pura de aquél no es otro que el depurar el derecho positivo de cualquier elemento extrajurídico, llegando, incluso, a sacrificar mundo por pulir un verso, olvidando que el derecho es fenómeno pluridimensional y dentro del mismo, tiene orientación hacia el mundo de los valores y que, por ende, no puede predominar la neutralidad o la indiferencia, en cuanto a la vocación del derecho,. No solamente es la práctica, sino y, fundamentalmente, la equidad y la justicia.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva se encuentra reñida con el concepto formal de justicia aludido, que coincide con el orden jurídico como norte y guía del juez, sumado a la transformación de la ciencia del derecho en dogmática, criticada hoy en día, como sistema autárquico, cerrado,

convertida en medio y fin en sí misma, marginada de la realidad, deslegitimada, al convertirse en mero instrumento al servicio de la política y el poder. La tutela judicial efectiva se torna amargada cuando la función judicial se funda en puro deductivismo silogístico incapaz de corregir los resultados de su propia deducción lógica, en cuanto al juez se le atribuye una función puramente declarativa-cognoscitiva- y no creativa de nuevo derecho.

Con la protección dada en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se exterioriza la concepción del derecho no sólo como ciencia normativista, sino también problemática, pues con acierto afirma Velásquez, (2002) "...la ley no puede caminar por un sendero distinto del de la realidad".(p. 440). Debe, entonces, el juez atender, como sitúa Stella (2003:12), a la protección del inocente y a la tutela de las víctimas, como reflejo, al mismo tiempo, de una ética expansiva, comprometida con el bien común, fundamento del Estado democrático, social de Derecho y de Justicia.

Así pues, el juez, ante la disyuntiva planteada por la tutela judicial efectiva y la forma procesal, no debe tratar de establecer deducciones lógicas partiendo de dogmas jurídicos abstractos y ritualizados, sino decidir el conflicto de acuerdo con aquellos intereses que han sido contemplados o tenidos en cuenta por el Legislador. Se tratará, por tanto, de investigar y de

determinar cuáles son los intereses contemplados por la norma jurídica y de qué manera dicha norma ha resuelto el conflicto hipotético planteado entre tales intereses, es decir, qué interés ha sido preferido y cuál ha sido sacrificado.

Se preferirá aquél interés que coincida con el interés al que el legislador le conceda preferencia. Es así como se vincula el nuevo discurso de la ética y la política en su necesaria correlación, vista hoy la crisis mundial que impone un cambio global de mentalidad hecho posible con el advenimiento de un nuevo paradigma ético-global, materializado en la exaltación para decidir de la tutela judicial efectiva.

6.- El conflicto y la tutela judicial efectiva

El derecho procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad, como asevera Lorca (2003:23), llevar a cabo la llamada función jurisdiccional con el objeto de resolver un conflicto ya judicializado. Así, el derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, por tanto, no puede ser considerado un instrumento atemporal, acrítico y mecanicista, sino por el contrario, como un sistema de garantías, que posibilita la tutela judicial efectiva y en definitiva el logro de la justicia ante los conflictos o controversias.

El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal, continúa Lorca (2003:24), implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta en el llamado proceso de la función jurisdiccional (garantismo procesal). Este garantismo supone la conceptualización del proceso como realidad sustantiva ajena a su caracterización instrumental; implica la puesta en práctica de las garantías contenidas en las leyes procesales plenamente comprometidas con la realidad Constitucional, aquí y ahora.

Es incuestionable que para conseguir una justicia saludable, plena de equidad, abarcadora de las perspectivas de toda la sociedad y del propio Estado Democrático, consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo reclama esta época, se exige la confiabilidad de las partes en su ejecución legal, garantista e independiente, con proporcionalidad e iguales posibilidades de actuar y contradecir ante un órgano jurisdiccional imparcial.

No basta con la elaboración de normas claras que recojan el rito establecido para alcanzar un fallo justo, pues se requiere también que estas regulaciones proporcionen la posibilidad de un proceso digno y humanitario, sobre bases y principios democráticos, pero además de ello, es preciso que tales normas y formas de proceder se apliquen con el sentido que las

inspiran, para que se pueda arribar en buena lid, a una decisión “correcta” del conflicto planteado. De ahí que ofrecer supremacía o dispensar menosprecio a cualquiera de estos tres lados del triángulo equilátero de la esfera judicial conduzca a yerros fatales para acceder a una verdadera justicia.

CAPITULO IV

CONDICIONES DE LEGITIMIDAD DEL PROCESO COMO BASE PARA SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS JUDICIALIZADOS

El formalismo jurídico se ha constituido en una frontera que separa la sociedad del Estado. Es una barrera que ha separado y sigue separando la sociedad de los jueces y hace que la una y los otros sean personajes extraños e interlocutores imposibles. No se puede tener un diálogo con la justicia cuando no se cree en ella porque se sabe que no tiene nada que ver ni con la verdad, ni con la ley, ni con la norma fundamental, ni con la búsqueda de los equilibrios sociales.

Como afirma Henríquez (2005), haciendo un recuento histórico sobre lo que era el proceso:

Ya de tiempo atrás, la Relación Grande (Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil italiano de 1942), expresaba que el nuevo proceso debe ser “sencillo, comprensible y moderno. Un mínimo de formas es indispensable, como garantía técnica de lealtad y de disciplina procesal”; pero la historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas primitivamente adoptadas para conseguir ciertas finalidades, tienden a sobrevivir a su función y a persistir cristalizadas en la práctica como fin en sí mismas, aún después de haber cesado su justificación histórica. (p.184).

Implica lo anterior, que el proceso debe ser legítimo, debe ser capaz de dar respuestas satisfactorias a las verdaderas interrogantes del ser humano que se desenvuelve en sociedad. Se debe presentar como alternativa para solucionar la dificultad que acarrea la separación entre sujeto y objeto, debe erigirse como opción de represión de los instintos y emancipación de todas las apetencias y también la oposición a racionalismo e irracionalismo. En definitiva, el proceso para ser legítimo, como indica Kaufmann (1998) debe estar libre de "...un *formalismo* y *funcionalismo* vacíos de contenido, cuya "pureza" se vuelve tan estéril que no sabe a nada" (p.13).

La simplificación, entonces, del proceso es una tarea constante. Existe una suerte de fuerza que atrae el sistema judicial hacia lo formal, lo incidental, lo rutinario, el trámite. Quizás, como se afirmará anteriormente, esta tendencia de huída del conflicto central responda a cuestiones profundas de organización de la cultura humana que no alcanzó a dilucidar. Lo cierto es que, en la experiencia cotidiana de la vida judicial, observamos cómo, lentamente, los formalismos le quitan espacio a la solución del problema y, por lo tanto, van complicando inútilmente el proceso y, accesoriamente, los derechos de los justiciables.

Por eso, siguiendo a Binder (1992:39), simplificar el proceso implica

establecer claramente la primacía de lo substancial por sobre lo formal. Y lo substancial es el conflicto humano que subyace al proceso. En este campo, la oralidad puede prestar un servicio mucho más grande que el de satisfacer algunos de los principios básicos del proceso. La utilización del mecanismo de la audiencia sirve para lograr adecuadamente una mayor profundidad en el proceso.

1.- Los conflictos de intereses frente al proceso

Se puede entender, según Moreno (1993), como proceso el "instrumento que ostenta la jurisdicción para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales" (p.24). Por su parte, Carnelutti, (1944) introduce el concepto de pretensión como modo de ejercicio del poder jurídico, definiendo el proceso como:

...la justa composición de la litis, siendo ésta un conflicto intersubjetivo de intereses (elemento material), calificado por la existencia de una pretensión de uno de los sujetos contradicho por el otro (elemento formal), siendo la pretensión una declaración de voluntad por la que se exige la subordinación del interés ajeno al interés propio. (p.48).

Por otro lado, Guasp (1948:41) amplía la noción de pretensión, diciendo que es la declaración de voluntad por la que se solicita del órgano jurisdiccional una actuación frente a determinada persona distinta del autor

de la declaración. Tal actuación es el verdadero objeto de la pretensión, que el órgano jurisdiccional ejerza la función, no que dé la razón al ejercitante de la pretensión; mantiene el citado autor que se satisface una pretensión de parte cuando es recogida, examinada y resuelta por un órgano del Poder público dotado de imparcialidad. La resolución de una pretensión puede llevar a una de dos conclusiones distintas: a actuarla si es fundada, esto es, conforme con el derecho objetivo o, a desestimarla si es infundada.

En cualquier caso, no se trata de establecer un concepto técnico-jurídico de proceso, sino de demostrar que el proceso responde jurídicamente a la necesidad de dirimir conflictos. El proceso está arbitrado para la solución definitiva e irrevocable, a través de la aplicación del derecho objetivo, de los conflictos intersubjetivos y sociales que en él se planteen. Esta es la función genérica del proceso.

Pero atendiendo a su relación con el objeto procesal, puede destacarse otra más específica: la de la satisfacción de las pretensiones y resistencias, siguiendo a Fairen, citado por Gordillo, (1963) "...la satisfacción procesal ha de ser jurídicamente razonada, eventualmente completa, estable y práctica". (p. 20). Y no quedarían completas estas breves referencias a la función del proceso sin hacer referencia a la justicia: "Siendo la justicia uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe perseguir,

su realización constituye misión primordial de cualquier Estado (...) existe un auténtico derecho subjetivo por parte de los súbditos a que el Poder público se organice de modo que los imperativos de la justicia queden, por lo menos en cierta medida, satisfechos" (p. 20).

2.- Trilogía estructural del proceso

Gran aportación para las investigaciones que abordan la ciencia procesal desde distintos focos de atención, fue la trilogía estructural del proceso: acción, jurisdicción y proceso, tal y como lo señaló Podetti, (citado por Pina 1952:56), quien la refirió primero al derecho procesal civil, pero que se ha hecho extensiva a todas las ramas procesales.

Por tal motivo, la acción se estudió como una figura común a todas las ramas de enjuiciamiento, entendida, siguiendo a Santos (2009), como el derecho abstracto de obrar en juicio, cuya naturaleza corresponde al derecho constitucional de petición; en la especie, de administración de la justicia. Concretado en la pretensión procesal que es la afirmación del actor de merecer la tutela del derecho, esta potestad puede invocarse en todos los campos del proceso: civil, penal, mercantil, administrativo, agrario, laboral o constitucional.

Como presupuesto de la jurisdicción y derecho fundamental de la persona para adquirir la materialización de la justicia, la acción constituye uno de los elementos capitales dentro de la estructura del proceso. La acción es considerada, dentro de esta perspectiva, como el elemento dinámico del proceso, por lo que Alcalá Zamora y Castillo (1974) afirma que "la energía o principio anímico de la actividad procesal realizada por las partes, proviene de la acción, que únicamente así, y no recluida en la demanda, alcanza su pleno desarrollo y se erige, por su trascendencia, en uno de los conceptos fundamentales de nuestra disciplina" (p.515).

Aunque con matices particulares en cada rama de enjuiciamiento, otros aspectos comunes del proceso, según Couture (1993:67), son, desde luego, la relación jurídica procesal, las partes, los actos procesales, las pruebas, la sentencia y la ejecución. Sin embargo, como otra de las piezas puntales del proceso, la jurisdicción propende a la solución de los litigios, dando cuerpo y cumplimiento a la función esencial del Estado que es la administración efectiva de justicia. Su importancia, como otro elemento esencial dentro de la estructura del proceso, resalta ante la misión de garantizar, con eficacia, la observancia práctica del derecho objetivo. Por lo anterior, apuntó el mencionado autor, que la función de esta figura es asegurar con la justicia, la subsistencia pacífica, así como los más altos valores jurídicos mediante la aplicación, mentalmente coercible del derecho.

Como concepto esencial, el proceso se puede entender también, como otra institución común a todas las ramas del derecho procesal en las cuales siempre cuenta con las mismas características esenciales. Se le explica de esta suerte, como la sucesión de actos jurídicos encaminados a obtener la solución del litigio mediante la intervención de un órgano jurisdiccional, imparcial y superior a las partes.

El proceso constituye así, la vía jurídica más desarrollada para dar solución institucional a los litigios, mediante la aplicación de la voluntad autárquicamente vinculante de la ley, al caso controvertido, por obra del juzgador. Por lo mismo, como cauce de las pretensiones de las partes, el proceso constituye un instrumento importante para la realización de la justicia y de esta suerte un baluarte del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, propugnado por la Constitución Nacional venezolana.

3.- Proceso, procedimiento y enjuiciamiento

Las concepciones proceso y procedimiento significan avanzar, progresar y por eso, generalmente, son utilizadas como sinónimo. Pero hoy la doctrina se encuentra conteste en distinguir ambas nociones. Según Puppio (2008): “El procedimiento es la parte exterior del fenómeno procesal; es el conjunto de reglas que regulan el proceso. En cambio, el proceso es el

conjunto de actos procesales tendentes a lograr la sentencia definitiva” (p.162).

En este sentido la idea del proceso es necesariamente teleológica; se caracteriza por su fin, que es solucionar o redefinir el conflicto mediante una sentencia que adquiera autoridad de cosa juzgada. Todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento; pero no todo procedimiento es un proceso.

En el curso de un mismo del proceso, en distintas fases puede cambiar de procedimiento, por ejemplo, el procedimiento por intimación establecido en el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil venezolano. En este caso, si hay oposición se tramita por el procedimiento ordinario, por disposición del artículo 652 del texto adjetivo civil.

Ahora bien, el concepto de proceso excede del ámbito jurídico para formar parte de la realidad social. No se puede, por tanto, saber lo que sea el proceso jurisdiccional, sin antes tener una idea elemental del sentido genérico del término. Carnelutti (1944:7) ha dicho por esto que es oportuno prestar atención antes que a todo al significado común de proceso, porque efectivamente es un concepto general que designa el momento dinámico de cualquier fenómeno en su devenir. Bajo este esquema, proceso equivale a

progreso, desarrollo, avance.

Sin embargo, nadie mejor que Fenech (1962:78) ha sabido poner de manifiesto este planteamiento. Proceso, dice, en su acepción primigenia, en su contenido intuitivo, en su sentido gramatical y lógico, es y no puede ser más que un hecho con desarrollo temporal, un hecho que tiene más de un momento, un hecho que no se agota en el instante mismo de su producción. Pero el hecho que se desenvuelve en el tiempo equivale a una serie encadenada y coordinada de hechos parciales, menores, que constituyen o integran el hecho total integrador, y que tienden inexorablemente a un fin para los involucrados.

Esta nota esencial del proceso como hecho temporal sucesivo y finalista, se percibe claramente en la observación de los llamados procesos naturales, por ejemplo, los geológicos o patológicos, en los que para nada interviene la voluntad humana. Pero también se percibe en los procesos provocados por la voluntad del ser humano, es decir, en los procesos llamados, por esto, intencionales. La diferencia más palpable entre unos y otros está en que al ser voluntarios los procesos intencionales, no están constituidos por hechos, sino por actos intencionales y palpables a través del castigo del alma y del espíritu.

Desde este punto de vista se puede hablar de procesos metajurídicos, como conjunto de actos desarrollados en el tiempo, pero sin ser objeto de regulación jurídica, y de procesos jurídicos, como el conjunto de actos cuyo desarrollo viene regulado por el Derecho. A su vez, el proceso jurídico puede subdividirse en proceso intencional jurídico-público y proceso intencional jurídico-privado según que los actos que lo integran vengan regulados por normas de Derecho público o de Derecho privado. En razón, pues, a la naturaleza de las normas se pueden incluir tres tipos de proceso por el objeto de la función del Estado: a saber, el proceso intencional jurídico-público legislativo, el proceso intencional jurídico-público administrativo y el proceso intencional jurídico-público jurisdiccional.

A este último tipo de proceso es al que se va a ser alusión a continuación. Como dice Prieto Castro (1936:90), la función jurisdiccional se realiza por los órganos especialmente adscritos a ella, empleando como medio instrumental el proceso, para hacer efectivo el derecho a la justicia que corresponde, como derecho subjetivo público, a los ciudadanos. Sólo cuando un Estado ofrece esta trilogía (derecho a la justicia, jurisdicción y proceso) muestra la faceta más relevante del Estado democrático, social de Derecho y de Justicia, porque aparecerá como ilegítima la proscripción de tomarse cada cual la justicia por su mano. Frente a la anárquica autodefensa individual del propio derecho se halla en el Estado de democrático, social de

Derecho y de Justicia, la oportunidad de alegar, probar y ejecutar el que a cada cual corresponda. Los derechos y obligaciones, se añade, vienen delimitados, reconocidos o establecidos por normas jurídicas, reguladoras de las conductas de los ciudadanos y a las que se les debe obediencia. Todo lo demás será mera ilusión procesal.

Pues bien, en un Estado donde las normas se respetan y los derechos no se controvierten, la convivencia es pacífica y no hay necesidad de la intervención de los jueces; pero, desgraciadamente, esta situación no es, en verdad, real. La realidad es que la vida comunitaria es no sólo compleja, sino principalmente conflictiva. Los derechos se discuten, la ley se desobedece, la paz se quebranta, etc. Ante este panorama, los derechos deben ser afirmados y afianzados, las leyes obedecidas y cumplidas y la paz restablecida.

En un estadio cultural primitivo son los propios particulares los que arbitran los mecanismos para el logro de tales objetivos. Unos puramente transaccionales; otros, coactivos. Durante muchos siglos la autotutela fue el medio exclusivo de obtención del equilibrio social. El imperio de la fuerza física presidía el ámbito de las relaciones humanas. Cuando la espada era la llamada a poner término a las guerras de lo tuyo y lo mío, cuando el caballero de la Edad Media enviaba el cartel de desafío, los que presenciaban la lucha

podían colegir perfectamente que no se luchaba sólo por la cosa en su valor material, por evitar sólo una pérdida pecuniaria, sino que se defendía en la cosa el derecho de cada uno, su honra, su moral, su integridad, su persona misma.

Pero en un momento de la vida jurídica aparece, perfectamente conformada, una forma de organización que se acostumbra a denominar Estado, que proscribiera el uso de la fuerza para decidir los conflictos privados, y recaba para sí como parte de su ingente patrimonio el poder de resolución de las actitudes controvertidas. Para ello estructura un medio técnico que se identifica con el proceso. El proceso, pues, nace como producto de los presupuestos jurídicos, políticos y filosóficos del Estado. El proceso se convierte así en el instrumento de la consecución del elemento axiológico más valioso para el ser humano: la justicia.

Se ha afirmado por ello que el proceso es un instrumento productor de efectos jurídicos, un instrumento para la actuación de sanciones, un medio para el fin de tutela judicial del Estado, un medio de conocer la voluntad de la Ley, un medio instrumental de la jurisdicción, etc. Pero ciertamente las expresiones medio-fin, instrumento-sustancia, tienen un carácter relativo y formal, de manera que se puede decir que la actuación del Derecho es medio o que el proceso es un instrumento. Tales afirmaciones, sin embargo, son

sólo legítimas cuando se contempla la vida en su conjunto y en su significado total, respecto de la cual todo es medio y todo es fin. Pero esta idea sirve para comprender la utilidad del instrumento-proceso, aunque no incida en su esencia.

Para dar respuesta a estas interrogantes se han formulado diversas teorías jurídicas, siempre originadas con motivo de los estudios e investigaciones del proceso civil, aunque con posterioridad se hayan aplicado a otros tipos de procesos.

La primera teoría que en el tiempo trata de explicar la naturaleza del proceso viene siendo denominada teoría contractual. Fue elaborada por la Escuela del procedimentalismo, tomando como base ciertos textos de las fuentes romanas. Sobre la base de esta doctrina se entendió, pues, que el proceso debía considerarse como un contrato entre actor y demandado para que la controversia planteada fuera decidida por el juez obligatoriamente. De ahí que la autoridad de la sentencia, su fuerza de cosa juzgada y sus efectos se debieran inicialmente a ese acuerdo de voluntades consagrado con el decisor.

Una variante de la teoría expuesta es la que considera al proceso como un cuasi-contrato. Su elaboración también es un producto de los

juristas del Derecho común. Si entendemos por cuasi-contrato, como hace el legislador, el hecho lícito y puramente voluntario del que resulta obligado su autor con un tercero, y a veces una obligación recíproca entre los interesados.

No cabe duda de que estas nuevas ideas en torno a la naturaleza jurídica del proceso no podían pasar inadvertidas. Pronto se hicieron eco de ellas los juristas impulsando y vigorizando la especulación científica del Derecho procesal. Aun hoy puede decirse que son bastante compartidas, aunque no por ello sean esporádicas las críticas que contra la misma se han levantado.

El más fuerte embate que ha sufrido la mencionada teoría proviene también de la doctrina alemana. Su autor, Goldschmidt (1943:108), sostiene que, con respecto a sus presupuestos, el concepto de relación jurídica procesal no tiene ninguna trascendencia. Tampoco con respecto a su contenido. Al juez incumbe la obligación de conocer la demanda, pero para fundar esta obligación no se precisa una relación procesal. Tal obligación se basa en el Derecho público, que impone al Estado el deber de administrar justicia mediante el juez, cuyo cargo le impone obligaciones frente al Estado y frente al ciudadano. La denegación de justicia no es procesal, sino de índole criminal o civil. El deber del juez de decidir la controversia con arreglo

a derecho no es procesal tampoco, sino constitucional. A las partes tampoco incumben obligaciones procesales. La obligación del demandado de contestar a la demanda tampoco nace de una relación jurídica procesal, sino de la relación general que liga al ciudadano con el Estado. En el proceso no existe una obligación de someterse a la jurisdicción estatal, sino un estado de sujeción a la misma. Los llamados deberes procesales de las partes o no existen o no son de carácter procesal. La obligación del demandado de cooperar a la *litis contestatio* ha sido sustituida por la carga u obligación de comparecer, contestar y contradecir la demanda.

Por todo lo expuesto, Goldschmidt (1943:109) entiende que el proceso es una situación jurídica y debe ser contemplada en su aspecto dinámico. Su punto de partida es la norma jurídica como regla de la conducta humana. Las normas que tienden a regular la vida social fuera del proceso se dirigen en primer lugar a los individuos y como declaraciones de una actividad hipotética se dirigen también al Estado. En cuanto constituyen juicios hipotéticos de conducta del juez son normas que deben aplicarse inmediatamente en el proceso. Constituyen, asimismo, promesas de protección jurídica, lo que determina un compás de espera ante una sentencia futura. La situación jurídica es, pues, la relación establecida por el Derecho entre una persona y una futura sentencia.

En la teoría de Goldschmidt (1943:110.) el proceso cobra su auténtica razón de ser. Los derechos procesales no son ya derechos subjetivos de carácter material. Su funcionalidad le obliga a denominarlos de otra manera: derechos, cargas, expectativas, expectativas, posibilidades, probabilidades, liberación de cargas.

No han faltado, por esto, voces que desde posiciones tradicionales hayan criticado la construcción profunda, esencial y definitiva. O voces que hayan intentado penetrar también en el fondo del instrumento que constituye el proceso. La consideración del proceso como una institución, como satisfacción jurídica o como solucionador de controversias jurídicas, es conocida. De todas maneras, la importancia de estas meditaciones sobre el proceso tienen un gran valor: el proceso, ya no es un conjunto de actos formalistas, ordenados procedimentalmente; el proceso es ya un conjunto de actos llenos de vida jurídica. Por eso, todas las teorías que afirman que el proceso es un conjunto de actos son ciertas en cuanto expresan de una manera formal cómo se exterioriza el proceso; pero son falsas en cuanto que no manifiestan la esencia de su dinamismo, movimiento y su tendencia a la determinación del Derecho.

De aquí que sea conveniente, hacer algunas precisiones semánticas en torno a los términos que hoy siguen presidiendo las lucubraciones

doctrinales. Ante todo, es preciso poner de manifiesto que la palabra proceso, descubierta en la Edad de Oro del procesalismo alemán, siguiendo a Goldschmidt (1943: 111) no era desconocida por la doctrina antigua, pues la vemos utilizada en su exacta medida. Unas veces en el sentido de causa y otras como actividad que excluye la sentencia. Nada de extraño tiene, pues, que el procesalismo, alemán, heredero del más puro Derecho común, adoptara el vocablo como fundamento de los estudios procesales. Una práctica, sin embargo, inveterada ha consagrado sobre todo en el Foro el empleo de otro vocablo, el de procedimiento, que no puede decirse que sea antagónico al de proceso, sino que expresa otra realidad. Puede decirse con exactitud que la utilización de uno y otro ha sido correlativa con una manera diferente de estudiar la actividad en que el proceso consiste. En efecto, la oscurantista concepción que veía en el Derecho procesal a un Derecho siervo y dependiente del Derecho privado se dedicó al estudio de las formas y de los trámites, de la norma y de su concatenación y exaltó el procedimiento. Porque el procedimiento no es sino la norma del proceso, el orden que ha de observarse en la procesión de los actos en su camino hacia la meta que constituye la síntesis del juicio. El proceso como resultado de la procesión y el procedimiento como la ordenación de la propia procesión constituyen la trilogía de realidades que se concretan en la actividad jurídica que informa a la jurisdicción y que se integra en el juicio. De aquí la conveniencia de poner atención también en esa realidad menos estudiada,

por no decir carente todavía de meditado estudio, que es la procesión, expresión de la propia dinámica de los actos del proceso.

Pero todavía existe un término más que también tiene un fecundo sentido: el de enjuiciamiento. La palabra, arguye Goldschmidt (1943: 112) puede decirse que ha tenido fortuna en el Derecho positivo de los países hispanohablantes. El enjuiciamiento equivale a instrucción. Así lo entiende el Diccionario de la Lengua española de 1822, al conceptuar el enjuiciar como el hecho de instruir una causa para que se pueda determinar en juicio. Enjuiciamiento deviene, pues, la actividad de formación del proceso, o más concretamente, la sustanciación.

4.- Naturaleza jurídica del proceso

Existen distintas opiniones de la doctrina que pretenden explicar el proceso como formando parte de alguna de las figuras del derecho y las opiniones que lo conciben como si fuese una categoría especial.

Así la explicación del proceso como un contrato, siguiendo a Couture (1993:128), tiene su origen en el derecho romano, y así se siguió considerando entre los franceses en los siglos 18 y 19, quienes hablaban de un contrato judicial, por el cual las partes dejaban en manos del juez decidir

sobre el litigio. De esta forma el efecto de la cosa juzgada sólo entre las partes era la consecuencia lógica que los contratos sólo obligan a las partes contratantes.

Esta concepción, no obstante, no tiene significación en la actualidad, porque el proceso es precisamente todo lo contrario de un acuerdo de voluntades entre litigantes.

Por otro lado, de acuerdo a Rengel (1995:132) manifiesta que bajo la posición del proceso como cuasicontrato se concibe al juicio como un cuasicontrato partiendo que no es ni un contrato, ni un delito ni se fundamenta en un cuasidelito, con lo cual no tiene su origen en estas fuentes de las obligaciones.

No se puede concebir como un contrato porque el consentimiento de las partes al litigar no es enteramente libre. Entonces se pretende que el proceso es un cuasicontrato que es otra fuente de las obligaciones.

El juicio se constituye por la demanda y la contestación de la demanda y allí se crea un nexo proveniente del cuasicontrato de la litis. A esta tesis, sin embargo, se le pasó por alto la otra fuente de las obligaciones, esto es, la ley.

Puppio (2008:76) expone a quienes manifiestan la tesis del proceso como relación jurídica, la cual es regida por la ley. En este sentido, se habla de relación jurídica procesal en el sentido de la ordenación de la conducta de los sujetos en el proceso con motivo de sus conexiones recíprocas.

Se trata del lote o serie del grupo de facultades y poderes que ejercen los sujetos del proceso entre ellos. Sin embargo, esta posición deja de lado una serie de relaciones que se encuentran fuera del ámbito de las partes y del juez y fuera de la formalidad procesal.

Otro sector de la doctrina maneja el proceso como situación jurídica, en la cual se encuentran las partes que esperan una sentencia de conformidad con la ley. Según esta tendencia con el proceso, se reduce a posibilidades, expectativas que determinan la sentencia o la decisión.

Según Couture (1993:129) en esta función dinámica del derecho en el proceso, no puede hablarse propiamente del derecho, sino de posibilidad que el derecho sea reconocido en la decisión. De allí que no pueda hablarse del proceso como relación jurídica entre las partes y el juez. El juez sentencia no porque se trata de un derecho de las partes, sino porque tiene que cumplir con la función de administrar justicia.

Hay quienes ven el proceso como entidad jurídica compleja, ya que según esta parte de la doctrina, sostiene Puppio (2008:77) tiene la característica de presentar una pluralidad de elementos estrechamente coordinados entre sí. Así, desde el punto de vista normativo, el proceso es una relación jurídica compleja, desde una óptica estática, el proceso es una situación jurídica compleja y desde el punto de vista dinámico es un acto jurídico complejo.

Con esta tesis sólo se deja de manifiesto que el proceso es una situación más compleja que lo que presenta las demás instituciones jurídicas.

El mismo Couture (1993: 130.) trae a colación la posición que ve el proceso como institución, considerando que es una posición elemental, constituido por un complejo de actos de acción unitaria, regulada por el derecho para obtener un fin. Esa conexión común y genérica, no excluye ver el proceso como una relación jurídica, afirma el autor señalado.

Por último hay quienes ven el proceso como conducta creativa de normas. Esta tesis, sostiene Puppio (ob.cit.) lo concibe como un conjunto de conductas que intervienen de forma organizada en la creación del juez de una norma individual. El proceso a través de esas conductas organizadas, de las partes y de los auxiliares de justicia y del juez, es la vía para la creación

de la norma por parte del juez para resolver los conflictos o controversias planteados.

5.- Principios generales del proceso.

Siguiendo a Peláez (1991:148) es a la ciencia procesal alemana a la que se debe la iniciación en el estudio de los principios rectores del proceso. En 1804, Gónner, continúa el autor, comenzó la elaboración de esta doctrina distinguiendo el principio dispositivo del inquisitivo. A partir de entonces los procesalistas vienen hablando de principios básicos, fundamentales, formativos o rectores del proceso. Pero con frecuencia se engloban en éstos principios jurídicos naturales e incluso los propios principios generales del Derecho.

Cabe, por tanto, preguntarse si tales principios tienen autonomía y son privativos del proceso, o, por el contrario, son los mismos principios generales del Derecho, fuente de toda aplicación normativa, o son cosa distinta. Al mismo tiempo cabe preguntarse si constituyen principios procesales determinadas reglas o máximas jurídicas a las que se alude con motivo del proceso.

Por principio, alude Peláez (1991.149) puede entenderse el punto de

partida o base discursiva que no tiene fundamento dialéctico o no lo necesita por su propia evidencia. Según Esser, citado por Peláez (1991:150) el vocablo principio comprende varios significados: consideraciones de la jurisprudencia, máximas doctrinales, ideas dominantes de un sistema jurídico, principios abstractos derivados de los fundamentos vigentes del Derecho introducidos por la tradición o proclamados obligatorios por la estructura política, principios materiales, principios heurísticos de aplicación del Derecho, didácticos y constructivos o principios generales superiores. Y Goldschmidt (1943:113) añade que los principios forman parte de la fuente de una materia jurídica. Desde este punto de vista puede decirse que principios rectores del proceso pueden ser tanto los principios generales del Derecho como las reglas o máximas o aforismos, síntesis del pensamiento jurídico, pero no a la inversa.

De aquí que sea conveniente indagar más en la naturaleza de dichos principios. El método para descubrirlos puede consistir en ascender por vía de abstracción de las disposiciones particulares de la ley a determinaciones cada vez más amplias. Pero Couture (1993: 131) dice que los principios procesales no son normalmente resultado de investigación, sino inspiración legislativa en la que se deja entrever incluso la influencia de la orientación política.

Lo que ocurre es que en el proceso se deben distinguir dos clases de principios: los jurídicos naturales, que deben ser observados por cualquier ordenamiento, y los propiamente técnicos, que pueden ser privativos. Así, sin la igualdad ni la contradicción, el proceso se desnaturalizaría. En cambio, respecto de los principios técnicos se puede optar por el dispositivo o el de oficialidad, según la naturaleza o el fin a que tienda el proceso. Uno u otro es privativo o particular, porque ambos serían antagónicos u opuestos.

De allí que se estime que los auténticos principios rectores del proceso sean los principios técnicos, porque los otros son consustanciales. El proceso como forma del Derecho tiene también unos principios distintos de los sustantivos que a su vez le son propios. No son reglas que se funden en necesidades conceptuales, dice Kisch, citado por Peláez (1991: 142) sino normas prácticas que son tenidas en cuenta al construir la ley procesal. Responden a directrices generales u orientaciones que el legislador ha tenido en cuenta al ordenar el proceso y cuya aplicación se encuentra en determinados preceptos.

Deben, de acuerdo a lo anterior, considerarse como sus tentáculos indispensables para la estructuración de una teoría general del proceso, dice Fairén (1949:12), que legitimaría la ubicación de la ciencia procesal dentro de la teoría general del Derecho. Es decir, partiendo del estudio de los diversos

principios que informan los tipos de proceso se puede llegar a la elaboración dogmática de una parte general del Derecho procesal. Pero la búsqueda de los principios rectores de cada ordenamiento es una penosa y variable tarea en el camino del método. Sin embargo, es una tarea necesaria para comprender la concreta actividad jurisdiccional.

Cuáles y cuántos sean estos principios fundamentales o básicos del proceso es difícil, por no decir imposible, de determinar. Dependerá de cada ordenamiento concreto y su enumeración estará sujeta a la contingencia y criterios de su determinación.

5.1.- Principios del proceso de interés social

En el derecho procesal venezolano contemporáneo sirven a la liberación del proceso civil, es decir, a la disponibilidad más amplia posible de la vía jurisdiccional, sobre todo reglas de competencia simplificadas; además la garantía de protección jurisdiccional de los derechos subjetivos y la garantía de participación dentro del proceso sin distinciones o discriminaciones por ningún motivo, tal y como lo establece el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la gratuidad de la justicia, un procedimiento sencillo, económico y fluido, así como el logro expedito de la protección de los derechos, consagrado en el artículo 26

ejusdem.

De igual manera, corresponden al carácter social del proceso, materializados en principios, no sólo el principio de la economía procesal, que en buena medida sirve también a la liberación del proceso, sino también, como afirma Fashing (1962:28), la consideración del interés de la colectividad en una garantía jurisdiccional expedita, segura y que conduzca a un resultado justo. A este respecto, se hace necesaria una conciliación de los intereses del individuo con los de la colectividad o comunidad. Esta conciliación se revela en la consideración del proceso y de los principios esenciales que lo componen como un fenómeno social, en la influencia de la política social sobre el proceso civil y en el incremento de la autoridad del juez que dicha política ha condicionado, en la relación de esta incrementada autoridad del juez con el principio de concentración; en el alcance de las facultades de esclarecimiento en cuanto a la búsqueda de la verdad, en las relaciones de los principios dispositivo e inquisitivo y la relación entre las cuestiones relacionadas con la equidad y la justicia social y, finalmente, en lo que tiene que ver con la posibilidad de hasta qué punto están dispuestas la comunidad social y la jurídica a delegar algunos ámbitos de su función de ordenación a estructuras sociales menores.

5.2.- El proceso oral

El proceso civil venezolano ha sido tradicionalmente escrito, porque la escritura domina prácticamente la totalidad de los actos, tanto de las partes como del tribunal; y es así como la ley dispone que las partes involucradas en un conflicto con ribetes procesales harán sus solicitudes mediante diligencias escritas o mediante escritos presentados ante el secretario o la secretaria del tribunal.

Así pues, apenas el Código de Procedimiento Civil venezolano de 1987, incorporó la posibilidad de que las declaraciones de las partes, tales como las posiciones juradas, o las declaraciones de testigos que deban constar en actas, puedan ser tomadas mediante grabadoras con la obligación del secretario de agregarlas en versión escrita al expediente. Tal consideración se encuentra enmarcada en el artículo 189 del texto adjetivo procesal civil.

No obstante, la mentalidad jurídica venezolana tradicional, como señala Puppio "...ha sido la del juicio civil escrito" (2008:166). De allí, que apenas como una prueba el legislador previó, en el artículo 889 del Código de Procedimiento Civil, el procedimiento oral para las causas cuyo interés no exceda de 250.000 bolívares, siempre y cuando se cumplan los requisitos en

él contemplados.

Pero el llamado procedimiento oral ha sido, en realidad, previsto con mucha cautela en el proceso civil, porque tanto la demanda como la contestación se hacen por escrito, tal y como se establece en los artículos 864 y 865 del instrumento adjetivo civil mencionado. Se le llama oral porque el acto central es una audiencia oral, según el artículo 870 *ejusdem* y porque la sentencia la dicta el juez oralmente, tal y como lo dicta el artículo 876. Sin embargo, la falta de instrumentación del procedimiento oral, todavía existe la expectativa de imponerlo en el medio venezolano, en el proceso civil, porque a través de él se puede lograr una justicia ágil, sencilla, rápida y leal.

6.- Presupuestos procesales

Siguiendo a Rivera (2002:289), la problemática sobre los presupuestos procesales para la sentencia de fondo, generalmente en la doctrina, ha sido abordada con ambigüedad y sin el rigor que merece. Se trata de un tópico que requiere un replanteamiento frente a la desviación negativa que se le ha dado, unida a soluciones plagadas de posturas concretas que han permitido un tratamiento despectivo, debiendo realizarse una fusión de los presupuestos dentro del género de los requisitos formales del proceso, cuyas medidas sustanciales son las garantías constitucionales de la tutela efectiva

y el debido proceso, establecidas en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Para procesar y emitir pronunciamiento de fondo de manera válida y eficaz sobre la situación jurídica sustancial, es indispensable la existencia de un proceso que se constituya y desenvuelva con todas las garantías constitucionales y conforme a normas de derecho procesal. Es importante reconocer la posibilidad de poner en entredicho la validez del itinerario doctrinario sobre los referidos presupuestos, circunscribiendo esta temática en un lugar más coherente con los principios que rigen el sistema procesal.

Por otra parte, hay que examinar la finalidad del proceso en el marco de los valores y principios constitucionales que ha asumido la sociedad en donde se desenvuelve. Por lo general, se ha predicado en las constituciones democráticas garantistas, como la venezolana, que el proceso es un instrumento de la justicia, y que a través de él se debe lograr la tutela efectiva.

Esta tutela debe alcanzarse en forma breve y expedita, o sea en plazo razonable. De suerte, que cuando el juez de la causa, no emite pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a su consideración, porque existen factores que se lo impiden, y dado que el juez tiene solamente el deber de emitir una decisión en la que puede declarar cuáles

son las razones en cuya virtud considera que no puede entrar en el examen de la causa y que no puede, por consiguiente, adoptar una providencia de mérito, se estaría en presencia de un derroche procesal y una afectación de la justicia. La anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirse al mínimo posible, revisando *ab initio* que la relación procesal se constituya válidamente. Sin embargo, la purga para un proceso válido y la celeridad no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso.

7.- Actos y lapsos procesales

De acuerdo a Couture (1993:140) el desenvolvimiento de cada instancia se produce a través del impulso procesal por el cual se asegura la continuidad de los actos procesales, dirigidos a la obtención de la sentencia. El juicio avanza y se desarrolla impulsado por las partes involucradas o por el tribunal, sin interrumpirse, a través de los actos procesales.

Esos actos procesales deben realizarse dentro del margen de tiempo señalado por la ley. De manera que el lapso procesal, de acuerdo a Puppio (2008), "...es el margen de tiempo para realizar un determinado acto procesal" (p.407). Así, durante ese plazo debe realizarse el acto, ya que si no se cumple con esa carga procesal, se deberán soportar las consecuencias

negativas del incumplimiento.

Por otra parte se hace necesario fijar los conceptos, pues el término se configura por una oportunidad fija, mientras que el lapso es un período durante el cual se puede ejecutar el acto procesal.

CAPITULO V

TEORÍA UNITARIA DE LAS FORMAS PROCESALES

Existe fundamentalmente desde principios del siglo XX un debate para crear un grupo de elementos comunes dentro del Derecho Procesal civil, no obstante esta idea ha sufrido la oposición de muchos científicos que desde el Derecho se han negado a admitirla. Si bien en Europa desde el ángulo universitario es una batalla ganada, no ocurre así en América Latina, donde todavía se mantienen muy arraigados la división del Derecho Procesal específicamente en las ramas civil y penal.

Sin embargo, es un hecho notorio que con el nuevo siglo han comenzado toda una serie de planteos y replanteos en todos los ámbitos de la vida, de lo cual el Derecho no ha podido escapar, suscitándose una serie de transformaciones que pretenden atemperarse a los nuevos tiempos, de allí que pueda plantearse la conformación de una Teoría Unitaria del Derecho Procesal, la cual, para alguna parte de la doctrina, no propende a estudiar ni acogerse a la teoría particular del proceso civil, del penal, del laboral, etc., sino a analizar los conceptos y tesis, principios e instituciones comunes a

todos ellos, en una forma integral, pero para la otra tendencia, resulta proponer la robotización de las relaciones procesales intersubjetivas.

1.- Dudas, transpolaciones y confusiones en la teoría unitaria

El estudio sobre las nulidades procesales suele desorientar a quien debe aplicar las normas e incluso a quienes se dedican a formar constructor teóricos en el mundo del derecho. En este sentido, la doctrina sobre las nulidades procesales aparece, o como un intento de poner orden a una jurisprudencia caótica y orientada por la sensibilidad valorativa, o como un intento de conceptualizar sólo sobre la base de analogías formales o similitudes semánticas. Esa tarea no sería en sí misma reprochable, si no fuera porque suele ocultar problemas centrales para el tratamiento de la actividad procesal defectuosa o produce transpolaciones de principios que distorsionan las soluciones pensadas por el sistema normativo.

Esa falsa armonía tiene raíces históricas y doctrinarias, producto, por una parte, del desarrollo de un sistema basado en las excesivas formalidades contestes con la escritura y, por la otra, de algunas clasificaciones deficientes, provenientes de una superficialización de la teoría general del proceso, que suele construir categorías comunes por fuera de las razones de política procesal. En este sentido Berman (1996:38), cuando se refiere a ello

mantiene que no se piensa en una forma del proceso, sino en un modelo amplio de administración de justicia, vinculado al nacimiento y desarrollo del Estado moderno y con una enorme capacidad de moldear la cultura moderna de la legalidad.

Ahora bien, la abogacía, en cuanto práctica, ha aprovechado este desorden para hacer del uso de las nulidades una de las principales herramientas de la demora, el litigio indirecto y la defensa del ritualismo superfluo, lo que justifica la preocupación por desarrollar una explicación que simplifique, pero a la vez vuelva más eficiente, el modo como el sistema procesal reacciona ante la invalidez de los actos procesales.

En este sentido, se ha entendido como teoría unitaria, según Binder (2000:49), el intento que se ha hecho de erigir un cuerpo doctrinal uniforme para tratar los distintos casos de invalidez de los actos procesales, sin importar los intereses en juego o los principios que se quiere proteger. Esta teoría, seguramente, ha debido fundarse en las analogías formales y ello ha llevado inexorablemente, aunque por distintas vías, al ritualismo procesal, alejando el régimen de los actos procesales defectuosos de los intereses sustantivos en disputa.

De acuerdo a lo anterior, cabe mencionar lo sostenido por Borrego

(1999): “la nulidad no es una cuestión exclusiva del derecho procesal, sino que tiene ver con todo el derecho.” (p.26). Es claro que el concepto de nulidad es utilizado en otros campos de la actividad jurídica, pero lo que se critica es el rápido recurso analógico cuando las distintas formas de invalidez que ocurren en todo el orden jurídico tienen significados y funciones muy diferentes.

La palabra que más trascendencia tiene en el campo procesal para el análisis de la nulidad es la relativa a la forma, pues a través de ella puede garantizarse la efectividad del acto. Esto no toma en cuenta la función de garantía de las formas procesales. La idea de efectividad del acto ligada al cumplimiento de la forma en un negocio jurídico no es traspasable fácilmente de proceso a proceso. El análisis de las formas procesales reclama una reflexión propia, entre otras causas por la configuración histórica del proceso.

2.- De la presunción de validez a la importancia constitucional

Muchas legislaciones procesales conservan todavía como norma general del estatuto de las nulidades aquella que prohíbe toda otra nulidad que la expresamente prevista en la ley. Esta norma proviene de una concepción según la cual existe una fuerte presunción a favor de la ley y de las formas institucionales, propia de la cultura de la legalidad decimonónica.

Pero esas mismas legislaciones, entre las cuales se cuenta la venezolana, suelen establecer, sólo con unos artículos de diferencia, que los jueces están obligados a declarar de oficio la invalidez de todos los actos que afecten garantías constitucionales, lo que incluye todas las normas provenientes de pactos internacionales de derechos humanos.

Por el contrario, esta norma proviene de una concepción asentada en una fuerte presunción de invalidez de la legislación secundaria y las formas institucionales, propia del proceso de constitucionalización que adquiere fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX, acentuado por el mayor activismo de los sistemas internacionales de protección de derechos fundamentales.

Ahora bien ha sido Pessoa (1997:47) quien recientemente llamó la atención sobre estos puntos de divergencia para tratar el asunto, cuando afirmó que es un axioma prácticamente indiscutible el principio que dice que no hay más nulidades que las establecidas en la ley, haciéndose una interpretación incorrecta de tal afirmación, no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia.

Bueno, pero en la actualidad es común que en los Códigos Procesales, como el venezolano, se considere que la inobservancia de las

formas prescritas para los actos procesales es causa de nulidad solamente en los casos en los que ésta es conminada expresamente por la ley. Esta fórmula, que consagra el sistema limitado y taxativo de nulidades se la ha puesto a convivir con otras formulaciones genéricas, según la cual se debe declarar de oficio toda violación a las formas que afecten garantías constitucionales.

Por otro lado, la norma general no puede ser otra que una cláusula abierta de base constitucional sin vínculo alguno con una interpretación restrictiva, idea de legalidad o tipicidad de las nulidades. Todos esos conceptos son inaplicables a una interpretación amplia y progresiva de los derechos fundamentales.

La nulidad, pues, nunca se declara a favor de la ley, sino siempre para proteger un interés concreto, que ha sido dañado. Este principio no tiene relación, con el carácter absoluto o relativo de las nulidades sino con el sentido de las formas, que siempre protegen algún interés particular.

Entonces, legalidad de las nulidades, no significa previsto en la ley, sino el sistema cerrado y restrictivo de interpretación.

3.- La búsqueda de nuevas bases

Siguiendo a Binder (2000:50) las formas procesales, vinculadas siempre a concretas prácticas institucionales, deben ser pensadas desde tres funciones diferentes:

1.- El sistema de garantías, que sólo protege al ciudadano de la violación de los principios pensados para salvaguardar su persona. Según este sistema las formas procesales son mecanismos de protección. Las formas serían la garantía misma que permite detectar la violación de uno de esos principios.

2.- El principio de institucionalización del conflicto, según el cual las formas procesales regulan el derecho a la tutela judicial efectiva.

3.- El principio de objetividad que rige la actividad de los tribunales. Según este principio las formas procesales son mecanismos de orden que conducen al tribunal a la correcta defensa de los intereses a su cargo, que son los intereses de los ciudadanos que institucionalizan el conflicto.

Lo importante es señalar que seguir sosteniendo el principio de legalidad de las nulidades y aceptar la existencia de las nulidades virtuales o

implícitas es un contrasentido.

Si se quiere realizar una renovación conceptual en este campo se debe abandonar sin más el principio de la legalidad de las nulidades y todo su aparato conceptual. De hecho la doctrina y la jurisprudencia lo han venido haciendo por lo que sólo la práctica tribunalicia rinde tributo formal y rutinario a sus conceptos.

CONCLUSIONES

1.- Analizar la posibilidad de construir tres teorías distintas, íntimamente vinculadas al objeto de protección y a los sujetos procesales que encarnan esos intereses. Ello obliga a la reflexión teórica a poner en primer plano la función sustantiva de protección de las formas procesales y le quita valor al formalismo mismo.

Además, permite discernir criterios claros, imprescindibles para un área tan sensible del proceso, siempre sujeta a los vaivenes de la tolerancia social o cultural, por una parte, y a los principios del respeto intangible a la persona humana, por el otro lado.

2.- Sin lugar a dudas que el sistema de garantías en la República Bolivariana de Venezuela debe enmarcar una función pacificadora de la conflictividad institucionalizada por las malas prácticas judiciales, por la cultura de la judicialización de las controversias, tan propagada a lo largo de los años, como el ritualismo exacerbado que hiere los cimientos de la tutela judicial efectiva y del debido proceso, como resguardo de los derechos fundamentales de los justiciables.

La presente investigación no trató de abordar la eliminación

indiscriminada de las formas procesales ni del sistema de nulidades, sino aportar elementos de análisis y estudio para efectivizar su utilización, en aras de mejorar el convivir diario del proceso venezolano con las necesidades verdaderamente esenciales de quienes van búsqueda de soluciones a las infinitas controversias planteadas, muchas de ellas propias de la presión social y del correr neoliberal de la época posmoderna.

3.- El derecho procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. Así, el derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, por tanto, no puede ser considerado un instrumento atemporal, acrítico y mecanicista, sino por el contrario, como un sistema de garantías, que posibilita la tutela judicial efectiva y en definitiva el logro de la justicia.

El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta en el llamado proceso de la función jurisdiccional. Este garantismo supone la conceptualización del proceso como realidad sustantiva ajena a su caracterización instrumental; implica la puesta en práctica de las garantías contenidas en las leyes procesales plenamente comprometidas con la realidad constitucional aquí y ahora.

Es incuestionable que para conseguir una justicia saludable, plena de equidad, abarcadora de las perspectivas de toda la sociedad y del propio Estado democrático, como lo reclama esta época, se exige la confiabilidad de las partes en su ejecución legal, garantista e independiente, con proporcionalidad e iguales posibilidades de actuar y contradecir ante un órgano jurisdiccional imparcial.

No basta con la elaboración de normas claras que recojan el rito establecido para alcanzar un fallo justo, pues se requiere también que estas regulaciones proporcionen la posibilidad de un proceso digno y humanitario, sobre bases y principios democráticos, pero además de ello, es preciso que tales normas y formas de proceder se apliquen con el sentido que las inspiran, para que se pueda arribar en buena lid, a una decisión “correcta”. De ahí que ofrecer supremacía o dispensar menosprecio a cualquiera de estos tres lados del triángulo equilátero de la esfera judicial conduzca a yerros fatales para acceder a una verdadera justicia.

4.- El proceso ritualiza la violencia; no se arremete al adversario, se le ataca en justicia, dentro de un marco institucionalizado. Esta es la aparente contradicción del proceso: ser lugar de conflicto y de apaciguamiento. Los inevitables conflictos internos del grupo llevan a la necesidad del proceso, ya que la antropología enseña que la venganza no se puede dar dentro del

grupo; se busca una forma en la que no se comprometa la cohesión de la comunidad. El grupo produce el proceso porque tiene necesidad de él. Uno de los primeros ritos es el de la transposición de la violencia entre seres humanos hacia las cosas: así, los sacrificios de animales tienen el significado de un intercambio con la divinidad: a través de un acto de simulación, se desplaza la carga del conflicto. Se puede hablar de sublimación a través del desplazamiento: el combate conflictual se sublima mediante y gracias al proceso, que hace que el cuerpo social asimile perfectamente el enfrentamiento.

Esto ocurre antes de que exista una autoridad pública. El proceso no es un remedio estatal. El Estado persigue, anima, dinamiza la práctica, la propone según sus propias normas de organización y se hace responsable monopolístico de su aspecto formal, el jurídico. Al lado de éste, otros aspectos en la confrontación, ya más materiales: la prueba, la argumentación, la elocuencia retórica, las partes y sus pretensiones. Todo lo formal y lo humano-social, el Derecho, encorseta las manifestaciones belicosas en el conflicto; el grupo, exorciza el conflicto para liberarse de él.

El juez cobra una gran importancia para evitar en la función ritualizante tradicional del proceso. Es el garante del formalismo y de la disciplina en su instancia, pero para garantizar los derechos fundamentales de quienes

buscan la solución de la conflictividad planteada y, es responsable de un instante crucial, cual es la conclusión del proceso, donde declara el vencedor y las razones que le asisten, apaciguando, neutralizando toda la tensión dialéctica previa. La sentencia recoge el efecto purgativo del proceso y lo cristaliza, liberando a los intervinientes de su capacidad de agresión: el grupo debe asimilar de esta manera el conflicto y, así debe ser entendido el proceso, esto es, como un sistema que busca la solución de controversias mediante una estructuración formal que garantiza la protección de los derechos fundamentales de los justiciables.

5.- Es posible construir una explicación más sencilla y hasta obvia, si se sostiene que el acto procesal es inválido cuando no cumple con los requisitos que la ley procesal, los tratados internacionales suscritos por la República y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevén para ellos. Sin embargo, la invalidez siempre requerirá la referencia de un patrón legal pero de ello no se deriva necesariamente la construcción de una teoría procesal unitaria que sólo tiene sentido si está vinculada a alguna forma de interpretación restrictiva, lo que de ningún modo es aceptable como criterio general en el campo procesal, en especial cuando se protege el sistema de garantías ya que allí se requiere precisamente lo contrario, es decir, una interpretación extensiva y progresiva.

En definitiva, el juego de validez o invalidez formal y las características de éstas no es el problema esencial de una o varias teorías de las nulidades. La construcción de una teoría unitaria ha debido destacar este punto porque esa es precisamente la conexión que permite tratar casos muy diferentes y al servicio de principios diferentes, como algo unitario. En todos existirá un incumplimiento de formas procesales y alguna respuesta del sistema procesal ante esa invalidez. Pero ello no es lo importante ni es el camino para clarificar el problema de la actividad procesal defectuosa.

Al contrario, su aparente sencillez y coherencia es la que ha generado confusiones, transpolaciones impropias de principios y una jurisprudencia sin compromisos con las soluciones sociales. El eje de la construcción teórica en el campo del incumplimiento de las formas procesales, no es la dupla validez o invalidez, mucho menos si se le convierte en un concepto unitario, apto para todo sistema jurídico, ya que la amplitud de su objeto se logra mediante analogías formales inocuas que le hace perder profundidad y le prestan apoyo al ritualismo y formalismo excesivo. El ojo del huracán debe girar en torno a la función de la forma procesal, como prácticas institucionales, protectoras de las garantías esenciales del ser humano.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N. **Estudios de teoría general e historia del proceso**. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México DF (México). 1974.
- ALSINA, H. **Tratado Teórico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Ediar. Buenos Aires (Argentina). 1963.
- ARROYO MENA, C. **Intervención del Ministerio Fiscal en el proceso laboral**. Editorial La ley. México DF (México). 1997.
- BELLO TABARES, H. y JIMÉNEZ RAMOS, D. **Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales**. Ediciones Paredes. Caracas (Venezuela). 2004.
- BERMAN, H. **La formación de la tradición jurídica de Occidente**. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires (Argentina). 1996.
- BETTI, E. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid (España). 1975.
- BINDER, A. **El Incumplimiento de las Formas Procesales**. Ad-Hoc. Buenos Aires (Argentina). 2000.
- BINDER, A. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. Ad-Hoc. Buenos Aires (Argentina). 1992.
- BORREGO, C. **Nuevo proceso penal. Actos y nulidades procesales**. Livrosca. Caracas (Venezuela). 1999.
- CALAMANDREI, P. **De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados: en el nuevo proceso civil**. Depalma. Buenos Aires (Argentina). 1990.
- CARNELUTTI, F. **Sistema de Derecho procesal civil, tomo I**. Alcalá Zamora y Sentís. Buenos Aires (Argentina). 1944.

- CARROCA PÉREZ, A. **Garantía Constitucional de la Defensa Procesal**. Paidós. Barcelona (España). 1998.
- COUTURE, E. **Fundamentos de derecho procesal civil**. Depalma. Buenos Aires (Argentina). 1993.
- CREUS, C. **Invalidez de los actos procesales penales**. Astrea. Buenos Aires (Argentina). 1997.
- CRUZ CASTRO, F. **La nulidad por la nulidad misma**. Foro Judicial. San Salvador (El Salvador). 1994.
- D'ALBORA, F. **Código Procesal Penal de la Nación. Comentado**. Abeledo-Perrot. Buenos Aires (Argentina). 1999.
- DÍAZ, V. **La Garantía Constitucional de la Tutela Judicial Efectiva y las Prerrogativas Fiscales de Índole Procesal en el Contencioso Tributario Venezolano**. Ponencia presentada en la Séptimas Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Editorial de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Caracas (Venezuela). Noviembre. 2004.
- ESCOVAR, R. **La Motivación de la Sentencia y su Argumentación Jurídica**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas (Venezuela). 2001.
- FAIRÉN, V. **La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento**. Revista de derecho procesal argentina. Buenos Aires (Argentina). 1949.
- FALCON Y TELLA, F. **Tridimensionalismo y derecho**. Marcial Pons. Madrid (España). 2004.
- FASHING, H. **Liberación y Socialización del Proceso Civil**. Universidad Autónoma Nacional de México. México DF (México). 1962. Disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/.../art2.pdf. Consultado el 5 de octubre de 2009.
- FENECH, M. **Notas previas al estudio del Derecho procesal, en Estudios**

- de Derecho procesal.** Marcial Pons. Barcelona (España). 1962.
- FOUCAULT, M. **Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones.** Alianza Editorial. Madrid (España). 1998.
- GOLDSCHMIDT, J. **La concepción normativa de la culpabilidad.** Depalma. Buenos Aires (Argentina). 1943.
- GORDILLO, M. **Concepto del Derecho procesal.** Lecciones de cátedra. Salamanca (España). 1963.
- GUASP, J. **Los límites temporales de la cosa juzgada.** Anuario de Derecho Civil. Madrid (España). 1948.
- GUILLÉN, F. **El proceso como función de satisfacción jurídica.** Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Valencia (España). 1969.
- HENRÍQUEZ, R. **Instituciones de Derecho Procesal.** Ediciones Liber. Caracas (Venezuela). 2005.
- IHERING, R. **El fin del derecho.** Ediciones Serrá. Madrid (España). 1962.
- KAUFMANN, A. **La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad.** Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. (1998).
- LEDESMA, Á. **Cómo la justicia obstaculiza la justicia.** Programa de educación para Bolivia, Ecuador, Colombia, Guatemala, México y Perú. Cartagena (Colombia). 2002.
- LONGO, P. **La jurisdicción y la competencia en la nueva Constitución. *Memorias del Congreso latinoamericano de derecho procesal.*** Dirección ejecutiva de la magistratura y ACAMID. Mérida (Venezuela). 2002.
- LÓPEZ MESA, M. **Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales.** Desalma. Buenos Aires (Argentina). 1998.
- LORCA NAVARRETE, A. **El derecho procesal como sistema de garantías.** Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año

XXXVI, número 107. México DF (México). 2003.

LUHMANN, N. **Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna.** Paidós. Barcelona (España). 1997.

MANZINI, V. **Tratado de derecho procesal penal.** Editorial Ejea. Buenos Aires (Argentina). 1952.

MAURINO, L. **Nulidades Procesales.** Editorial ASTREA. 2ª Edición. Buenos Aires (Argentina). 1990.

MEJÍA QUINTANA, O. **Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho.** Temis. Bogotá (Colombia). 2005.

MOLINA, R. **Reflexiones sobre una Visión Constitucional del Proceso, y sus Tendencias Jurisprudenciales: Hacia un Gobierno Judicial.** Ediciones Paredes. Caracas (Venezuela). 2002.

MONAGAS RODRÍGUEZ, O. **Las nulidades en el Proceso Penal, en Ciencias penales: temas actuales. Homenaje al R. P. Fernando Pérez Llantada S. J.** Universidad Católica Andrés Bello. Caracas (Venezuela). 2004.

MONTERO AROCA, J. **Introducción al proceso laboral.** José María Bosch Editor. Barcelona (España). 1994.

MORENO CATENA, V. **Introducción al Derecho procesal.** Tirant lo Blanch. Valencia (España). 1993.

PELÁEZ DEL ROSAL, M. **Proceso Civil II. Principios procesales.** Canal Social Noticias. Enciclopedias Ger. Madrid (España). 1991. Disponible en http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5066&cat=derecho. Consultado el 3 de octubre de 2009.

PELLEGRINI GRINOVER, A., SCARANCE FERNÁNDEZ, A., y MAGALHÃES GÓMEZ FILHO, A. **As nulidades no proceso penal.** Malheiros. San Pablo (Brasil). 2001.

- PEROZO J y MONTANER J. **Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en Fronesis, dic. 2007, vol.14, no.3, p.53-74.** Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. José Manuel Delgado Ocando”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia. Maracaibo (Venezuela). 2007.
- PESSOA, N. **La nulidad en el proceso penal.** Mave. Buenos Aires (Argentina). 1997.
- PINA, R. **Curso de derecho procesal del trabajo.** Botas. México DF (México). 1952.
- PRIETO CASTRO, L. **Concepto del proceso y del Derecho procesal civil.** Tirant. Zaragoza (España). 1936.
- PUPPIO, V. **Teoría General del Proceso.** Universidad Católica Andrés Bello. Caracas (Venezuela). 2008.
- RENGEL-ROMBERG, Á. **Tratado de Derecho Procesal Civil, según el nuevo código de 1987. Teoría General del Proceso.** Editorial Arte. Caracas (Venezuela). 1995.
- REZZONICO, A. **El proceso civil.** Tirant. Zaragoza (España). 1980.
- RICHANI SELMAN, S. **Los derechos fundamentales y el derecho penal.** Livrosca. Caracas (Venezuela). 2004.
- RIVERA LLANO, A. **Derecho Penal Posmoderno.** Editorial Temis. Bogotá (Colombia). 2005.
- RIVERA MORALES, R. **Aspectos Constitucionales del Proceso.** Tribunal Supremo de Justicia. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Tomo II. Caracas (Venezuela). 2002.
- SANTOS AZUELA, H. **La Teoría General del Proceso en el Sistema del Derecho Procesal Social.** Boletín mexicano de Derecho Comparado, Revista Jurídica. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Versión en español. Disponible en

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/101/art/art6.htm#P2>
0.1 de octubre de 2009.

SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Número 576, Expediente número 00-2794, de fecha 27 de abril de 2001. Consultado en www.tsj.gov.ve/jurisprudencia, consultada el 16 de octubre de 2009.

STELLA, F. **Justicia y Modernidad. La protección del inocente y la tutela de la víctima.** Editorial Giuffré. Milán (Italia). 2003.

TORRES, S. **Nulidades del proceso penal.** Ad-hoc. Buenos Aires (Argentina). 1993.

VELÁSQUEZ, F. **Manual de derecho penal, Parte general.** Editorial Temis. Bogotá (Colombia). 2002.