

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO PROCESAL



**LA NATURALEZA DE LA CONTESTACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS
DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

Trabajo especial de Grado, presentado
como requisito para optar al Título de
Especialista en Derecho Procesal

Autor: Giantoni Pietrobon Hurtado

Asesor: Andrés Méndez Carvallo

Caracas, enero de 2015

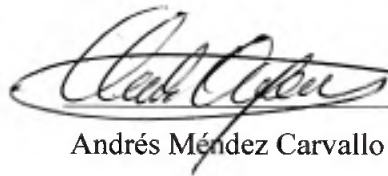
AA T3682001000000

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano abogado Giantoni Pietrobon Hurtado, para optar el Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: La Naturaleza de la Contestación en los Procedimientos de Jurisdicción Voluntaria; 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 Quince (15) días del mes de enero
de 2015.



Andrés Méndez Carvallo

CI. 5.304.717

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**LA NATURALEZA DE LA CONTESTACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

Por: Giantoni Pietrobon Hurtado

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 Caracas, a los _____ días del mes de _____ de _____.

Dedicatoria:

A Dios, por brindarme la fortaleza espiritual necesaria, en sentir que todo este esfuerzo intelectual tiene un propósito científico y social.

A mis padres, quienes con paciencia han sabido escuchar mis sueños, y brindarme todo el cariño y amor necesarios para llegar hasta donde me lo proponga.

A mi hermana, por ser mi más cercano reflejo al complejo mundo académico que se nos avecina.

A la memoria de mi apreciada mentora, Dra. Mariolga Quintero Tirado, quien de manera muy especial llegó a mi vida académica, a demostrarme lo admirable de la excelencia y la eternidad que representa el estudio del Derecho.

Agradecimiento:

A mi respetado y apreciado profesor, Dr. Andrés Méndez Carvallo,
por haberme indicado el material oportuno para la
realización del presente trabajo, así como también de
sus valiosas observaciones.

ÍNDICE GENERAL

Pág.-

APROBACIÓN DEL ASESOR.....	ii
APROBACIÓN DEL JURADO EXAMINADOR.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
RESUMEN.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPÍTULO I

LA NATURALEZA DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES, Y SUS DISTINTAS VARIANTES EN EL PROCESO

1.1 <i>Legis actio y iurisdictio voluntaria</i>	6
1.2 De los efectos que persigue la pretensión en procesos de jurisdicción voluntaria.....	12
1.3 Contraposición entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.....	15

CAPÍTULO II

LA CONTENCIÓN COMO ELEMENTO INCIDENTAL DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1 La cualidad procesal del sujeto interviniente al proceso, y la oposición a las solicitudes presentadas en jurisdicción voluntaria.....	22
2.2 La conversión del proceso voluntario a contencioso, y la contenciosidad como fundamento de la contraposición (análisis comparativo en otras legislaciones).....	29
2.3 La contestación formal a la demanda, luego de realizada la oposición a la solicitud en Jurisdicción Voluntaria.....	50

CAPÍTULO III

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUBYACE EN EL ACTO DE OPOSICIÓN Y CONTESTACIÓN

3.1 La Tesis del positivismo en la pretensión de jurisdicción voluntaria, y el post-positivismo por la Antítesis en su defensa por los terceros interesados.....	59
3.2 Los Enfoques de la Argumentación Jurídica que se sostienen en la Contestación.....	65

CAPÍTULO IV

LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS EN RAZÓN A LA OPOSICIÓN Y AL ACTO FORMAL DE CONTESTACIÓN

4.1 La relatividad de la cosa juzgada.....	68
4.2 Criterios planteados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela.....	74
4.3 Criterios planteados por la jurisprudencia en Latinoamérica.....	100
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	102
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	104

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**LA NATURALEZA DE LA CONTESTACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

Autor: Giantoni Pietrobon Hurtado

Asesor: Andrés Méndez Carvallo

Fecha: 19 de enero de 2015

RESUMEN

La contestación a la demanda constituye el primer ejercicio del derecho a la defensa, en el que la parte demandada se hace presente en un proceso judicial contencioso, bien sea para convenir a los hechos alegados por la parte actora, o bien para enervar los alegatos esgrimidos por quien pretende obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales. Dicha premisa se hace de vital entendimiento para quienes conforman en la práctica judicial (abogados y jueces), la naturaleza básica de un proceso. Sin embargo, la jurisdicción voluntaria sigue siendo materia de poca determinación procesal, cuando en principio, un proceso que se caracteriza por la ausencia de contención entre partes, genera la reconducción a un proceso similar al contencioso, esto como consecuencia de la simple oposición de una parte que a pesar de no ser demandada, se halla en igual derecho e interés al solicitante. Teniendo en cuenta los aspectos procesales que conforman este tipo de procesos, el presente trabajo contemplará una gama de capítulos, que desarrollarán en forma muy específica la naturaleza de los actos jurisdiccionales, el alcance que representa la contención en juicio por la parte interesada o emplazada, la argumentación jurídica empleada por quienes se hacen parte en el proceso, los efectos de la sentencia, y su más reciente muestra jurisprudencial sobre las oposiciones efectuadas en los procesos de jurisdicción voluntaria.

Palabras clave: Contestación. Oposición. Contención. Jurisdicción Voluntaria. Derecho Procesal Civil Venezolano.

INTRODUCCIÓN

La contestación a la demanda constituye el primer acto procesal del derecho a la defensa, en el que la parte demandada se hace presente a un proceso judicial, bien para convenir a los hechos alegados por el demandante, o bien para enervar los hechos de quien pretende obtener tutela de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, en el derecho procesal existe un deslinde entre una tutela obtenida por la contención de partes en un juicio, y otra obtenida por la sola presencia de un justiciable. Esta última es conocida por todos como jurisdicción voluntaria. En ella muchos doctrinarios han escrito y estudiado un poco acerca de su alcance, pero aún sigue desconociéndose su determinación procesal cuando un tercero interviene para hacer valer su derecho.

Es por ello que ante la ausencia de contención de partes, muy pocos criterios se han fijado acerca de la oposición de un tercer interesado al proceso, o incluso de la reconducción de la jurisdicción voluntaria a un proceso similar al contencioso, como consecuencia de la simple oposición de un particular que, a pesar de no ser emplazado al proceso, se halla en igual derecho e interés a este último.

Analizar la naturaleza de la contestación en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, ha sido materia soslayada por la jurisprudencia nacional, pero bien tomada en cuenta por la doctrina procesal extranjera, trayendo como consecuencia que sus características sean más apreciadas como elementos de orden importado, y no como producto de un arduo análisis del foro judicial nacional.

Es por esta razón, que la presente investigación se orienta al análisis de la naturaleza de la contestación en los procedimientos de jurisdicción voluntaria en el fuero judicial venezolano; no con la intención de generar ideas innovadoras, pero sí con el objeto de generar distinción para fijar diferencias argumentativas entre la contestación en los procesos contenciosos y los de jurisdicción voluntaria.

A pesar de que la jurisdicción voluntaria se expande en cierto número de pretensiones con procedimientos particulares, conforme a la materia a tratar; y que por la constante evolución del derecho se van creando más ordenamientos procesales con Tribunales especializados, el tema a investigar se examina de manera muy prudencial, de modo que puedan establecerse puntos de análisis con mayor entendimiento, y que de una manera u otra los abogados consigan hacerse con una herramienta práctica para ejercer con eficacia el interés de los particulares.

Es de esta forma en que el presente trabajo será limitado a explorar y delimitar una materia que es de constante práctica en los Tribunales. El objetivo en la presente investigación procura aportar conocimientos de orden práctico, y al mismo tiempo científicos, sin necesidad de invencionar lo que con el tiempo el más alto Tribunal de la República pasará a establecer como criterio a seguir. De modo que el propósito en la investigación no es más que estimular la continuidad al estudio del tema.

Hecha las consideraciones pertinentes al tema, es necesario aclarar que la presente investigación se circunscribe a la dogmática procesal fijada a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Nacional del año 1.999, de modo que todas las interpretaciones que hayan sido dadas por la jurisprudencia nacional del Tribunal Supremo de Justicia, hayan sido cónsonas a las corrientes a favor al acceso a la justicia y al debido proceso de los últimos 13 años, determinando en paralelo cuales han sido las opiniones y criterios de juristas y órganos jurisdiccionales de países extranjeros, que han llevado con mayor profundidad el estudio del tema.

En primer orden se van a establecer las dos corrientes predominantes acerca de la jurisdicción voluntaria, con el propósito de dar el punto de partida en el marco legislativo, de la distinción entre las funciones administrativas de jurisdicción voluntaria, y las que son propias de los órganos jurisdiccionales. Esto se realizará con el objeto de ubicar el contexto de análisis al Derecho Procesal, y dar una breve explicación acerca de las confrontaciones doctrinales que hay al respecto.

Con este propósito, el objetivo general de la presente investigación es determinar la naturaleza de la contestación en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, a través de la distinción que hay sobre las distintas pretensiones que pueden ser ejercidas en ella. Con ello se individualizaría con mayor precisión las distintas materias que conjugan las pretensiones (sean estas de orden Civil, Mercantil, o de Niños, Niñas y Adolescentes), y al mismo tiempo se limitarían los alcances que traen consigo el acto de contestación en cada uno de los distintos procedimientos, de modo que se consiga agrupar aquellas que guarden similitud entre sí, y sectorizar las corrientes analíticas que la doctrina y la jurisprudencia (nacional y extranjera) dan a cada grupo.

Son estos los temas que este trabajo documental a nivel exploratorio pretende alcanzar, teniendo la noble intención en que no se convierta en un simple e impráctico análisis a la materia; si no por el contrario, que sirva como útil herramienta para alcanzar mayor tecnicismo en el desenvolvimiento de las pretensiones de jurisdicción voluntaria, cuando un interesado pretende ejercer su derecho a la defensa, en el acto de contestación a la pretensión en sede de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo se hace difícil hacer a un lado los valiosos trabajos que destacados doctrinarios han tomado parte de su tiempo al estudio del tema, sobre una materia que ostenta una gran larga y olvidada historia. Es por eso que el presente trabajo tendrá un desarrollo bien comprimido, acerca de los precedentes en que serán explicados cada capítulo.

La temática sobre la jurisdicción voluntaria empezará en el entendimiento de la naturaleza de los actos jurisdicciones, sobre esto se tendrá el apoyo de destacados autores como FERNANDEZ BUJÁN, RENGEL ROMBERG, LUIS LORETO, entre otros, en donde se intentará conceptualizar una idea sobre qué representa realmente el objeto de un acto jurisdiccional, y así poder una visión amplia acerca de la jurisdicción voluntaria.

En el Capítulo II, se desarrollará el significado de la contención, y su esencial presencia para la distinción de la jurisdicción voluntaria. Sobre esto se contará con las

valiosas opiniones de destacados procesalistas tanto nacionales como extranjeros, quienes de manera oportuna hacen mención a la necesaria presencia de un acto procesal, como lo es la oposición, también se hará un excepcional paréntesis con la naturaleza de la contestación en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, ideas acerca de las alegaciones de fondo, la traba originada de la reconducción, los hechos susceptibles de ser alegados, la relación causal preexistente en el negocio jurídico.

En el Capítulo III, se desarrollará de manera muy resumida la argumentación jurídica que subyace en el acto de oposición a las solicitudes en jurisdicción voluntaria, la ponderación de los alegatos esgrimidos, y la estricta sujeción sobre los argumentos válidos y no válidos realizados por los terceros interesados al proceso.

Y por último, en el Capítulo IV se harán algunas consideraciones acerca de los efectos de las sentencias dictadas como consecuencia del ejercicio de la oposición o contestación en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Como es de observarse, el presente trabajo no es más que la ampliación a ciertos aspectos de la jurisdicción voluntaria, que en cierta forma fueron ya desarrollados en otros trabajos, pero a los que lamentablemente no se ha logrado un verdadero interés sobre el desarrollo de la contención en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

No queda más que decir, que las ideas y planteamientos aquí presentados no son más que humildes líneas manifestadas por el interés a lo oscuro o tenido ya por superado en el derecho procesal. No existe absolutamente nada en la ciencia del Derecho, a lo que pueda ser considerado como resuelto, pues ante la presencia de lo nuevo, siempre existirá un pequeño margen para dudar de las ideas concebidas al inicio del estudio de la ciencia procesal, claro está, teniendo siempre como canon principal, el conocimiento previo de lo ya discutido por los grandes juristas del derecho procesal.

CAPÍTULO I

LA NATURALEZA DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES, Y SUS DISTINTAS VARIANTES EN EL PROCESO

El concepto de jurisdicción ha sido uno de los más desarrollados en la literatura procesal. Mucho se ha dicho al respecto, y por tanto, cada definición se ha venido ampliando con el paso del tiempo.

El maestro NICETO ALCALÁ ZAMORA, haciendo una profunda reflexión acerca del trinomio sistemático fundamental (acción, jurisdicción y proceso), nos dice que de la jurisdicción se sabe lo que es pero no donde se encuentra (Derecho procesal o Derecho constitucional), esto, claro está, partiendo de la premisa en que la jurisdicción es una potestad que dimana del Estado para resolver conflictos. ¹

Sin embargo, esta visión clásica con la que se ha dado introducción al derecho procesal en las Universidades, no siempre fue así, pues la jurisdicción voluntaria ha tenido notable experiencia histórica desde la época de Roma.

Parece difícil entender, cómo un período de la historia antigua, en donde las nociones que se tenían del derecho procesal eran prácticamente inexistentes, pudiera haberse valido la aplicación de este tipo de tutela jurisdiccional (*iurisdictio voluntaria* ²). Pues bien, el derecho romano, siempre orientado al sentido práctico, desarrolló la *iurisdictio voluntaria* basado en la aplicación directa de la *legis actio*, recordando de este modo, que la aparición de dicho instrumento legal fue durante el período normativo del procedimiento formulario, recordemos pues que en esta última etapa el derecho de acción pasa a ser derecho material camino a convertirse en una fórmula, ya que en aquella época a cada derecho le correspondía una fórmula específica.

1. ALCALÁ ZAMORA N., “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, en Estudios de teoría general e historia del proceso” (1945-1974), UAM, pp. 317 y siguientes.

2. La *iurisdictio voluntaria*, es una expresión denominada por MARCIANO, citado en la obra de GIRAD, *Les “Leges Juliae iudiciorum publicorum et privatorum”*, en ZSS, 1913, pp. 368-369.

1.1 *Legis actio y iurisdictio voluntaria*

Con mucho asombro resulta encontrar, que el calificativo de *iurisdictio voluntaria* se solapaba en ciertas ocasiones con la expresión *legis actio*, en la que según, del texto de MARCIANO, probablemente se haya debido al deseo de los jurisconsultos de la época, en poner de relieve el carácter meramente formal del ejercicio de la *iurisdictio* por parte del magistrado en la *legis actio*, lo que luego en opinión de SCHERILLO, la evolución del concepto de *iurisdictio* se fue asociando de manera natural a una potestad del magistrado, es decir, una función pública, sin consideración a esferas de competencia o a otras limitaciones.³

De ese sentido práctico, al que los romanos dieron orientación a la jurisdicción, los procesos de jurisdicción voluntaria tenían una cierta característica de orden sumario en su trámite, pues incluso, la *legis actio* (según lo comenta PLUGIESE y PALMIERI⁴) solo designaba el acto, es decir, el negocio de estructura procesal, y no el poder o la función que debía llevar el magistrado. Esta característica es por demás importante, pues incluso en nuestros días, sin importar el número de disposiciones normativas que regulen los actos de jurisdicción voluntaria, siempre habrá un espacio de orden sumarial para que el Juez provea, tramite y decida, lo que encuentre conveniente a derecho, tal y como el mismo ordenamiento adjetivo civil lo dispone en sus artículos 936 y 937. Aunque sobre esto abundaremos más adelante.

Este antecedente lo señala de manera indirecta BUJÁN⁵, quien haciendo disertación de los tres textos en donde aparece la expresión *legis actio* aplicada a la *iurisdictio* voluntaria (*D.1.16.3 Ulpianus, Libro XXVI ad Sabinum 'Nec adoptare potest, omnino enim non est apud eum legis actio'*; *D.1.20.1 Ulpianus, Libro XXVI ad Sabinum*

3. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., "La Jurisdicción Voluntaria", Civitas, 2001, pp. 70-71.

4. PLUGIESE, "Il processo formulare", Tomo II, Milano, 1963, pp. 92, y PALMIERI, "Legis actio" in alcune fonti giuridiche, en 'Arangio Synteleia'I, Napoli, 1964, pp. 521-522.

5. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., obra citada, pp. 73.

'Adoptare quis apud Iuridicum potest, quia data est ei legis actio'; D.1.7.4 Modestinus, libro II Regularum 'Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse Neratii sententia est), nos señala: "Por otra parte, a mi juicio, en los tres textos, si bien se hace sólo referencia expresa a emancipaciones y adopciones, parece evidente que la posibilidad de actuación ante el magistrado competente se extendería a las manumisiones, así como a todas aquellas actuaciones que requiriesen para su formalización el cumplimiento de una legis actio".

La vigencia de la *legis actio* en la época clásica, en relación con los supuestos que MARCIANO denomina de *iurisdictio voluntaria*, hace pensar, como ha señalado SOLAZZI, citado en la obra de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, que probablemente debía estar prevista en las *leges Iuliae iudiciorum privatorum*, que reemplazan definitivamente, en todos los demás casos, el procedimiento de las acciones de la ley por el procedimiento formulario, por lo que no era de extrañar que AUGUSTO haya introducido un reglamento de conjunto de la jurisdicción voluntaria en estas leyes. 6

Parece asimismo evidente que, a pesar de conservarse la expresión *legis actio* en la época clásica, las formalidades requeridas para el cumplimiento de la *legis actio* en la época republicana habrían sufrido, en los siglos posteriores, variaciones notables que se traducirían en una progresiva relegación de formas y requisitos, esto sin duda alguna vino ocurriendo como producto de las constantes progresiones políticas de aquella época.

Es interesante destacar que dentro de las corrientes que enmarcan la jurisdicción voluntaria como una actividad administrativa, se señala en la citada obra de BUJÁN, una importante actividad originada en el derecho notarial romano, a través de distintos funcionarios públicos (Pretores, Cónsules, entre otros) a los que con el tiempo se les iba atribuyendo competencias para realizar las funciones inherentes a la jurisdicción voluntaria, bajo instancia administrativa. 7

6. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., obra citada, pp. 75

7. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., obra citada, pp. 90

Uno de los funcionarios más emblemáticos eran los *Notarios*, conocidos para la época como *Tabelliones*, en ellos reposaba una función que dista mucho en diferencia a los Notarios que se conocen hoy en día, ya que siguiendo la palabras de MARCIANO, citado por BUJÁN, se explica de manera puntual parte de esas funciones.

*“Los tabeliones han conservado en toda la historia del Derecho Romano su carácter de profesionales privados, si bien en época de la monarquía absoluta, sin llegar a ser considerados funcionarios públicos, fueron sometidos a un estricto control y subordinación por parte del poder público, en consonancia con la general burocratización de la época. Sin embargo, en el proceso de ampliación de competencias que se les atribuyen, además de la redacción de documentos, se les reconoce función consultiva y asesora, así como facultades relativas a la asistencia a los Tribunales, redacción de instancias y consignación escrita de declaraciones testificales...”*⁸

En las fuentes romanas no se contienen referencias a los orígenes de los *tabeliones* y, si bien la realidad también en este caso debió de ser más antigua, hay que esperar a finales de la época clásica, para que el término aparezca utilizado por primera vez por ULPIANO.⁹

Posteriormente, haciendo un recorrido histórico más contemporáneo a nuestros tiempos, cuando el derecho procesal emerge como ciencia autónoma a mano de BULOW, WACH, seguido por CHIOVENDA, luego por CARNELUTTI y CALAMANDREI, y así hasta pasar por COUTURE, FAIRÉN GUILLÉN, CUENCA, ROMBERG, y otros egregios autores en la rama nacional, en donde luego el estudio sobre la jurisdicción voluntaria comenzó a verse disminuido, y en cierta forma restada su importancia.

Por ejemplo, el maestro CARNELUTTI, entre muchas consideraciones, definió, en cortas palabras, que la jurisdicción voluntaria es aquella cuyo fin determinado del proceso, es la prevención de la *Litis*.¹⁰

8. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., obra citada, pp. 86, citando la D.48.19.9.4-5 (Ulpianus, *libro décimo de officio proconsulis*): *‘Nonnumquam non advocacionibus cui interdicitur, sed foro, plus est autem foro quam forensibus negotiis prensibus accommodare se non permittatur, solet autem ita vel iuris studiosis interdici vel advocatis vel tabellionibus’ sive pragmaticis.*

9. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., obra citada, pp. 90

10. CARNELUTTI F., “Instituciones del Proceso Civil”, tomo I, edición Atenea, pp. 47

Por otro lado, el maestro CHIOVENDA, quien fuera guía de CARNELUTTI, afirmó:

“la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la Ley, mediante substitución de órganos públicos (jueces) a la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, afirmando la existencia de la voluntad de la Ley u ordenando su ejecución.” 11

En la corriente doctrinal nacional, el maestro CUENCA, plantea la división de la noción jurisprudencial en Venezuela, al explicar que se hace necesario distinguir una jurisdicción contenciosa de otra voluntaria, pues a su modo de ver, el propósito sigue siendo el mismo, que es resolver conflictos. Así las cosas, afirma el autor lo siguiente:

“Cualquier demanda o solicitud que se presente ante el Tribunal, tiene un conflicto en potencia o en actividad. En las materias que suelen atribuirse a la jurisdicción voluntaria, existe en todas ellas un conflicto soterrado, pero ocurre que el opositor virtual no es tan ostensible como en la contenciosa, con la presencia de ambos contradictores.” 12

Esta explicación de CUENCA, sin lugar a dudas incidirá en buena medida los criterios a ser desarrollados en los capítulos siguientes del presente trabajo.

Otros autores se centran más a una visión estatutaria del sujeto, y comienzan a desarrollar aspectos más sustanciales y menos procesales, tal es el caso de SATTA, quien afirma:

“La jurisdicción voluntaria se despliega insertándose, a diferencia de la jurisdicción contenciosa, en el proceso formativo de la voluntad jurídica del sujeto.” 13

Todas estas clásicas definiciones, por demás interesantes (y de eso se ha encargado de avalarlo la historia), solo brindan un atisbo del problema planteado sobre el tema.

11. CHIOVENDA G., *“Principios de Derecho Procesal Civil”*, Tomo I, Primera Edición, 1922, Madrid, pp. 349

12. CUENCA H., *“Derecho Procesal Civil”*, Tomo I, Novena Edición, 2001, Ediciones UCV, pp. 88

13. SATTA, S. *“Manual de Derecho Procesal Civil”*, Tomo I, 1971, Editorial Europa América, Buenos Aires, pp. 13

Para el maestro RENGEL ROMBERG, se sigue la tendencia doctrinaria en que la jurisdicción voluntaria es una actividad dispuesta a la actuación del derecho objetivo, al afirmar en que es:

“Aquella función del juez por la cual crea condicionamientos que le dan significación jurídica a la conducta de los solicitantes y que están destinados a mantenerse con validez en tanto no cambien las circunstancias que los originaron y no sean revocados expresamente por el juez.” ¹⁴

Todas, y cada una de las opiniones dadas por los autores mencionados, comenzaron a ser simple referencia abstracta de la jurisdicción voluntaria en la ciencia procesal. Sin embargo, la jurisprudencia, y en especial la dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, comenzaron a inducir mayor rango y peso potestativo a los jueces de instancia, cosa que desde el punto de vista en concreto sembró enormes dudas acerca de su alcance en la vida diaria de los justiciables.

Ejemplo plausible de ello, es la decisión N° 619, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 26 de junio de 2.000, con ponencia del Magistrado JESÚS EDUARDO CABRERA, en la que de manera muy curiosa, amplió la posibilidad de hacer uso de la fuerza pública al momento en que fuese practicado cualquier asunto de jurisdicción voluntaria, fuera del recinto del Tribunal. ¹⁵

“...el juez para cumplir sus decisiones y decretos, sin importar si ellos se dictan en procesos contenciosos o no contenciosos, pero siempre que respondan a actos o actuaciones prevenidas en la ley, como lo es la práctica de una inspección ocular extra litem, puede dictar una orden judicial en el sentido de allanar un inmueble, procediendo a notificar de la misma a quien en el se encuentre, para que exponga lo que creyere conveniente, en protección de sus derechos y garantías constitucionales. El juez se abstendrá de practicar la prueba, si la dignidad de las personas u otros derechos o garantías constitucionales se vieran menoscabados o disminuidos”.

14. RENGEL-ROMBERG, A. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”, según el nuevo Código de 1987. Teoría General del Proceso. 1995, Edit. Arte, Caracas.

15. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/619-260600-00-0263%20.htm>

A pesar de la extensión potestativa que se dio a los jueces, por fortuna la Sala Constitucional salvaguardó los criterios garantistas de orden constitucional, concluyendo de manera responsable y coherente en su argumento, lo siguiente:

“Pero esta Sala debe advertir, que aunque no existe diferencia en cuanto a los autos, decretos o providencias judiciales que dicten los jueces, en razón de que surjan en un proceso contencioso o en uno no contencioso, la existencia de disposiciones fundamentales de la Constitución, como las de los artículos 60 o 115, impide a los jueces en los procesos no contenciosos allanar inmuebles protegidos por el artículo 47 de la Constitución vigente, si ellos se encontraren desocupados sin la presencia de personas a quien notificar, ya que la irrupción del tribunal a dichos lugares, sin posibilidad de dar conocimiento de ella a quienes los habitan, podría desmejorarles no solo el derecho de propiedad, sino la protección al honor, la intimidad, la reputación o la vida privada de quienes moran o habitan en alguna forma en los inmuebles. La situación es diferente dentro de un proceso contencioso donde las partes deben ser citadas, donde la prueba a practicarse en inmuebles de terceros versa sobre hechos pertinentes, por lo que las partes tienen interés en la práctica de las mismas y en estar presente en esas oportunidades, minimizándose así los riesgos para los propietarios o poseedores de los inmuebles que estén desocupados”.

Este tipo de decisiones fueron afectando en buena forma la naturaleza y alcance de las pretensiones de jurisdicción voluntaria, lo que sin duda alguna fue originando un cambio de modelo acerca de la naturaleza potestativa de los jueces. El *borderline* creado por la jurisprudencia, permitió a los justiciables distinguir el alcance de las pretensiones de jurisdicción voluntaria tramitada por los Jueces, valga la redundancia, y de aquellas simples solicitudes tramitadas por los Notarios, es decir, y con ello es posible concluir, que la jurisdicción voluntaria no es más que el simple ejercicio del Estado, en dar atención al ciudadano, para dar tutela de cualquier solicitud carente de contención. Escoger entre la instancia jurisdiccional (Tribunal), o la sede administrativa (Notaría), dependerá del interés que tenga el justiciable en extender el alcance de su pretensión.

Aunque las disertaciones pudieran ser objeto de discusión, la naturaleza coercitiva de la jurisdicción voluntaria parece ser simplemente una potestad que ha sido integrada conforme a las interpretaciones que ha venido realizando la Sala Constitucional.

1.2 De los efectos que persigue la pretensión en jurisdicción voluntaria

Si bien el proceso en jurisdicción voluntaria, prevé la ausencia de contención entre partes, no es menos cierto que la pretensión que activó la tutela jurisdiccional persiga un determinado efecto.

Así pues, comienza a surgir en el presente caso que la pretensión en jurisdicción voluntaria, persigue una consecuencia jurídica en determinado asunto o negocio jurídico, expresión esta última a la que la doctrina clásica alude con elegancia, para evitar profundizar sobre el tema.

Conforme a esto, la norma adjetiva civil se ha encargado en ser lo más amplia posible, aunque parezca que dicha amplitud genere ciertas dispersiones normativas, como es el caso en que el propio cuerpo legal del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) contenga alrededor de diez títulos normativos referidos a los procesos en jurisdicción voluntaria; o peor aún, que la legislación ordinaria en materia de leyes especiales, contemple algún tipo de proceso especial en jurisdicción voluntaria para cada competencia en razón a la materia.

Para poder entender a cabalidad lo aquí explicado, pensemos en lo atinente a los efectos que persiguen las pretensiones de los procesos de jurisdicción voluntaria en el CPC.

En materia de familia, la pretensión que por antonomasia persigue la disolución de una comunidad, es el Divorcio en sus dos distintas modalidades carentes de contención, la primera por separación de hecho por más de cinco años establecida en el artículo 185-A del Código Civil, y la segunda por la Separación de Cuerpos contemplada en el artículo 188 *eiusdem*. Si bien ambas pretensiones persiguen el mismo fin, estas se fundamentan por supuesto de hechos distintos, y por lo tanto, de procedimientos completamente diferenciados, cabe destacar, claro está, que bajo el sometimiento de la jurisdicción voluntaria, sin hacer mención de la intervención del Ministerio Público como tercero de buena fe, pero sobre esto se abundará más adelante.

Luego, están las pretensiones de orden pecuniario, o para decir mejor, aquellas inherentes a la búsqueda en la satisfacción de una obligación de contenido patrimonial. Dichas pretensiones son las que enarbolan como digno ejemplo el tema tratado en la presente investigación, y están ubicados en los denominados procesos de Oferta Real (artículo 819 CPC), Entrega Material de Bienes Vendidos (artículo 929 CPC), Rectificación y Nuevos Actos del Estado Civil (artículo 768 CPC), y Deslinde (artículo 720 CPC). Esta clase de pretensiones se dividen por una delgada línea de orden amistoso, para luego depender en la forma en como el emplazado directo (que es el equivalente al demandado en jurisdicción contenciosa), manifiesta su conformidad o no acerca de la pretensión del solicitante.

De manera muy clásica, están los procesos en jurisdicción voluntaria encargados de constatar hechos acerca de una relación jurídica (artículo 936 CPC), y aquellos que amparados por la misma premisa, buscan preconstituir medios probatorios para un posible juicio. Así pues, están también aquellas pretensiones en jurisdicción voluntaria que tienen carácter mercantil, contemplada en el artículo 290 del Código de Comercio, en donde el solicitante (sea este accionista o tercer interesado), tenga fundada sospechas sobre las irregularidades en la administración de una sociedad de comercio, solicitando ante el Juez competente, la revisión e inspección de los libros de la sociedad, y de ser declarada fundada la irregularidad, se acordará la designación de uno o más comisarios a efectos de realizar el informe respectivo sobre los balances objeto de irregularidad.

En materia agraria, el artículo 252 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario 16, hace mención, de manera muy breve, acerca de las pretensiones que requieren trámite bajo procedimiento especial, es decir, los contemplados en el CPC. De igual modo, en la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña, y Adolescente 17, en el artículo 177, párrafo segundo, se hace mención a las pretensiones en jurisdicción voluntaria, en doce literales.

16. La referida Ley fue publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.991, el 29 de julio de 2010.

17. La referida Ley fue publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.859, el 10 de diciembre de 2007.

Las normas resultan inagotables, y como bien afirmaba el maestro GUASP, la pretensión puede ser tan extensiva e ilimitada, que para la misma ley resulta imposible hacer mención taxativa e individual de cada una. 18.

En adición a lo comentado, es de observar que no hay puridad total en los procesos de jurisdicción voluntaria, pues de las normas antes expuestas, hay una presencia de mucha importancia de intereses individualizados. Al respecto podemos deducir, que ninguna norma se hace perfecta, incluso el maestro URRACA, con mucha sabiduría hizo deducción al respecto citando a EINSTEIN, lo siguiente:

“EINSTEIN afirmó - y posteriormente se demostró - que si pudiera utilizarse toda la energía contenida en un cuarto de kilogramo de cualquier materia, se liberaría suficiente potencia para igualar la fuerza explosiva de siete millones de toneladas de TNT. Todo ello con base a una ecuación ya famosa: $E = mc^2$, o sea, la energía es igual a la masa multiplicada por el cuadrado de la velocidad de la luz. Pero, en la memoria de los pueblos, quedará siempre grabada la discordancia entre los fines que se propuso el sabio y los que se alcanzaron a la postre con la utilización de su descubrimiento. Hiroshima, Nagasaki y el pesquero japonés Fukuryu Maru son episodios que por conocidos evitan todo comentario. La ecuación de Einstein, ¿podría compararse, en cuanto a sus efectos, con una definición jurídica? cualquiera, como por ejemplo la de coercibilidad? Se dice: la coercibilidad es la posibilidad lógica de que la norma se cumpla en forma no espontánea. Está bien, constatamos que la norma de derecho puede cumplirse en ausencia de voluntad del obligado y también en dirección opuesta a aquello que esa la voluntad realmente quiere? Pero, ¿y los fines? ¿Qué justifica su existencia de esa concepción de la libertad? ¿Será la justicia, o el orden social, o la seguridad jurídica, o el bien común? He allí el verdadero problema, porque aunque todos ellos nos son señalados como fines perseguidos por el Derecho, a la hora de las evidencias se producen las grandes desilusiones.” 19

En ese caso, la jurisdicción voluntaria guarda espacio para la obtención de un propósito, inferir en él o no la satisfacción de una pretensión, dependerá de la efectividad

18. GUASP J. “Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid.

19. URRACA, J. “Discurso de orden pronunciado por el Dr. José Rodríguez Urraca, en el acto de colación de los abogados integrantes de la promoción Dr. Donato Pinto”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 3, Universidad de Carabobo, septiembre, 1961. pp. 260

del procedimiento legalmente establecido. Esto nos lleva a deducir, que para el solicitante hay un mínimo resguardo en precaver un juicio, no sin antes que la misma ley le advierta guardar las formas, como si de una demanda con carácter contencioso se estuviese tratando (artículo 899 del CPC).

1.3 Contraposición entre la Jurisdicción Contenciosa y la Jurisdicción Voluntaria.

La llamada contraposición de jurisdicciones (contenciosa y voluntaria), es de esas discusiones que remontan al mal empleo del término “jurisdicción”, y del que de manera cíclica e incluso paradójica se arriba al mismo destino de la duda.

Muchos autores se jactan en hacer la advertencia, como si se tratara de un misterio que acaba de ser develado, pero al mismo tiempo sería mezquino reconocer lo que con responsabilidad advierten estos doctrinarios. Al respecto, IBARRA nos comenta:

“En este apartado quiero aprovechar la oportunidad para efectuar lo que considero una oportuna aclaratoria. El Código de Procedimiento Civil se refiere a la “jurisdicción contenciosa” y a la “jurisdicción voluntaria” y dentro de esta segunda categoría incluye al procedimiento de entrega material de bienes vendidos, además de muchos otros. Lo cierto del caso es que, tal y como se entiende modernamente, la noción de jurisdicción es, básicamente, la facultad para administrar justicia que tiene el juez, y la competencia es una limitación, algunos dicen que la medida, pero la medida en fin es una limitación, de la jurisdicción. En realidad es erróneo afirmar que la jurisdicción es voluntaria o contenciosa. El legislador patrio ha utilizado erróneamente el término “jurisdicción” para tratar de distinguir dos tipos de procesos diferentes: los procesos contenciosos y los procesos voluntarios o no contenciosos. En consecuencia, desde el punto de vista técnico considero que lo correcto lo correcto es afirmar que el procedimiento de entrega material de bienes vendidos es un procedimiento voluntario o no contencioso, pero no de “jurisdicción voluntaria” porque la jurisdicción a nivel nacional es una sola, y al considerar que hay “jurisdicción voluntaria” y “jurisdicción contenciosa” se plantea una división que en la práctica no se produce porque en ambas el juez administra justicia, aunque de distintas formas. En consecuencia, aunque así lo indiquen muchos autores y el mismo Código, considero que es un gran error que induce a una gran confusión en el concepto de la jurisdicción, el afirmar que existe una “jurisdicción voluntaria” y una “jurisdicción contenciosa” cuando en realidad lo que existe son procesos o procedimientos

*contenciosos y voluntarios. A estos últimos pertenece, entonces, el procedimiento especial de entrega material de bienes vendidos. No obstante, cuando en el resto de este trabajo se utilicen los términos “jurisdicción voluntaria” serán utilizados siempre entre comillas para que se entienda claramente nuestra reserva en tal sentido.”*²⁰

En dirección contraria al pasado, autores como ALCALÁ ZAMORA, nos dicen que si el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver, otro tanto habrá que afirmar de la jurisdicción voluntaria que el uno se refiere a la jurisdicción contenciosa, y la otra encuentran fuera de sí y no en si su verdadero presupuesto. ²¹

Las afirmaciones como las que arriba mencionó el autor, nos vincula de manera directa con el concepto de proceso, lo cual complica en cierto grado la precisión con la que intentamos demarcar la jurisdicción contenciosa de la voluntaria. Sin embargo, BUJÁN nos hace una interesante visión sobre la inserción del concepto con la denominada “contraposición de jurisdicciones”.

“En efecto, hay procesos sin controversia y sin debate judicial, que dan lugar a sentencias sin oposición. En ocasiones, la ausencia de controversia se debe a que no existe derecho lesionado que se pretenda tutelar, sino que lo que se solicita es una simple declaración de un derecho, respecto de la cual falta una oposición concreta, no obstante su sustanciación por la vía contenciosa.” ²²

A pesar de que en principio se tenía muy claro los elementos que diferenciaban la jurisdicción contenciosa de la voluntaria, la lenta evolución de esta última comenzó a generar un entramado procedimental para ciertas pretensiones, en las que la sola contención de cualquier interesado, generaba conversión en el procedimiento en trámite, y por ende, su naturaleza cambiaba totalmente como a la de cualquier pretensión de carácter contenciosa.

20. IBARRA A. “La Entrega Material de Bienes Vendidos. Un procedimiento no contencioso”, pp. 27

21. ALCALÁ ZAMORA N., “Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria”. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1992. pp. 141.

22. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A. obra citada, pp. 136-137

Es entonces donde la oposición del tercero interesado en el trámite, comienza a tornarse un elemento clave para deslindar la contraposición entre jurisdicción voluntaria y contenciosa.

Para tiempos más remotos, la tradición románica nunca vio la figura del tercero interesado al trámite en jurisdicción voluntaria, como un papel incidental al llamado derecho formulario, pues el tratamiento que se le dio a estos procesos parecían ser más administrativos y de prioridad tutelable, pues se trataba de poner a la orden del ciudadano las soluciones más inmediatas a su día a día, en asuntos de cotidianidad comercial o civil.

“En relación con las reglas por las que se rige la jurisdicción en cuanto al lugar y al tiempo en que se ejerce la jurisdicción, en Derecho Romano los procesos se realizaban en el comicio o en el foro en días fasti, que eran los días judiciales señalados como tales en el calendario judicial. En estos días los magistrados jurisdiccionales podían realizar las tres fundamentales actividades pretorias: dare, dicere y addicere, siendo esta última la resolución con la que concluían los actos de jurisdicción voluntaria formalizados a través de un proceso aparente. Los días no judiciales eran llamados dies nefasti y a ellos se añadían los dies comitiales, que estaban reservados a la convocatoria de los comicios, pero en los que, no reuniéndose ninguna asamblea, se admitía también el ejercicio de la iurisdictio.”²³

Lamentablemente, el antecedente histórico en Roma para esta clase de situaciones fue literalmente ignorado por completo, incluso SOLAZZI considera que la distinción entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria* era desconocida para Augusto y para los juristas clásicos, y que la participación del magistrado en una *legis actio* a través de una *in iure cessio* es un acto jurisdiccional en época republicana, mientras que en época clásica es un acto *neque imperii neque iurisdictionis*, siendo a esta tercera categoría de actos, que constituyen una actividad sui generis del magistrado, ejercicio de un poder que no entre ni en el *imperium* ni en la *iurisdictio*.²⁴

23. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. obra citada, pp. 127

24. SOLAZZI, “*Iurisdictio Contentiosa e Voluntaria*” nelle fonti romane, en “Archivio giurídico”, 1927, pp. 175 y ss.

El análisis a tenor de BUJÀN, tiene todo un entramado de opiniones sobre las posiciones al respecto, pero por mencionar algunos, las más significativas están entre:

LAURIA, quien oponiéndose a la tesis de SOLAZZI, quien aun admitiendo la no clasicidad de la terminología *iurisdictio voluntaria*, considera que la distinción *iurisdictio contentiosa-voluntaria*, considera que tal distinción es clásica, y señala que los actos comprendidos en esta categoría eran heterogéneos, aun siendo jurisdiccionales, y obedecían por tanto, a reglas diversas, según que se cumpliesen mediante *legis actio* o por medio de decretos magistrales. 25

DE MARTINO no acepta una de las ideas básicas de la tesis de LAURIA, conforme a la cual la noción de *iurisdictio* se habría segregado y corrompido en la época clásica, y afirma que en dicha época, la *iurisdictio* se circunscribía al proceso formulario y los demás actos realizados por el magistrado jurisdiccional, o bien entraban dentro del concepto más amplio de *cognitio*, o bien eran encuadrados en una categoría aparte. 26

GIOFFREDI, que admite asimismo la jurisdiccionalidad en época clásica, de los supuestos que se formalizan mediante los trámites de una *in iure cessio*, considera que habría sido MARCIANO el autor de la expresión *iurisdictio voluntaria*, en su intento de delimitar la jurisdicción del procónsul, que los compiladores, quizá entendiendo mal el concepto que MARCIANO quería explicar y llevándolo a un plano completamente diverso, por un deseo de simetría, lo habría contrapuesto al período de *iurisdictio contentiosa*. 27

Y finalmente KASER, quien para la época clásica no se distinguía de forma sistemática entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*, aunque sí existían unas reglas especiales para determinadas situaciones que pertenecían a la justicia, pero que no se

25. LAURIA, *-Iurisdictio-*, en “*Studi in memoria di P. Bonfante*”, tomo II, pp. 534-537, nota 326.

26. DE MARTINO, “*La Giurisdizione nel Diritto romano*”, Padova, 1937, pp. 277-278.

27. GIOFFREDI, “*Contributi allo studio del proceso civile romano*”, Roma, 1947, pp. 38-39.

referían a un procedimiento contencioso. Tales supuestos, en opinión de este autor, no serían encuadrables dentro de la *iurisdictio* en sentido técnico, pero sí se incluirían en un concepto amplio de la *iurisdictio*, respecto de los cuales sería más adecuado hablar de *cognitio* 28.

No obstante, para BUJÁN, constituye una afirmación generalizada considerar que los supuestos de jurisdicción voluntaria en Roma tenían únicamente carácter negocial, pero ello a juicio del mencionado autor, no responde sino a parte.

“La doctrina, no obstante, suele utilizar la palabra (asunto) en relación con la jurisdicción contenciosa y (negocio) para aludir a la jurisdicción voluntaria. La diversa terminología no es, sin embargo, el único elemento de confusión. Por el contrario, la dispersión legal de su regulación, la heterogeneidad de los procedimientos, la notable variedad de materias, el ámbito número de supuestos de la más variada naturaleza y la propia distinción entre jurisdicción voluntaria judicial y no judicial, han impedido, al no encontrarse criterios clasificatorios aceptados como válidos por la mayoría de la doctrina, la configuración de una categoría unitaria de actos de jurisdicción voluntaria.” 29

El tema comienza a ser infravalorado frente a la jurisdicción contenciosa, llegando al punto de otorgársele distintas concepciones, dependiendo de la posición a la que parte su intérprete, tal y como lo señala GARRILLO.

“Ciertamente, constituye un tema polémico en la actual doctrina europea la determinación de cuál sea el concepto, la naturaleza jurídica, la función y el contenido de la denominada jurisdicción voluntaria. En relación con la misma se han mantenido las más diversas posiciones, y ha sido analizada desde los más contrapuestos puntos de vista, sin que se haya llegado a una orientación mayoritaria entre los estudiosos, lo que ha hecho afirmar a algún autor que (la jurisdicción voluntaria es un tema por todos repudiado y sin sede científica propia).” 30

28. KASER, “*Das Römische Zivilprozessrecht*”, Munchen, 1966, pp. 134.

29. FERNANDEZ DE BUJÁN A., obra citada, pp. 34

30. GARRILLO F., “Tratado de Derecho Administrativo”, I, IEP, Madrid, 1964, p. 36, citado por BUJÁN, en “La Jurisdicción Voluntaria”, Primera Edición, 2001, pp. 19.

Sin embargo, algunos autores mostraron posturas más argumentadas y objetivas, tal es el caso de GUASP, quien comentando sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, nos dice que tiene que buscarse en el campo de la administración, pues, siendo administración cualquier actividad de realización de los fines de interés general, distinta tan sólo de la actividad legislativa y la actividad procesal, no queda otro cauce, dentro de las figuras del Derecho Público, al que la jurisdicción voluntaria indudablemente pertenece, dada la presencia en ella de un órgano del Estado, que atribuirle un contenido estrictamente administrativo 31.

Por el contrario a la idea citada, GIMENO GAMARRA, afirma que el fin inmediato de los actos de jurisdicción voluntaria, es la tutela o protección de los derechos de los particulares en ciertos casos en que se considera necesario por no estar los interesados en condiciones de defenderlos por sí mismos y existir peligro de que sus derechos sean lesionados, ejerciendo una especie de Administración del Derecho Privado. 32

Para GÓMEZ ORBANEJA, el fin específico de la jurisdicción contenciosa es siempre y por necesidad conceptual, tutela o protección de derechos existentes, y el fin de la jurisdicción voluntaria es la producción o constitución negocial de derechos subjetivos nuevos o cooperación a esa producción. 33

Corolario de lo antes expuesto, BUJÁN concluye que si bien un sector de la doctrina moderna ha cuestionado la consideración del criterio de la no contenciosidad como determinante de la jurisdicción voluntaria, no se ha encontrado ningún otro elemento distintivo que satisfaga a la mayoría de los estudiosos. 34

31. GUASP J., "Derecho Procesal Civil", tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 947-948.

32. GIMENO GAMARRA, "Ensayo de una teoría general sobre jurisdicción voluntaria" ADC, 1953, pp. 5 y ss.

33. GÓMEZ-ORBANEJA y HERCE, "Derecho Procesal Civil", tomo II, Madrid, 1969, pp. 380 y ss.

34. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., obra citada, pp. 36.

Independientemente del punto de vista con el que se pretenda partir, la distinción entre un proceso contencioso y otro voluntario parece petrificarse hacia la falsa idea en que la jurisdicción se separe hacia distintas maneras de administrar justicia.

La contraposición entre una pretensión que persigue la tutela del Tribunal, sin generar algún conflicto, en contraste a la visión de generar tutela para la búsqueda de una condena, o al menos en generar algún efecto declaratorio sobre una determinada situación jurídica, pone en el foro la discusión en que la puesta en marcha de la primera (pretensión en proceso de jurisdicción voluntaria), correrá con el riesgo de encontrar su fin por la simple oposición de un tercero interesado.

Por tanto, es natural que con ello pensemos que la naturaleza intrínseca de los procesos en jurisdicción voluntaria, no generan algún tipo de riesgo por la ausencia de la cosa juzgada (artículo 898 del CPC), y la presunción *iuris tantum* que adolece la sentencia que pondrá fin al proceso; pero bajo la referida premisa nos preguntamos, ¿Dónde quedan las garantías sobre la sustanciación de este tipo de procesos? ¿Será justo considerar, que aun cuando la norma adjetiva civil exige requisitos de forma similares a la demanda contenciosa (artículo 899 del CPC), se pierda de vista la expectativa legítima del solicitante? O acaso, ¿se considera un proceso justo aquel que garantiza la posibilidad de iniciar otro proceso?

Para poder acercarnos a las respuestas a estas interrogantes, es necesario verificar los elementos incidentales que condiciona la norma procesal, ya que resulta interesante apreciar que la norma garantiza el derecho a terceros (artículo 900 CPC), con la condición incluso de ser citados a oficio del juez, para que estos manifiesten su inconformidad durante el proceso.

CAPÍTULO II

LA CONTENCIÓN COMO ELEMENTO INCIDENTAL DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La contención ha sido considerada como uno de los elementos constitutivos del proceso 35, incluso ha sido en tal manera masificada su definición, que se ha llegado a la errada conclusión que es la única condición con que los órganos jurisdiccionales intervienen para solucionar un conflicto.

Sin restar importancia a este elemento dentro del proceso, la contención tiene un papel incidental en el marco de la jurisdicción voluntaria, a tal punto que la manifestación de esta (a través de la llamada oposición) pudiera poner punto final al proceso.

Sin embargo, la norma adjetiva civil nos indica que hay procedimientos en jurisdicción voluntaria donde la oposición representa una fase incidental proclive a su normal sustanciación. No obstante, la oposición como institución procesal tiene características que no son del todo uniformes, por lo que para cada procedimiento acaba generando consecuencias distintas.

2.1 La cualidad procesal del sujeto interviniente al proceso, y la oposición a las solicitudes presentadas en jurisdicción voluntaria.

Para poder considerar el alcance de esta institución procesal, es imprescindible identificar la cualidad de la parte que lo ejerce, siendo por tanto inevitable entrar a consideraciones no muy extensas, acerca del posicionamiento de los sujetos en los procesos de jurisdicción voluntaria. Con ello, entendemos que el sujeto que pretende activar el órgano jurisdiccional, se le denomina solicitante 36, quien solo persigue el auxilio del Estado, para resguardar situaciones que validen su condición jurídica.

35. Recuérdese que para CALAMENDREI, el proceso no es más que un juego de réplicas y contrarréplicas.

36. Ver artículo 899 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Por consiguiente, no se hace necesaria la observancia de los elementos que componen la acción, pues distinguir entre el sujeto, objeto y la causa, sería entrar en consideraciones de orden procesal más universales que rebasan los límites del presente trabajo. 37

Es por ello, que siguiendo la clásica tesis en que los procesos de jurisdicción voluntaria carecen de partes, podemos deducir que la intervención de todo sujeto interviniente en él se le puede denominar tercero interesado, muy similar al posicionamiento del sujeto ajeno de un proceso, que interviene contra las medidas cautelares decretadas por un Tribunal. 38

Si esto es así, sería incongruente y por demás injusto, que adhiriéndonos a la tesis clásica, le diéramos la calificación de “parte procesal” al tercero interesado como interviniente en el proceso. En consecuencia, nos parece claro concluir que el concepto de parte es independiente de la existencia o no de controversia o conflicto en el proceso, reafirmando con ello la tesis de RAMOS MÉNDEZ, que aun existiendo coincidencia de intereses y de voluntad, es plenamente identificable y relevante la parte en un proceso. 39

Es por eso, que siguiendo las palabras de RAFAEL ORTIZ, no cabe duda que cuando un tercero con interés legítimo y aun propio acude al proceso, hace uso de su respectivo derecho de accionar, aun cuando su intervención resulte relativizada dependiendo de las situaciones objetivas que el Derecho positivo establece 40. Sin embargo, es deber para nosotros subsumir las causales de la intervención del tercero interesado, conforme a lo establecido en el artículo 370 del CPC, de manera que podamos determinar el tipo de interés con el que acude el sujeto en referencia.

37. VESCOVI aborda el tema de la pretensión con suma precisión, ampliando la óptica de los elementos que la componen. Ver la obra de VESCOVI E., (1984), “Teoría General del Proceso”, Editorial Temis, Bogotá, pp. 82 y siguientes.

38. Ver artículo 546 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

39. RAMOS MÉNDEZ, “Enjuiciamiento Civil”, tomo I, 1997, Bosch Editor, Barcelona.

40. ORTIZ, R. “La Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos”. Editorial Fronesis, Caracas, 2004.

Nos indica el artículo 370 de la norma procesal civil, que los terceros podrán intervenir, o incluso ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:

1. Cuando el tercero alegue tener un derecho preferente al del demandado (tercería exclusiva);
2. Cuando el tercero alegue tener un derecho concurrente con el derecho del demandado (fundándose en el mismo título, o que son suyos los bienes sometidos a cualquier medida cautelar), o que concurre con el demandado en el derecho sobre tales bienes;
3. Cuando una medida cautelar afecte unos bienes que sean de propiedad de un tercero, o que tiene algún derecho de posesión sobre ellos;
4. Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso;
5. Cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o garantía respecto del tercero y pida su intervención;
6. Para apelar de la sentencia definitiva cuando pueda causar ejecutoria contra un tercero o lo perjudique en su derecho.

Como podemos observar, son seis las causales que la norma considera que el tercero pueda intervenir en uso de derechos propios, por ello, una vez verificado el interés de ese tercero, encontramos que en la intervención de estos en procesos de jurisdicción voluntaria, se asemejan más a los supuestos de presencia individual de la parte actora (solicitante), como en los casos donde se tramiten procesos cautelares (tales como los dictados *inaudita altera parte*).

De ser esto así, sería complicado encontrar una causal única con la que interviene el tercero en los procesos de jurisdicción voluntaria, pues dependiendo al tipo de pretensión que se esté tramitando, la causal de tercería se identificará con el tipo oposición que haga el interviniente.

Llegado a este punto, nos encontramos con la institución procesal denominada “oposición”. Determinar su naturaleza es una labor complicada, pues considerarla un recurso procesal ordinario sería totalmente errado, ya que su ejercicio no genera examen en una segunda instancia; considerarla una excepción perentoria similar a la contestación, dependerá siempre del tipo de procedimiento que se esté tramitando, pues recordemos que el legislador hace uso constante del vocablo en distintos procedimientos ⁴¹, generando así poca uniformidad acerca de su alcance.

Sin embargo, un buen sector de la doctrina (tanto nacional como extranjera), ha prestado atención en analizar esta institución procesal, que aunque parezca no tener una definición muy precisa sobre su alcance, se sabe a primera vista que pone como primer orden la manifestación de rechazo sobre el alegato realizado por una de las partes.

El procesalista español, JOSÉ ALMAGRO, nos hace una valoración acerca del concepto, muy completa y muy puntual acerca de la oposición en jurisdicción voluntaria, diciéndonos al respecto lo siguiente:

“Señala ALMAGRO que en materia de oposición, la doctrina jurisprudencial ha puesto de relieve que el legislador, a veces, pese a cierto grado de litigiosidad subyacente o posible, establece que la consecuencia de unos determinados efectos ha de alcanzarse por acto de jurisdicción voluntaria. Ni que decir tiene que la licitud de esta conducta del legislador está en función sólo de algunas justificaciones: que la contrariedad real no sea (cegada) definitivamente por un acto de jurisdicción voluntaria y que aunque se posponga el planteamiento de la contrariedad real hasta la finalización del acto de jurisdicción voluntaria o se entienda que la causa concreta de oposición deba quedar englobada en una más general de categoría superior, nunca sea (sofocado) el legítimo ejercicio del derecho a la jurisdicción considerado desde la vertiente del derecho al proceso contradictorio con todas sus garantías. Asimismo, en opinión de este autor, en consonancia con la ausencia de contradicción se revela el carácter unilateral y no bilateral del proceso voluntario, por lo que la jurisdicción voluntaria no sólo presupone la inexistencia de conflicto, sino en especial que una persona unilateralmente tiene derecho a obtener la tutela judicial.”⁴²

41. Ver artículos 651, 663, 397, 546, 766, 724 del Código de Procedimiento Civil, y 290 del Código de Comercio.

42. ALMAGRO J., “Derecho Procesal”, tomo I, vol. II, Proceso Civil, con Cortés Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena, Valencia, 1990, pp. 546 y 548, citado por Antonio Fernández de Buján, La Jurisdicción Voluntaria, Primera Edición 2001, pp.40

Lo que parece ser el problema en conocer el alcance de esta institución, es la constante tendencia con que la doctrina niega en reconocer la presencia de partes en los procesos de jurisdicción voluntaria, lo que sin duda alguna motiva en considerar que la oposición no es un acto típico en el proceso, y que por tanto, se da como una incidencia al proceso.

*“En los actos de jurisdicción voluntaria no cabe afirmar la existencia de partes, ni de pretensiones frente a una parte. El inicio de las actuaciones se produce bien por decisión del solicitante, compareciente o promotor del expediente, o bien por acuerdo de los solicitantes (si bien no hay litisconsorcio), o bien de oficio (por ejemplo en supuestos de menores, incapacitados, ausencia o fallecimiento). En todos los casos, el juez realiza un control de legalidad de lo actuado en su presencia y, en su caso, autoriza o legitima el acto o negocio correspondiente.”*⁴³

Por otro lado, nuestro procesalista patrio, RENGEL ROMBERG, nos aclara incluso que el concepto de parte no ha sido tampoco pacífico, en cuanto a su recepción, en el Derecho Procesal.

*“El concepto de parte no es pacífico en el Derecho Procesal Civil, sino que está entre los más discutidos y sobre él se ha desarrollado una vastísima literatura...omissis... es parte aquel que demanda en su propio nombre (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de ley, y aquel frente al cual ella es demandada (Chiovenda); o más exactamente: las partes son el sujeto activo y el sujeto pasivo de la demanda judicial (Calamandrei).”*⁴⁴

De todo esto, es puntual recordar que el concepto de parte es una derivada del concepto de acción (en su sentido *lato*), pues la potestad de la que dimana el derecho de acción, surge el interés en cabeza de una persona, en pretender algo (en su sentido específico), frente a otra persona (emplazado directo), ante los órganos jurisdiccionales.

43. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., obra citada, pp. 41

44. RENGEL ROMBERG A. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”. Tomo II. Décima Tercera Edición. Caracas. 2007. pp. 24

Al respecto, la literatura procesal ha hecho de lo suyo por mantener esta noción lo más firme posible, incluso nos atrevemos a decir, que el maestro CARNELUTTI se encargó de ordenar este proceso de ideas con suma claridad, al punto de ser constante discusión y generador de corrección en la dialéctica jurídica, cuando se confunde la utilización de los términos “acción” y pretensión”.

Nos decía el maestro, que la acción es un derecho subjetivo procesal, abstracto y público, destinado a hacer cumplir el proceso, explicaba también que el interés protegido mediante las obligaciones procesales y, correlativamente, mediante la acción, es el interés en cuanto a la justa composición del litigio, no el interés en litigio. Esta es la razón elemental de la diversidad entre el derecho subjetivo material y la acción. Que la acción no sirve para la tutela del interés en litigio, demuestra el que puede derivar de ella un proveimiento contrario a este interés (sentencia desestimatoria). Que el derecho subjetivo material y la acción no son la misma cosa lo pone de manifiesto que la acción corresponde también a quien no tiene el derecho subjetivo material 45. Es por ello, que de manera lógica podemos afirmar que el concepto de parte está enlazado de manera inseparable con el derecho de acción. Es imposible hablar de partes en el proceso, sin antes identificar el interés de su reclamo en tutela del Tribunal, y la posición que la misma ley le da al sujeto dentro de una determinada relación jurídica.

“La individualización de la parte sobre la base de la mera demanda, sin contar con la razón, ni con el fin, ni con el objeto mismo del demandar, rompe, según esta doctrina, la unidad del ordenamiento, al aislar el proceso del derecho y, por consiguiente, el derecho de la acción, sin comprender que a través de la acción y del proceso se realiza precisamente la relación del sujeto con el ordenamiento, de donde un dualismo entre el sujeto de esta relación y el sujeto de la acción y del proceso, es cosa que no tiene ningún sentido para esta doctrina.” 46

45. CARNELUTTI, F. “Sistema de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Ed. Europa América, Buenos Aires, 1944, pp. 636

46. RENGEL ROMBERG A. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”. Tomo II. Décima Tercera Edición. Caracas. 2007. pp. 26

Es por ello, que siguiendo nuevamente las acertadas palabras de RENGEL ROMBERG (quien además hace una gran referencia de las anotaciones de GUASP), concluye que las partes pueden definirse más exactamente como el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión que se hace valer en la demanda judicial. 47

*“El concepto de parte no es exclusivo del proceso, sino que es una de aquellas nociones que encontramos usada en diversos campos del derecho y en el lenguaje común con diversos significados.”*48

Trayendo a colación lo antes explicado, es posible deducir que no solo el cuestionamiento en la presencia real de partes, sea el factor decisivo en la indeterminación de la naturaleza de la oposición en los procesos de jurisdicción voluntaria, pues los cuestionamientos parecen pasar de un lado a otro, comenzando por considerar nuevamente las actuaciones en jurisdicción voluntaria como de índole Administrativa, para luego ser compensada la participación del tercero interviniente al proceso, con las nociones constitucionales del derecho a la defensa.

*“En una sentencia de 1981 se afirma que las variadas tesis formuladas por la doctrina, de un lado sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria –desde una verdadera jurisdicción hasta una administración de derecho privado atribuida por razones históricas a órganos judiciales- y la diversidad, desde otro lado, de los supuestos contemplados en el libro III de la LEC, nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes puedan considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria a la ley del artículo 24 de la Constitución. Será necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional.”*49

La discusión parece no encontrar solución, por lo que termina a un lado haciéndose reserva de sus conclusiones, para luego entrar a las consideraciones de índole práctica.

47. RENGEL ROMBERG A. obra citada. pp. 27

48. RENGEL ROMBERG A. obra citada. pp. 23

49. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., obra citada, pp. 99 y 100

2.2 La conversión del proceso voluntario a contencioso, y la contenciosidad como fundamento de la contraposición (análisis comparativo en otras legislaciones).

La conversión del procedimiento es una de las transiciones más atípicas en el proceso. Es muy común ver este tipo de eventos en aquellos procedimientos especiales contemplados en la norma adjetiva civil, donde un acto de resistencia del demandado (llamado intimado), genera un cambio en el procedimiento sustanciado, pasando a ser en la mayoría de los casos un procedimiento ordinario o breve (dependiendo de la cuantía que se discute).

Sin embargo, la conversión del proceso es algo completamente distinto, pues no se trata del simple cambio de un procedimiento regulado por la norma, sino de toda una voluntad manifestada por el solicitante, quien sin la intención de generar algún tipo de contención frente a terceros, pretende el aval por parte del Tribunal sobre una determinada situación jurídica. De ser lo explicado la situación real, entonces estamos ante la imperiosa necesidad en que la contenciosidad es el factor incidental que genera la conversión del proceso.

Sin especular más allá de las nociones procesales que fueron explicadas en los capítulos anteriores, sabemos que la jurisdicción voluntaria abarca una gran serie de procedimientos, que de una u otra manera se adecuan a la pretensión del solicitante.

Dentro de esta serie de procedimientos, tomamos como primer ejemplo los concernientes a generar un estado civil sobre la persona, tal como lo es el caso del Divorcio contemplado en el artículo 185-A del Código Civil Venezolano. Dicha norma nos describe en un articulado bastante sencillo de entender, que los cónyuges que han permanecido separados de hecho por más de cinco años, cualquier de ellos, en forma unilateral, podrá solicitar el divorcio alegando la ruptura prolongada de vida en común.

En primer lugar, es posible observar que el alegato se convierte en la prueba del hecho generador del divorcio ⁵⁰, pues el acta de matrimonio es solo el documento fundamental que demuestra la existencia de una unión matrimonial entre los sujetos referidos en la solicitud; luego, se nos ilustra una fase procedimental contemplada en la norma sustantiva, donde se libran boletas de citación a uno de los cónyuges ⁵¹, y al Ministerio Público como parte de buena fe en el proceso.

Una vez puestas a la mesa las instituciones procesales que conforman el procedimiento, nos queda entonces comprender la verdadera naturaleza de ellas en el proceso. Por un lado tenemos a la vista el alegato de uno de los cónyuges que describe una situación de hecho (ruptura matrimonial), por otro lado vemos que se emplaza al otro cónyuge a ratificar o contradecir lo expuesto por el solicitante, y luego tenemos al Estado (representado por el Fiscal Ministerio Público) observando cualquier anomalía en el curso del proceso, para luego dar su conclusión al final del trámite.

El cónyuge emplazado, es el primer legitimado pasivo en ser escuchado sobre la procedencia o no de la solicitud, si éste manifiesta que no es cierta la ruptura (oposición a la solicitud), se declara concluido el proceso, salvo que por reserva jurisprudencial se abra una articulación probatoria, aunque sobre este punto conversaremos más adelante.

Luego tenemos al Fiscal, quien funge como parte de buena fe en el proceso, y en cuya opinión depende también la suerte de la declaratoria del divorcio. El fiscal es probablemente la figura más activa e imparcial en el proceso, pues sus observaciones pudieran llegar hasta en los puntos más neurálgicos de la solicitud, como es el de cuestionar fechas, domicilios, existencia de bienes, y todo aquello que pudiera ser un factor determinante en impedir el divorcio. De cualquier forma, se trata simplemente del Estado impidiendo un posible fraude, y preservando la institución familiar.

50. RENGEL ROMBERG, A. obra citada, Tomo II, pp. 110.

51. Es bien conocido en el foro judicial venezolano, que ambos cónyuges concurren al Tribunal en forma voluntaria y conjunta, a presentar la solicitud de divorcio, ahorrándose con ello la práctica en una de las citaciones. Dicha práctica nos genera dudas sobre la veracidad de la ruptura entre ambos cónyuges, pero en ese caso correspondería al Fiscal del Ministerio Público hacer los señalamientos al respecto.

Independientemente del desenlace entre una oposición efectuada por el cónyuge, o el realizado por el Ministerio Público, la conversión a un proceso contencioso se da de manera diferida, pues queda reservada la posibilidad en que uno de los cónyuges demande el divorcio bajo la causal 2 del artículo 185 del Código Civil. Dicha causal se subsume de manera exclusiva a esta pretensión, pues ha quedado el precedente del proceso voluntario basado en la separación de hecho. Es precisamente en los procesos contenciosos, donde el fiscal reduce su protagonismo, pero no deja de prestar su función principal.

“Para PRIETO CASTRO, el Ministerio Fiscal ha de ser oído en la jurisdicción voluntaria en calidad de órgano informante o como parte, según los casos. El Ministerio Fiscal sería parte cuando actúa en defensa de los intereses de aquellas personas que no pueden hacerlo por sí mismos.” 52

Otro buen ejemplo también lo tenemos en la pretensión de Oferta Real, contemplada en el artículo 819 del Código de Procedimiento Civil, y 1.306 del Código Civil Venezolano. El proceso es una clara posición de carácter obligacional, en el que tenemos por un lado al solicitante (oferente) quien es deudor de una obligación, y a un acreedor (oferido). El procedimiento comienza con la manifestación de voluntad del deudor en ofrecer el pago de su obligación al acreedor, para obtener así su liberación, luego, el Tribunal procede a trasladarse en compañía del oferente al lugar de pago, y a exponer al oferido el motivo de su misión, es aquí donde el proceso voluntario corre con el destino de sufrir la conversión, el acreedor tiene la opción de aceptar el pago y concluir el proceso, o la de oponerse al recibo de la misma para dar una lugar a una verdadera contienda judicial, exponiendo de manera fundada los motivos de su rechazo en la oportunidad procesal correspondiente, padeciendo el proceso la conversión contenciosa que hemos llamado de acumulada. 53

52. PRIETO CASTRO F., contribución dogmática del Ministerio Fiscal, en “Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal”, Madrid, 1964, pp. 3 y siguientes, citado por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “La Jurisdicción Voluntaria”, Primera Edición, 2001, pp. 42.

53. Los nombres que aquí se mencionan a determinado tipo de situaciones procesales, no son más que apelativos que nos tomamos la molestia en hacer como referencia y de fácil ubicación, a los espacios de incertidumbre que en el presente trabajo intentan ser explicados.

En el mismo orden de ideas, están las pretensiones de Deslinde de Propiedades Contiguas, contemplada en los artículos 720 del Código de Procedimiento Civil, y el 186, 197 y 252 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. El procedimiento comienza con la solicitud de un sujeto que pretende demarcar los límites de su propiedad, luego, el Tribunal cita a las personas (normalmente ya señaladas de manera previa por el solicitante en su escrito) que pudieran ser afectadas por la demarcación, y habiéndose fijado el día para la práctica del deslinde, el Tribunal, con el auxilio de prácticos designados al caso, procederá a señalar las demarcaciones del inmueble. Si la parte emplazada no acepta lo indicado por el Tribunal, y por el contrario, se opone a la solicitud, la condición del lindero fijado será provisional, y los autos pasarán en manos del Juez de Primera Instancia, sustanciándose el proceso por las reglas del procedimiento ordinario, en la fase de promoción de pruebas.

En el caso explicado anteriormente, el proceso sufre la conversión contenciosa que hemos llamado anteriormente de acumulada, pero con la particularidad de que los hechos quedaron trabados durante la práctica del deslinde provisional, dejando solo reservada a las partes la oportunidad de probar los alegatos que sustentan la pretensión tanto del solicitante como de la parte emplazada.

En materia mercantil, los procesos en jurisdicción voluntaria también consiguen su espacio, dos de ellos se circunscriben en materia de impugnaciones societarias, tema al que la doctrina se ha encargado de estudiar con sumo nivel de detalles 54. En el caso de Venezuela, el artículo 290 del Código de Comercio nos dice:

“Artículo 290. A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas condiciones, y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir sobre el asunto.

54. Recomendamos ampliamente los trabajos de IGNACIO ZERPA L. y ANGEL BRICEÑO R. sobre “La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la Sociedad Anónima” y “De las Irregularidades Administrativas en las Sociedades Mercantiles” respectivamente.

La acción que da este artículo dura quince días, a contar de la fecha en que se dé la decisión.

Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 280 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282, en que se procederá como él dispone”.

Como es de observar, las oposiciones a las que aquí hace mención la norma, son a las realizadas en el seno de la Asamblea de una sociedad de comercio. El principal meollo del asunto viene dado sobre la correcta determinación y trascendencia de las decisiones que son objeto de impugnación, pues identificar la contrariedad o amenaza contra sus estatutos, o de la propia Ley, deberá ser objeto de un buen desarrollo argumentativo que en ningún momento represente obstáculo a la buena marcha de la actividad comercial.

Existen discusiones a nivel doctrinario e incluso jurisprudencial ⁵⁵, si la pretensión contemplada en la norma *in comento*, no es más que una medida cautelar anticipada, o si por el contrario se trata de una pretensión autónoma (excluida del régimen de jurisdicción voluntaria) que puede desplegar el dictamen de alguna providencia cautelar por parte del Juez de comercio, pues siendo así, el procedimiento de oposición a las Asambleas sería más extensivo.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del entonces magistrado ALIRIO ABREU BURELLI (Exp. N° 98-114. 10 de agosto de 1999), dictaminó lo siguiente:

“...Debe observarse que en aquella decisión del 8 de junio de 1997, esta Sala, entre otros aspectos, señaló lo siguiente:

En este procedimiento el accionante busca, mediante declaración judicial, dejar sin efecto la decisión objeto de impugnación, para que en caso de ser acogida la pretensión, una asamblea (no un Tribunal) actuando como órgano de la sociedad y convocada al efecto por orden del Tribunal, resuelva

55. Ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC-01236-201004-031028%20.htm>

nuevamente sobre el objeto de la convocatoria dando cumplimiento a los estatutos y a la Ley...omissis...

Por esta razón es que el Juez de Comercio tiene limitadas sus atribuciones dentro de las sociedades, y en ningún caso puede, mediante una decisión cautelar ni aun definitiva, en un procedimiento de nulidad de asamblea o por irregularidades en la administración, suplir las funciones de la asamblea, como órgano encargado de discutir, aprobar o modificar el balance que presenten los administradores y de removerlos y designarlos, entre otras.

Debe recordarse que tanto el procedimiento de oposición a las asambleas y de irregularidades en la administración, previstos en los artículos 290 y 291 del Código de Comercio, no son propiamente procedimientos contenciosos, y su trámite se desarrolla con arreglo a las disposiciones del procedimiento de la Jurisdicción Voluntaria, previsto en los artículos 895 al 902 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo tanto, estos procedimientos, al no ser contenciosos, no suponen una ejecución posterior a la fase cognoscitiva, por lo que tampoco se puede sostener en ellos, la presunción grave de que quede ilusoria la ejecución del fallo (fumus periculum in mora) pues aquélla no puede tener lugar. En otras palabras, para decretar una medida preventiva con fundamento en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, el Juez debe verificar, entre otros requisitos, la presunción grave de que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo; los procedimientos no contenciosos no comportan ejecución; por tanto, no se puede decretar una medida preventiva que asegure la ejecución de un procedimiento que no tiene ejecución. En tal virtud, al no ser los procedimientos previstos en los artículos 290 y 291 del Código de Comercio de naturaleza contenciosa, no admiten medidas cautelares con arreglo a lo dispuesto en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, distinta es la situación que se presenta con ocasión de un juicio contencioso, pues aun para los casos de pretensiones merodeclarativas o constitutivas, el Juez puede asegurar la eficacia jurídica del proceso y de la eventual sentencia que habrá de dictar, y para ello, a solicitud de parte, podrá dictar las medidas preventivas que estime convenientes. Este es precisamente el marco dentro del cual se dictó la medida cautelar cuestionada con el presente procedimiento, es decir, un procedimiento contencioso..."

Dicho criterio fue posteriormente ratificado por la misma Sala, con ponencia del magistrado ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ (Exp. N° 2003-001028, 20 de octubre de 2004), a diferencia que para aquel entonces fue en cierta forma modernizada su argumentación conceptual (tal vez por el influjo de la Constitución Nacional del año 1999),

de manera que en esta clase de pretensiones, las instituciones procesales fueron definidas con mayor propósito a su uso.

“Sobre este particular, la Sala sostiene que en los procedimientos de impugnación de asamblea, calificados por el código procesal como de jurisdicción voluntaria, por no ser de naturaleza contenciosa, al interponerse oposición o aparecer cualquier otro tipo de controversia, al juzgador no le queda otra alternativa que desestimar dicha la solicitud misma e indicar a los intervinientes que la controversia entre ellos debe resolverse por el procedimiento ordinario, si el asunto controvertido no tiene pautado un procedimiento especial.

En cuanto a este tipo de decisiones, esta Sala en sentencia N° 35, de fecha 14 de marzo de 2000, caso Emil Grasho Tasub contra Ingeniería Cháveéz (sic) Mora (Inchamo) C.A, expediente N° 99-803, estableció lo siguiente:

(...) a) El procedimiento consagrado en el artículo 290 del Código de Comercio, no constituye un juicio, por no tratarse de un conflicto intersubjetivo de intereses que debe ser resuelto por un juez;

b) Las decisiones de la asamblea afectadas de nulidad absoluta, no pueden ser sanadas por vía de confirmación de la segunda asamblea que ordene convocar el juez que conozca del procedimiento; y

c) Se prevé la posibilidad de intentar una acción ordinaria de nulidad para que se aclare (sic) en juicio la invalidez del acto.

Tal como lo ha señalado la doctrina de la Corte, la norma contemplada en el artículo 290 del Código de Comercio otorga facultad al juez de comercio, de suspender o no la ejecución de la decisión de la Asamblea impugnada; y, de considerar procedente la suspensión de la ejecución de la decisión, deberá ordenar que se convoque una segunda asamblea, a fin de que se decida sobre el asunto planteado, ya sea que se decida dejar sin efecto la resolución viciada, o bien sea el criterio de confirmarla, caso éste último, en el cual la decisión reclamada, por expresa disposición legal, será obligatoria para todos los socios, aunque haya adolecido de nulidad relativa, ya que el defecto no podría ser alegado posteriormente, por haber sido saneado por la voluntad confirmatoria del ente social.

A la luz de esta doctrina la Sala de Casación Civil, que una vez más se reitera, el procedimiento de oposición contemplado en el artículo 290 del Código de Comercio no tiene en rigor un carácter contencioso, sino, meramente precautelativo, de naturaleza simplemente administrativa, y, por tal razón, tales procedimientos no gozan de la naturaleza de una sentencia susceptible de ser recurrida en casación y así se decide (...)

En aplicación a la jurisprudencia antes transcrita, el presente procedimiento de oposición y suspensión de asamblea fundamentado en el artículo 290 del

Código de Comercio, por no ser de naturaleza contenciosa, no goza del recurso extraordinario de casación, pues, no se encuentra previsto en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil”.

El fuerte grado de participación conflictiva con el que la referida pretensión tiene su influjo en la jurisdicción voluntaria, ha hecho que el legislador venezolano prohíba por completo todas aquellas instituciones procesales de carácter extraordinario (tales como el recurso de Casación, o el de Nulidad), no solo para evitar la extensión innecesaria del juicio, sino incluso por resguardar la buena marcha de la actividad comercial de la sociedad. Tal vez por eso el Código de Comercio Venezolano contemple esta actividad procesal en el seno de su normativa sustantiva.

Siguiendo con el análisis, la segunda pretensión en jurisdicción voluntaria que parece tener más bagaje y alcance procesal, es la impugnación por irregularidades en la administración de la sociedad mercantil. Esta pretensión, por la manera en como manifiesta la tutela al solicitante, resguarda algo más que una simple situación jurídica, pues su accionar es completamente asimilable a los llamados “juicios pronósticos” que hace mención MICHELE TARUFFO.⁵⁶

“Artículo 291 del Código de Comercio. Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, un número de socios que represente la quinta parte del capital social podrá denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden.

El Tribunal, si encontrare comprobada la urgencia de proveer antes de que se reúna la asamblea, podrá ordenar, luego de oídos los administradores y comisarios, la inspección de los libros de la compañía, nombrando a este efecto, a costa de los reclamantes, uno o más comisarios, y determinado la caución que aquéllos han de prestar por los gastos que se originen de tales diligencias.

56. TARUFFO M. “Sobre las Fronteras, Escritos sobre la justicia civil”. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2006, pp. 303.

El informe de los comisarios se consignará en la Secretaría del Tribunal.

Cuando no resulte ningún indicio de la verdad de las denuncias, así lo declarará el Tribunal, con lo cual terminará el procedimiento. En caso contrario, acordará la convocación inmediata de la asamblea. Contra estas providencias no se oirá apelación sino en un solo efecto”.

La referida norma no solo describe una situación fáctica, sino que de llegar a comprobarse las denuncias a las que expone el solicitante, procede a normar al Juez, con un pequeño margen de discrecionalidad, su deber en proveer lo que fuere necesario para impedir que la irregularidad siga extendiéndose sobre la actividad comercial. Lo más curioso, es que la jurisprudencia se ha encargado de recalcar el carácter cautelar que tiene este procedimiento, haciendo salvedad de la imposibilidad en hacer uso de recursos extraordinarios.

“...La norma antes transcrita contempla el recurso contra los administradores y comisarios por fundadas sospechas de graves irregularidades, o falta de vigilancia, en el cumplimiento de sus deberes, no obstante cual graves sean las irregularidades comprobadas, el efecto legal de este procedimiento es el de convocar una nueva asamblea para que sea ésta quien decida en definitiva.

En el conflicto de intereses suscitado en este procedimiento, la solución no queda a cargo del Juez u órgano jurisdiccional, sino que por expreso mandato legal, artículo 291 del Código de Comercio, es a la propia sociedad, por intermedio de su voluntad soberana expresada en la asamblea, quien decide, con carácter obligatorio para todos los socios.

En consecuencia, el procedimiento en el cual fue dictada la sentencia recurrida, no constituye un juicio, sino más bien un procedimiento cautelar sumario creado para proteger el interés de los accionistas y la integridad de la Ley; por lo que al no decidir y dejar la solución del conflicto de intereses que le dio origen, a la asamblea de la sociedad, contra dicho fallo no opera el recurso extraordinario de casación, ya que es indispensable para que éste se produzca que la decisión recurrida haya sido dictada en un verdadero juicio, y solamente constituyen juicio, las controversias judiciales suscitadas por conflicto intersubjetivos de intereses que el órgano jurisdiccional debe resolver por sentencia, previa sustanciación de la causa a través de las formas procesales previstas en la Ley. (sentencia del 26/11/1969. Sala Civil)

Por la razones expuestas, esta Sala de Casación Civil, declara Sin Lugar, el Recurso de Hecho propuesto por la apoderada judicial de la parte co-demandada, y en consecuencia inadmisibile el Recurso de Casación , y así se declara". (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 26-09-1990).

A lo que se limita el Juez en el recurso del Art. 291 del C. Co.

... "El presente procedimiento trata sobre denuncias de irregularidades en la administración de una sociedad mercantil, en donde la parte interesada persigue que se constate de manera fidedigna su existencia. En este sentido, el artículo 291 del Código de Comercio establece que este recurso procede tan sólo... Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y de los comisarios.

Aquí la intervención de la autoridad judicial se limita a ordenar una inspección en los libros de la compañía, y si después de efectuada ésta se encontraren indicios de las irregularidades denunciadas, se limitará a ordenar la convocatoria ordinaria de la Asamblea de Accionistas de la Compañía, para que sea ésta la que resuelve en definitiva, de acuerdo con sus propios intereses. Caso contrario, si no resulta ningún indicio de la verdad de las denuncias, terminará el procedimiento.

Como se aprecia, este procedimiento trata de una jurisdicción voluntaria que Borjas la define como aquellos mediante los cuales provee la autoridad judicial a la solicitud del postulante, sin perjuicio de los derechos con o sin citación o notificación previa de otras partes interesadas, pero sin que en el caso del llamamiento de otras personas, llegue a haber contención o controversia alguna, pues cada vez que en la expresada hipótesis, puede hacerse oposición legítima a la pretensión del postulante, el asunto deja de ser de jurisdicción graciosa, para convertirse en contencioso.

"...A mayor abundamiento y a los fines de fijar las características de la jurisdicción voluntaria, el comentarista Ricardo Henríquez La Roche establece lo siguiente:

La diferencia fundamental entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa, estriba antes que en la forma (procedimientos) o el contenido (existencia del conflicto), en la función. Ciertamente, en la jurisdicción voluntaria la función es meramente preventiva: en la contenciosa la función es dirimitoria con eficacia de irrevisabilidad, esto es, de cosa juzgada con fuerza de ley (coercibilidad). En la jurisdicción voluntaria habrá (como lo declara el artículo 899) demanda en forma y la posibilidad de oír a veces con finalidad informativa, aún los interesados en sentido contrario (artículo 900); pero con todo y poder haber, eventualmente pluralidad de intereses y contraposición de éstos, no habrá contradictorio (sub-nomine juris), pues no reconocerá o se concederá nada a nadie a costa o desmedro de otro (...). (Cfr. Ricardo

Henríquez La Roche, “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil”, pp. 528)

La finalidad de la jurisdicción voluntaria no es la de garantizar estrictamente la observancia del derecho, sino la de atender, dentro de los límites que el derecho establece, aquellos intereses privados, “a los cuales se refiere la relación o situación jurídica que la intervención de la autoridad judicial sirva constituir o modificar”.

Partiendo de la naturaleza y características reconocidas por la doctrina a la jurisdicción voluntaria y a los fines de resolver el asunto planteado ante esta Sala, cabe traer a colación la doctrina sentada por este Alto Tribunal, en sentencia del 10 de agosto de 1989, que de nuevo reitera (...). (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ponente: Dr. José Bonnemaison W. Exp. N° 95-427. Sentencia del 01-10-1998).

De lo extraído en ambos procesos mercantiles en jurisdicción voluntaria, es que la oposición realizada por las posibles partes intervinientes, solo van dirigidas a enervar alegatos que impidan el accionar del Juez sobre la supuesta situación jurídica alegada por el solicitante.

En materia de familia, los procesos de jurisdicción voluntaria convergen en buena armonía con los procesos de jurisdicción voluntaria, al punto de tener que lidiar en buena parte de estos procesos, de un alto grado de conflictividad entre la presencia real de partes. A los efectos de la patria potestad, y la filiación, los efectos declarativos de las sentencias carecen de muy poca consideración práctica, pues evidentemente en una conllevan aspectos de carácter sucesorio, y en otros reviste más una obligación de hacer por parte del progenitor, quien brindará el cuidado del niño.

El régimen de convivencia presenta mayor complejidad dentro del esquema procedimental, pues genera una constante vigilancia a la que muchas veces el Tribunal se debe en auxilio de otras entidades, tales como Consejos Multidisciplinarios, Consejos de Protección, entre otros.

57. Ver artículos 511, 513 y 517 de la Ley Orgánica del Niño, Niña y Adolescente.

Dentro de este renglón, vale la pena hacer mención del interesante trabajo publicado por MARÍA CANDELARIA DOMINGUEZ, denominado “La Convivencia Familiar”. Dicha autora, haciendo mención sobre este punto, afirma lo siguiente:

“Se aclara que la ejecución de la sentencia es de tracto sucesivo porque no se agota en un solo acto. Algunos decretos de ejecución forzosa ordenan oficiar a la Comandancia de Policía del Estado a los fines de requerirle asignación de varios funcionarios de conformidad con lo pautado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, así como el equipo Multidisciplinario del correspondiente Circuito Judicial a objeto de que esté presente el día y hora del acto de ejecución conjuntamente con el Tribunal. En sentido semejante, se aprecia a los fines de su ejecución forzosa otra decisión que comisiona suficientemente al Equipo Multidisciplinario realizar un informe de todo lo actuado con la urgencia del caso. También se observa decisión que en fase de ejecución refiere la necesidad de una terapia familiar.” 58

Como es de apreciar, la conversión es un fenómeno que se encuentra presente en algunos procesos de jurisdicción voluntaria, pues en unos parece ser tajante en cambiar y ampliar por completo la naturaleza de las pretensiones, y en otros simplemente juega un papel incidental que solo pretende enervar alegatos del solicitante.

De cualquier forma, independientemente del tipo de situación que haya sido generada como producto de la oposición, el precedente que ella deja es un elemento muy importante en el que a primera vista, pareciera asomar la verdadera intención del solicitante que por algún proceso diferido (demanda), intentará buscar el aval de su pretensión mediante sentencia declaratoria. Por los momentos, es difícil comprobar el interés sustancial que subyace en el proceso de jurisdicción voluntaria, pues la determinación de los hechos es muy breve, e incluso puede llegar a ser muy específica sobre algún punto en particular, pero la oposición nos da la noción de completar ese panorama fáctico, al que poco a poco irá armando las piezas, como si de un enorme rompecabezas nos estuviésemos enfrentando.

58. DOMINGUEZ, M. “La Convivencia Familiar”, Ediciones Paredes, 2012, pp. 186 y 187.

En un trabajo de tesis de TOMÁS GÜITE ANDRADE ⁵⁹, nos hace referencia al proceso de conversión contenciosa, como producto de la oposición hecha en los procedimientos de Rectificación de Partidas (tanto en sede civil ordinaria como en sede de familia), y al respecto nos comenta que a pesar de que la norma procesal concibe el llamado a terceros interesados en la causa (mediante publicación por carteles en prensa, de conformidad con el artículo 770 del Código de Procedimiento Civil), el Tribunal busca con ello tutelar a los interesados en la rectificación, pues todo cambio que está por generarse en la rectificación, sin duda alguna pudiera afectar la relación jurídica (sea personal o contractual) con el solicitante.

El referido autor hace una apreciación sobre el alcance de los terceros llamados por la publicación en prensa, en el que a falta de norma expresa que regule los trámites de su publicación y consignación al expediente, el artículo 231 del Código de Procedimiento Civil se hace más compatible al llamado, por cuanto se trata de terceros desconocidos que pueden ver afectados sus derechos y de los cuales no se conoce su domicilio o residencia, quienes de conformidad con la referida norma, deberán comparecer a darse por citados, en un término no menor de sesenta días continuos, ni mayor de ciento veinte días continuos, siendo que el término exacto lo deberá determinar discrecionalmente el juez tomando en cuenta las circunstancias. A pesar de lo acertado del comentario por el aludido autor, amparar el procedimiento con la norma indicada, atentaría enormemente a los principios de brevedad en el proceso.

Al mismo tiempo nos indica que cualquier tercero interesado, podrá oponerse a la solicitud de rectificación o al cambio solicitado, sin necesidad de exponer los motivos en los que fundamentan dicha oposición, ya que el sólo hecho de manifestar su disconformidad con lo pretendido por el solicitante, traerá como consecuencia, que dicha causa sea remitida al Juez de Primera Instancia en lo Civil y tramitada a través de un

59. GÜITE, T. "El Procedimiento de Rectificación de Partidas y Nuevos Actos del Estado Civil", Trabajo de tesis de la UCV, 2012.

procedimiento distinto al pautado en los artículos 768 al 774 del Código de Procedimiento Civil. A pesar de que en principio el trámite se rige por el procedimiento sumario, tomando en cuenta lo reducido de los lapsos y términos que lo regulan, señala el autor, que deberá tramitarse en lo sucesivo a las disposiciones legales que rigen el procedimiento ordinario, establecido en los artículos 338 y siguientes del mencionado código adjetivo, caso en el cual la oposición formulada, se tomará como la contestación a la demanda.

Fuera de las fronteras de Venezuela, la legislación procesal en otros países regula de similar forma los procesos de jurisdicción voluntaria, aunque con ciertas particularidades que hacen pertinente la oportunidad en analizar.

En Colombia, el Código de Procedimiento Civil (cuyas modificaciones normativas fueron originándose a través de los Decretos 1400 y 2019), fue estructurando los procesos de jurisdicción voluntaria de manera bastante concentrada en un solo cuerpo normativo, en el que incluso muchos procedimientos que comúnmente son reglamentados en normas especiales, se concentraron en la norma procesal civil, algo que más o menos ocurrió con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil Venezolano, con la sola excepción en que muchas de sus prerrogativas fueron dispersándose en otros cuerpos normativos.

Un ejemplo de similitud normativa con el ordenamiento procesal venezolano, es el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, cuyo par al Venezolano, es el artículo 631.

“Artículo 295 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. Reconocimiento espontáneo de documentos. El reconocimiento de un documento privado puede hacerse ante juez o notario, con la debida identificación del otorgante.

La respectiva atestación se pondrá en el documento, suscrita por el funcionario que dé fe del acto, quien sellará y rubricará todas las hojas de aquél, y por el otorgante”.

“Artículo 631 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. Para preparar la vía ejecutiva puede pedir el acreedor, ante cualquier Juez del domicilio del deudor o del lugar donde se encuentre éste, el reconocimiento de su firma extendida en instrumento privado, y el Juez le ordenará que declare sobre la petición.

La resistencia del deudor a contestar afirmativamente o negativamente dará fuerza ejecutiva al instrumento. También producirá el mismo efecto la falta de comparecencia del deudor a la citación que con tal objeto se le haga; y en dicha citación deberá especificarse circunstanciadamente el instrumento sobre que verse el reconocimiento.

Si el instrumento no fuere reconocido, podrá el acreedor usar de su derecho en juicio.

Si fuere tachado de falso, se seguirá el juicio correspondiente si el Tribunal fuere competente, y de no serlo, se pasarán los autos al que lo sea”.

Otra gran similitud normativa en lo que respecta a las pruebas anticipadas, es el referente a la prueba testimonial y de inspección extrajudicial, en donde el artículo 298 y 300 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, guarda la misma esencia que el artículo 936 y 938 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

“Artículo 298 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. Modificado por Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Numeral 129. Testimonio para fines judiciales. Con el fin de allegarlos a un proceso, podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas, con citación de la parte contraria en la forma prevista en el artículo 318 y en los numerales 1., 2. y 3. del 320.

La solicitud deberá formularse ante el juez de la residencia del testigo, y el peticionario expresará bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e informará el lugar donde puede citarse a la persona contra quien pretende hacer valer la prueba.

Cuando el peticionario manifieste también bajo juramento prestado de igual manera, que ignora dónde puede citarse a la presunta contraparte, se aplicará el artículo 318.

El juez rechazará de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales, cuando la solicitud no cumpla los requisitos exigidos en los incisos anteriores.

Los testimonio que se reciban con violación de este artículo no podrán ser apreciados por el juez”.

“Artículo 936 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. Cualquier Juez Civil es competente para instruir las justificaciones y diligencias dirigidas a la comprobación de algún hecho o algún derecho propio del interesado en ellas. El procedimiento se reducirá a acordar, el mismo día en que se promuevan, lo necesario para practicarlas; concluidas, se entregarán al solicitante sin decreto alguno”.

“Artículo 300 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 131. Inspecciones judiciales y peritaciones. Con citación de la presunta contraparte o sin ella, podrá pedirse como prueba anticipada la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, cuando exista fundado temor de que el transcurso del tiempo pueda alterar su situación o dificultar su reconocimiento.

Podrá pedirse dictamen de peritos, con o sin inspección judicial, siempre que se cite para ello a la persona contra quien se pretende hacer valer esa prueba.

La petición se formulará ante el juez del lugar donde debe practicarse”.

“Artículo 938 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. Si la diligencia que hubiere de practicarse tuviere por objeto poner constancia del estado de las cosas antes de que desaparezcan señales o marcas que pudieran intentar a las partes, la inspección ocular que se acuerde se efectuará con asistencia de prácticos; pero no se extenderá a opiniones sobre las causas del estrago o sobre puntos que requieran conocimiento periciales”.

Dada esta introducción como base comparativa, la normativa procesal colombiana en nada rige el tema incidental de las oposiciones, llegando incluso a referirse a ellas (sin reserva alguna) como demandas judiciales. Esto sin duda alguna genera ciertos desatinos de orden etimológico, al que para poder entender de una mejor forma, vale la pena realizar ciertas observaciones.

“Artículo 649 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. Asuntos sujetos a su trámite. Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos:

1. La licencia que soliciten el padre o madre de familia o los guardadores para enajenar o gravar bienes de sus representados, o para realizar otros actos que interesen a éstos, en los casos en que el Código Civil u otras leyes la exijan.
2. Derogado. Ley 27 de 1977.
3. La licencia para la emancipación voluntaria.
4. La designación de guardador, cuando no corresponda a los jueces de menores.
5. La declaración de ausencia.
6. La declaración de muerte presuntiva por desaparecimiento.
7. La interdicción del demente o sordomudo y su rehabilitación.
8. Derogado. Ley 27 de 1977.
9. La autorización requerida en caso de adopción, cuando no corresponda a los jueces de menores.
10. La insinuación para donaciones entre vivos.
11. La corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o del nombre, o anotación del seudónimo en actas o folios de registro de aquél, según el decreto 1260 de 1970.
12. Cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga señalado trámite diferente”.

“Artículo 650 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. Demanda. La demanda deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 75 y 76, con exclusión de los que se refieren al demandado o sus representantes. A ella se acompañarán los anexos y pruebas previstos en los numerales 1., 2. y 6. del artículo 77, y los necesarios para acreditar el interés del demandante.

Podrá retirarse la demanda mientras no se hayan efectuado, las citaciones ordenadas en el auto que la admita, y reformarse con observancia de lo dispuesto en los numerales 2. y 3. del artículo 89, antes de la notificación del auto que decreta pruebas. Aceptada la reforma continuará el proceso, sin que

sea necesario repetir las citaciones y publicaciones que antes de ella se efectuaron”.

La normativa procesal colombiana, parece ser bastante densa con respecto al cobijo que da sobre todas aquellas pretensiones que son susceptibles de trámite en jurisdicción voluntaria. No obstante, referirse a ellas como demandas y no como solicitudes, tampoco debería lucir como algo que genere enormes consecuencias, pues recordemos que el artículo 899 del Código de Procedimiento Civil Venezolano, hace referencia a los requisitos que debe contener el escrito de solicitud, cuya exigencia la remite inmediatamente a la exigida para la presentación de demandas (artículo 340 de la aludida norma).

En lo que respecta al trámite procedimental, en un intento de uniformar el proceso, el Código de Procedimiento Civil Colombiano pone en cabeza del Juez un buen número de facultades de orden inquisitivo, pues le da la posibilidad de emplazar las personas que él considere interesadas al proceso en jurisdicción voluntaria, proveer de pruebas que él considere pertinentes, y fijar el modo en cómo serán evacuadas.

“Artículo 651 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. Procedimiento. Para el trámite del proceso se aplicarán las siguientes reglas:

1. Caso de reunir los requisitos legales, el juez admitirá la demanda, ordenará las citaciones y publicaciones a que hubiere lugar, decretará las pruebas pedidas en ella y las que de oficio considere convenientes, y señalará el término de quince días para practicarlas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 110. Sin embargo, cuando deban hacerse citaciones por edicto, dicho señalamiento se hará una vez cumplido tal requisito.

El juez, de oficio o a petición de parte, podrá prorrogar el término para practicar pruebas hasta por diez días.

2. En los asuntos de que tratan los numerales 1. a 9. del artículo 649, o en cualquier otro en que lo ordenen leyes especiales, el auto admisorio se notificará al agente del ministerio público en la forma prevista en el artículo 87, a fin de que intervengan como parte, para lo cual deberá acompañarse a la demanda copia de ella en papel común. Dicho funcionario podrá pedir pruebas dentro de los tres días siguientes a su notificación, las que se decretarán y practicarán en el término indicado en el numeral anterior.

3. En materia de incidentes se aplicará lo dispuesto en (los numerales 1. y 2. del artículo 446).

4. Expirado el término probatorio, se dictará sentencia dentro de los diez días siguientes.

5. Las apelaciones de autos interlocutorios se sujetarán a lo dispuesto en el (artículo 407)°.

6. Cuando a causa de la sentencia se requiera posterior intervención del juez, éste dispondrá lo que estime conveniente, para un rápido y eficaz cumplimiento.

** Artículo 443, numerales 1. y 2.*

° Artículo 354, numeral 1.

Nuevamente, esto tampoco debería generar asombro en lo que respecta a la legislación procesal civil venezolana, pues el artículo 900 del Código de Procedimiento Civil Venezolano enmarca esas facultades sobre el Juez, con la especial salvedad de que este provea cualquier medio probatorio de oficio.

“Artículo 900 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. Si a juicio del Juez hubiere algún tercero interesado en la solicitud, ordenará que se le cite en la forma ordinaria para que comparezca en el segundo día siguiente a exponer lo que crea conducente, pero en ningún caso habrá lugar a la designación de defensor judicial.

Al admitir la solicitud si no hubiere tercero interesado, o pasada que sea la oportunidad para la comparecencia de este, el Juez podrá oponer la apertura de una articulación probatoria por el lapso que él determine, a fin de que se evacuen las pruebas pertinentes”.

A pesar de que en ningún artículo del Código de Procedimiento Civil Colombiano, se contempla la posibilidad de poder hacer oposición a las solicitudes presentadas, creemos que tal institución procesal se halla inmersa en el acto formal de contestación a la demanda, pues del análisis normativo arriba realizado, el acto de emplazar a un tercero obedece a una necesidad de advertir la contención en el negocio jurídico requerido.

En la legislación procesal brasilera ocurre también lo mismo que la colombiana, pero con un articulado mucho más sencillo y expedito, en el que incluso, vale la pena destacar, hace remisión a que cualquier pretensión que no contemple un procedimiento especial, se regirá por las disposiciones de jurisdicción voluntaria, algo de lo que increíblemente ocurre todo lo contrario en Venezuela, pues el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil establece que dicho vacío remite directamente al procedimiento ordinario.

“Artículo 1.103 do Código de Processo Civil. Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem a jurisdição voluntária as disposições constantes deste Capítulo.

Artículo 1.104 do Código de Processo Civil. O procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhes formular o pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

Artículo 1.105 do Código de Processo Civil. Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público.

Artículo 1.106 do Código de Processo Civil. O prazo para responder é de 10 (dez) dias.

Artículo 1.107 do Código de Processo Civil. Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.

Artículo 1.108 do Código de Processo Civil. A Fazenda Pública será sempre ouvida nos casos em que tiver interesse.

Artículo 1.109 do Código de Processo Civil. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

En sentido contrario avanzó España, donde la problemática de la ubicación teórica de los procesos voluntarios, puede apreciarse cada vez que se proyectan reformas profundas y sistemáticas en el ordenamiento procesal o incluso en la propia administración de justicia.

Teniendo en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil, del 7 enero del 2000, no previó el proceso voluntario, incluyó una disposición transitoria final que estableció el deber de elaborar una Ley especial sobre el tema de los procesos voluntarios. Es por esta razón, que la Ley de Enjuiciamiento Civil optó por sustraer del contenido de la Ley procesal la materia relativa a la jurisdicción voluntaria, remitiéndola a una Ley autónoma sin que invoque principios básicos en los que debiera sustentarse. 60

Sobre este proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, la proyección de la nueva regulación de los procesos voluntarios ha sido postergada, siendo de los pocos aspectos que han quedado sin sistematizar luego de haber quedado vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

Muchos han sido los temas discutidos en el proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, en donde incluso se pretende deslindar las competencias para cada materia, lo que sin duda alguna nos da una primera referencia en categorizar a modo de lista, las pretensiones que son pertenecientes a cada área. Este fenómeno ocurre en Venezuela, tal vez de manera inconsistente, por la disparidad de normas que quedan sometidas a un régimen sumario carente de procedimiento, y en donde el Juez sigue ostentando un alto poder discrecional, algo de lo que lamentablemente la práctica no ha dejado experiencias gratas. No obstante, en Venezuela, la Ley de Registro Público y Notariado del año 2006 (publicada en Gaceta Oficial N° 5.833), se ha encargó de descongestionar en gran medida a los Tribunales Civiles, de estas actividades (sobre todo en el ámbito Civil y Mercantil), algo que deja todavía en misterio el asunto de las oposiciones, a las solicitudes en este tipo de instancias administrativas.

Por los momentos, España sigue siendo centro de atención, para que podamos observar la experiencia que traerá la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, de cuyas noticias se tiene hasta los momentos, que podría entrar en vigencia los próximos años 61.

60. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "La reforma de la jurisdicción voluntaria y la atención a las situaciones de incapacidad, dependencia y vulnerabilidad", Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor. Mariano R. Brito, FCU, Montevideo, 2008, pp. 1014-1015.

61. ver <http://pildoraslegales.com/2014/08/03/la-nueva-ley-de-jurisdiccion-voluntaria/>

2.3 La contestación formal a la demanda, luego de realizada la oposición a la solicitud en Jurisdicción Voluntaria

La contestación a la demanda es una de las instituciones procesales que mayor análisis ha hecho la doctrina procesal. Su alcance y naturaleza trascienden de muchas formas el desarrollo del proceso, y no con ello, se le tiene como la etapa en la cual los hechos invocados por las partes quedan trabados.

En palabras muy sencillas, en todo proceso regido por el principio dispositivo, sobre las partes pesa la facultad y el deber de alegar los hechos que consideran ajustados al amparo de las normas que estos invocan. Es por ello, que entrando al marco de la jurisdicción voluntaria, el interesado que de una u otra forma se haga parte en el proceso (bien por el emplazamiento hecho por el Tribunal o por voluntad propia), manifiesta a través del acto de contestación a la demanda (o solicitud para la jurisdicción voluntaria) los hechos y razones de su inconformidad a lo pretendido por el demandante (o solicitante para la jurisdicción voluntaria).

Sin que pretendamos deslindar la contenciosidad que pueda darse en los procesos voluntarios, a los que ordinariamente se generan con la simple presentación de la demanda, encontramos pertinente analizar que la conversión de los procesos voluntarios, tienen ciertas particularidades en cuanto a los alegatos realizados por el emplazado o interviniente emplazado.

En primer lugar, y en un sentido sustantivo, los hechos invocados tienden a ser de origen causal, razón por la cual se hacen extensivos a los que simplemente alega el solicitante. Esto le da una particularidad que en cierto modo limita el derecho a la defensa del solicitante, pues el alegato de este último es de carácter específico y concreto sobre el negocio jurídico del cual pretende la tutela del Tribunal.

Como ejemplo tenemos las pretensiones de divorcio de carácter voluntario, en donde la sola exposición de un hecho en concreto exigido por la ley, basta para ser digno de procedencia por el Tribunal; o bien podemos observar las pretensiones de oferta real de pago, cuya única intención está en satisfacer una deuda al acreedor.

Estas consideraciones son hechas a la luz de la doctrina, cuya ciencia ha sido grandiosamente estudiada por autores patrios como RENGEL ROMBERG, LUIS LORETO, HUMBERTO CUENCA, entre muchos otros, citando como ilustración lo aquí reflexionado.

Sin embargo, autores extranjeros como ENRIQUE VESCOVI, formularon importantes consideraciones sobre la naturaleza a la contestación a la demanda, donde incluso se rememoraron temas como el de la acción procesal, la pretensión que asiste al demandado, la contradicción, y las excepciones dilatorias.

“Justamente ese poder de reclamar la tutela jurisdiccional se denomina acción. Consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales). Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle movimiento, de poner en marcha el proceso. Con lo que, en definitiva, quien ejerce el poder tendrá una respuesta: la sentencia.”⁶²

“Lo que busca el solicitante con su pretensión es, como hemos dicho, la tutela jurisdiccional, cuya naturaleza es concreta, limitada, objetiva, quede atendida o satisfecha. Por ello, es un derecho individual de carácter público, aun cuando la pretensión sea privada.”⁶³

“Naturaleza de la excepción (contradicción). El poder de contradicción es paralelo y de idéntica naturaleza al de acción. La única diferencia consiste en que el actor ejerce su derecho o no, de acuerdo con su voluntad y, al ejercerlo, hace nacer otro (excepción, contradicción) que aparece así como condicionado.”⁶⁴

62. VESCOVI E., "La acción y la Excepción, La contestación de la demanda", 2009, Ediciones Liber, pp. 7

63. obra citada por el autor arriba mencionado, pp 09.

64. obra citada por el autor arriba mencionado, pp 30

Como punto neurálgico a la contestación, la contestación como manifestación del demandado, es siempre negativa, de lo contrario, se estaría en presencia de un convenimiento de la pretensión del demandante.

“La pretensión del demandado es siempre negativa (aunque alegue hechos positivos).”⁶⁵

Es por ello que la oposición, como acto previo a la contestación a ciertos procesos de jurisdicción voluntaria, tiene como objetivo el rechazo de la pretensión procesal del solicitante. De igual manera, la esencia de la contestación reside en la solicitud dirigida a un resultado opuesto al perseguido por el demandante (solicitante), es decir, dirigida a evitar que el órgano jurisdiccional acceda al acto de tutela que le fue pedido, tal y como el procesalista uruguayo, ENRIQUE VÉSCOVI asentó en doctrina.

“La defensa del demandado y consiguientemente el acto de oposición mediante el cual se ejercita, debe fundamentarse pues así lo exige el principio de razonabilidad, lo cual nos pone en relación con diversas modalidades defensivas.”⁶⁶

Son por estas razones, que la contestación envuelve toda una exposición sucinta de los hechos que para el demandado (o tercero interesado al proceso voluntario), motivan impedir a todo lugar la solicitud del demandante (o para decir mejor, el solicitante), quien como dijimos anteriormente, ve de manera muy limitada la especificación de los hechos que motivan su solicitud, pues a pesar de reunir los requisitos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil Venezolano, no hace de su pretensión una amplia exposición de las relaciones causales con las personas involucradas al trámite.

Nuevamente, entramos en el campo del derecho a la defensa de las partes, y en donde se hace de vital importancia analizar el debido equilibrio del acompañamiento de las pruebas.

65. Obra arriba citada por el autor de la página anterior. pp 31

66. PALOMINO M., "Forma de la pretensión procesal: la demanda y sus efectos", Varios autores, La contestación de la demanda", año 2009. Ediciones Liber, pp 57.

Nos parece oportuno indicar, que la articulación probatoria a la que alude el artículo – del Código de Procedimiento Civil, pone en manos de la parte solicitante, la oportunidad de promover aquellas pruebas que sustentan su solicitud, o incluso de enervar los alegatos que obstruyen la tutela del primero. Al respecto, el jurista patrio, JÉSUS EDUARDO CABRERA ROMERO, nos dice:

“Lo normal es que la ley regule esta particularización del derecho de defensa, pero si no lo hiciera expresamente, no por ello dicho derecho va a desaparecer. Si en un proceso contencioso, el legislador se olvidara de regular las oportunidades para cuestionar las pruebas o para que las partes asistieran a la evacuación de las mismas, dicho olvido no podría interpretarse en el sentido que los litigantes no podían defenderse, ya que en situaciones idénticas, lo podrían hacer, conforme a un reiterado sistema establecido por la ley en este sentido. Lo que si puede suceder es que el legislador instaure un esquema procesal distinto al del contradictorio, pero ni así el derecho de defensa desaparece. Cuando este cambio de esquema tiene lugar, como en los procesos sumarios o en los no contenciosos, como correctivo a tal situación, en los primeros, surge la cosa juzgada formal: revocable, o una fase plenaria adicionada al fallo que cierra el sumario, donde se discute la prueba de la etapa sumaria; y en los no contenciosos, la resolución que se dicte dejará a salvo los derechos de terceros, resolución que además siempre es revocable o modificable a instancias del interesado (Art. 11 CPC). La necesidad de prueba, con su secuela, la obligatoriedad de que se prevean actos para ella y para su contradicción y control, integran una buena parte del derecho de defensa en materia probatoria.”⁶⁷

Es por tal razón, que la actividad probatoria también actúa como correctivo a las desigualdades por la ineficiencia en la exposición de los hechos. Lo dicho anteriormente, pudiera despertar algunas imprecisiones, pues todos sabemos que las pruebas sustentan los hechos narrados en la pretensión. Sin embargo, el objeto que persigue cada medio tiene un propósito distinto, pues el solicitante busca validar su solicitud, y el tercero interesado (o como nos referimos anteriormente, demandado), persigue demostrar hechos impositivos al trámite.

67. CABRERA ROMERO, J. “Contradicción y control de la Prueba Legal y Libre”. Tomo I. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L. 1997. pp. 22

Tampoco podemos dejar nuevamente de lado al Ministerio Público, quien con sumo cuidado presta la debida observación en ciertos procesos de jurisdicción voluntaria, donde el orden público podría estar en juego. Con gran desarrollo nos dice FERNANDEZ DE BUJÁN, lo siguiente:

“...el relevante papel asignado al Ministerio Fiscal y al juez en la jurisdicción voluntaria, en relación con el principio dispositivo y de aportación de parte característico de la jurisdicción contenciosa; el carácter constitutivo de la mayoría de los expedientes de jurisdicción voluntaria, frente a la más amplia variedad de las actuaciones de jurisdicción contenciosa; el interés público o social de la jurisdicción contenciosa, frente al interés privado de la jurisdicción voluntaria; el carácter básicamente preventivo de la jurisdicción voluntaria frente al generalmente represivo de la jurisdicción contenciosa; o el numerus apertus de la jurisdicción contenciosa, frente al numerus clausus de la jurisdicción voluntaria, etc., se han revelado como equívocos y sólo parcialmente válidos”.

“A propósito de la relevancia de la contradicción, ALLORIO hace referencia a intensidad y grado, en el sentido de que a la oposición considerada no relevante no se le concede virtualidad jurídica. Dicha oposición, como ha señalado GONZÁLEZ POVEDA, puede basarse en criterios procesales o de fondo y será el juez, a la vista de los argumentos aducidos por el oponente o las personas interesadas, el encargado de valorar la suficiencia de la misma, conforme a lo establecido en la ley, para dar paso al proceso verbal, decidir que la manifestación expresada en contrario no debe ser atendida o posponer su atendibilidad para el final de la tramitación del expediente. Ciertamente, en la práctica, el principio de que la oposición hace contencioso el expediente contenido en el artículo 1.817 está sometido a tal número de excepciones contenidas en los artículos 1.825 y ss., que más que de un principio programático, cabría hablar de un criterio aplicable con carácter general en supuestos de contenido patrimonial, y que se encuentra numerosas excepciones en el ámbito de los negocios de comercio (donde el criterio general es justo el contrario, es decir, que la oposición no esencial no hace contencioso el expediente), del derecho de familia, del derecho hereditario o en el marco de las inscripciones practicadas en el Registro Civil”.

“Entre los numerosos supuestos en los que la oposición del tercero interesado no es considerada suficiente para pasar a la jurisdicción contenciosa, pueden señalarse por ejemplo: la protocolización del testamento ológrafo, regulada en el artículo 693 del Código Civil, en el que se afirma que (cualquiera que sea la resolución del juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda). En materia de acogimiento de menores y adopción, regulada por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se establece que la oposición de cualquier interesado no provoca la contenciosidad del expediente. En el supuesto de que los padres

citados sólo para audiencia comparecieran alegando que es necesario el consentimiento, se interrumpirá el expediente y la oposición se tramitará por medio de un juicio verbal; en materia de acogimiento, si las partes o el tutor se opusieran, podrá, no obstante, ser acordado por el juez, en interés del menor. En los supuestos de requisa de víveres realizada por el capitán de un buque, si los dueños no estuvieren conformes con la existencia de necesidad o con el precio fijado, podrán promover una información judicial en el puerto donde arriben, pero el juez se limitará a oír a los interesados en una comparecencia, y si los intervinientes no se aviniesen dará por concluido el acto; no obstante, la oposición de cualquiera de ellos, con reserva de la acción que corresponda, para que la ejecuten en el juicio contencioso, conforme al artículo 2.161, regla 10, de la LEC de 1881.”⁶⁸

Cabe destacar, que el problema sigue vigente cuando notamos que la instituciones procesales de carácter contencioso, siguen en pie de lucha en las incidencias de los procesos de jurisdicción voluntaria. Esto hace que el alcance de la contestación vuelva de manera constante a ser cuestionada, incluso cuando tratamos de determinar la naturaleza propia del acto de contestación en esta clase de procesos.

De manera preliminar, tal y como fue explicado al inicio del trabajo, consideramos que los procesos en jurisdicción voluntaria lleven *per se* una pretensión, como la que comúnmente conocemos en los procesos contenciosos, por tal razón, disentimos de las respetadas palabras del profesor FERNANDEZ BUJÁN, quien sin duda alguna, buena parte de sus ideas y teorías han sido compartidas en este trabajo. Para ello, y sin que ninguna de las afirmaciones que se hacen en este trabajo, queden excluidas a la formación del criterio de su lector, transcribimos la idea de BUJÁN, y los motivos de nuestras diferencias, cuya intención no es invencionar, sino en considerar el verdadero alcance que persigue una institución procesal deslindada en buena forma de la jurisdicción contenciosa.

“Ciertamente en la jurisdicción voluntaria no hay pretensión frente a una persona concreta, pero sí hay una especial tutela conferida por el Ordenamiento Jurídico, mediante la que se otorga tutela tanto a derechos subjetivos como a situaciones o intereses subjetivos como a

68. FERNANDEZ DE BUJÁN A., obra citada al inicio del trabajo, pp. 36, 37, 38 y 39.

situaciones o intereses individuales, especialmente en los supuestos en los que la intervención judicial tiene carácter constitutivo o preceptivo.”⁶⁹

Como podemos apreciar, el autor en referencia nos afirma que en la jurisdicción voluntaria no hay pretensión, pero sí hay una tutela conferida al solicitante, en donde los derechos subjetivos se encuentran salvaguardados a intereses y situaciones. Tomando la idea dictada de esa forma, encontramos que la pretensión a la que tanto alude en ausencia a los procesos de jurisdicción voluntaria, se debe a que esta es una de las características que comúnmente atribuyen autores como GUASP, al objeto de la demanda.

Naturalmente, la pretensión es una de las características de la demanda, y en buena parte de los inicios del estudio del derecho procesal, lo fue también atribuida a la acción, concepto que luego se fue afianzando al derecho público. Incluso el profesor ESCOVAR LEÓN, en su trabajo titulado “La Demanda”, nos dice que SATTA afirmó que CHIOVENDA examinó el concepto de demanda desde un doble ángulo: a) cuando estudia la acción; y b) cuando analiza el proceso, y que Posteriormente refiere CHIOVENDA que la demanda judicial es el acto mediante el que se ejercita el derecho de acción”, y agrega: la demanda es el acto con el cual, afirmando existente una voluntad concreta de ley, positiva o negativa, invoca éste (el demandante) al órgano del Estado, para que actúe tal voluntad. ⁷⁰

Tampoco encontramos temor en decir que los procesos de jurisdicción voluntaria lleven implícita una pretensión por parte del solicitante, pues a fin de cuentas la suficiencia del escrito, en cuanto a su redacción se refiere, la propia normal procesal civil así lo exige e incluso remite por mandato (artículo 899 del Código de Procedimiento Civil).

69. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., obra citada al inicio de este trabajo, pp. 102.

70. ESCOVAR LEÓN R., “La demanda”. Segunda edición. Caracas, 2000, Ediciones Homero. pp 9. (citando la obra de Chiovenda. “Principios de Derecho procesal Civil”).

Incluso, la exposición de hechos que se hace en la solicitud en los procesos de jurisdicción voluntaria, pudiera verse limitada o extendida, dependiendo de la prudencia que tenga el solicitante en informar al Juez el motivo de su pretensión; recordemos que ante una eventual oposición y posterior contestación a la solicitud presentada, el tercero interesado (o emplazado a la causa), pudiera narrar hechos que fueron ocultados de manera involuntaria por el solicitante, pues la suerte de la contención en el proceso, no es algo de lo que el solicitante esté preparado en enfrentar. De cualquier forma, tal exposición de hechos no debería representar para el solicitante una confesión eventual de los hechos.

“Al contrario de lo que pudiera pensarse, no todas las afirmaciones de hechos que consigne el actor en el libelo suponen una confesión. Ciertamente, hay asertos indiferentes que no resultan ni favorables ni adversos para el actor. Sólo hay confesión en la aseveración de aquellos hechos favorables al demandado y contrarios al actor...omissis... Es decir, los hechos indiferentes o los hechos afirmados en el libelo animus arguendi no implican confesión.”⁷¹

Otra característica que debemos tomar en cuenta, es que la jurisdicción voluntaria no comporta un espacio cerrado de participación unilateral de un solo interesado, ya que deja abierta la posibilidad de que terceros que puedan estar interesado a la solicitud (directa o indirectamente), participen con el objeto de enervar la pretensión del solicitante, y además de ello, estar advertidos sobre la conducta desplegada por el solicitante, quien al verse vinculado en una relación jurídica con estas personas (terceros al proceso en jurisdicción voluntaria), podría darle la oportunidad al Juez en anticipar un arreglo extrajudicial, y evitar el desgaste de la administración de justicia para atender el mismo caso, a futuro, orientado ya a un conflicto (demanda).

Al respecto, el insigne procesalista RENGEL ROMBERG, fue por demás visionario en estos puntos, donde de manera abstracta aconseja a los abogados, en ser muy observadores sobre la naturaleza que persigue el proceso que entabla la relación procesal.

71. ESCOVAR LEÓN R., obra citada, pp 119

“Ahora bien, al iniciar el estudio de los actos procesales, ya no se trata de contemplar al proceso en su naturaleza esencial, sino de examinar los diversos elementos de ese complejo fenómeno, vale decir: estudiar cada conducta individualmente considerada y examinar las diversas circunstancias de forma, lugar y tiempo en que deben realizarse para que el proceso alcance su destino normal, que es la norma jurídica individual en que consiste la sentencia”.

“Bien se conciba al proceso como conjunto de conductas, o ya como una relación jurídica, o como una situación jurídica, es lo cierto que el proceso se nos presenta como un fenómeno jurídico complejo, constituido por una sucesión continua de actividades que realizan en él los sujetos que intervienen; y la teoría de los actos procesales no tiene otra finalidad sino estudiar los componentes de ese complejo fenómeno, aisladamente considerados, para determinar su concepto y las condiciones que aseguran la validez de cada conducta en particular y del proceso en general.”⁷²

Como corolario al acto de contestación en los procesos voluntarios, podemos decir que tal acto variará conforme al tipo de pretensión y el tipo de procedimiento que determinará la naturaleza y su alcance frente al proceso. Como evidente muestra de ello, tenemos el brevísimo procedimiento de reconocimiento de instrumentos privados, contemplado en el artículo 631 de Código de Procedimiento Civil, y en donde la regulación al procedimiento es de orden sumario, dejando solo como mención de las facultades que tiene el emplazado (aquí el documento de opondre a una persona determinada) a: 1) desconocer el documento y su firma, 2) tachar el documento de falso, y 3) reconocer el documento como cierto. Esta positiva muestra de regulación, está muy ligada a una de las tantas incidencias en los procesos contenciosos.

“Al determinar las condiciones temporales de realización de cada acto del proceso, la ley procesal establece en algunos casos el momento preciso en que el acto debe realizarse; así, la parte contra quien se produzca con el libelo un instrumento privado como emanado de ella, deberá manifestar si lo reconoce o lo niega en el acto de la contestación de la demanda (Artículo 444 C.P.C)...omissis...”⁷³

72. RENGEL ROMBERG A., “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”. Tomo II. Décima Tercera Edición. Caracas. 2007. pp. 139.

73. Obra citada por el autor arriba mencionado. pp.167

CAPÍTULO III

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUBYACE EN EL ACTO DE OPOSICIÓN Y CONTESTACIÓN

El presente capítulo orienta su explicación, a la argumentación con la cual se desarrollan las bases del razonamiento del tercero interesado, o parte emplazada, en los procesos de jurisdicción voluntaria.

A pesar de estar conscientes en que la argumentación jurídica, es una disciplina por demás extensa, compleja, y abierta a muchísimas orientaciones de orden filosófico, trataremos de centrar el análisis a cuestiones de orden práctica que nos permita arribar a conclusiones sobrias, sencillas, y coherentes con la intención que nos hemos trazado en estudiar.

3.1 La Tesis del positivismo en la pretensión de jurisdicción voluntaria, y el post-positivismo por la Antítesis en su defensa por los terceros interesados

Mucho se ha comentado y criticado al respecto del positivismo, y la manera en como este ha regulado la vida social del hombre, a través del dominio de las leyes. Esta orientación en nada resulta alejada a la función del Juez, quien en cabeza de él, siguiendo la doctrina clásica francesa, subsumía el hecho a la norma que mejor brindara la solución al caso (*ease cases*).

La vigencia de esta corriente resultaba bastante práctica, pero muy retrograda con el pasar de los años, pues a medida en que la sociedad avanzaba, las relaciones jurídicas en el hombre tomaban otro rumbo, y con ello, los conflictos tenían otro tipo de desarrollo, dejando a la norma con un buen número de lagunas que resultan imposibles de regular, sobre todo para el Juez, quien en la praxis, era el encargado de conservar su vigencia, lo que luego motivo a que el estudio a la aplicación de la norma tenía una característica bifronte, una orientada a la aplicación por remisión de una norma de rango superior

(Constitución Nacional), y otra a la ley encargada de regular de forma más directa el conflicto en cuestión, haciendo uso de la analogía de ser necesario (*hard cases*), aquí es donde nace el post-positivismo.

Teniendo de manera muy resumida estos aspectos, es conforme al constitucionalismo que nace con gran fuerza la argumentación jurídica. Esta noble rama de la filosofía y también del derecho, se encarga de ordenar con metodología y coherencia, la actividad argumentativa de aquellos operadores (jueces, abogados, y legisladores) cuya función está destinada a proponer soluciones bajo premisas y justificaciones, que dieron motivo al nacimiento de un determinado acto jurídico (sentencia, demandas, y dictamen de leyes).

“La actividad argumentativa cuenta con ciertos datos como presupuesto y punto de partida, que representan un statu quo formado por una serie de valoraciones, opiniones o situaciones establecidas, que se consideran normales, regulares o deseables; de modo que quien proponga alguna transformación en ese estado de cosas debe dar motivos suficientes para ello.”⁷⁴

Es por tal razón, que la argumentación jurídica fundamenta en una mejor forma, los motivos que dieron origen a un determinado acto jurídico, por tal razón, hoy en día el constitucionalismo abarca área del derecho, como lo es el área procesal, buscando dar más consistencia a la actividad del Juez al momento de dictar sentencia, como a la persuasión usada por los abogados para convencer a estos de un determinado asunto.

Para nuestro tema a tratar, encontramos que el solicitante plantea una pretensión de carácter no contencioso ante un Juez, sobre la autenticación de un determinado hecho, a efectos de que este último proceda a proveer lo requerido, siguiendo las pautas enmarcadas en el procedimiento que regula la materia, pues de no ser así, tendrá este que proveer la solicitud en forma sumaria, requiriendo en ese caso las pruebas que considere pertinentes, y con ello tomar una decisión que al fin de cuentas no genera cosa juzgada.

74. GIL SÁNCHEZ R. “Notas sobre la Argumentación en el Proceso Constitucional Mexicano”. Revista Iberoamericana, doctrina N° 6, 2006. pp. 5

En el entendido de que lo explicado en el párrafo anterior, no es más que la tesis de la solicitud, encontramos que a pesar de que los efectos jurídicos perseguidos son en cierta forma debiles, el solicitante manifiesta un interés por la tutela en derecho de la situación a la que requiere la participación de un Juez. Sin embargo, por la simplicidad en que el procedimiento acorta ciertos actos que permitan o no la participación de personas interesadas al proceso, el artículo 898 del Código de Procedimiento Civil resguarda el derecho a los terceros, aun cuando estos no tuvieron conocimiento sobre este.

Es aquí donde las exigencias al Juez se ven del todo innecesarias, pues podríamos estar en presencia de un Juez que no presta mayor exigencia a las pruebas necesarias para autenticar determinado acto, o por otro lado a un Juez que se excede en la exigencia de ciertos instrumentos probatorios. De cualquier forma, la ocurrencia entre un escenario u otro vendría condicionada por la participación de esa persona interesada a la que tanto hemos aludido en el presente trabajo.

El tercero interesado, es la abstracción a una figura procesal genérica perjudicada o interesada a la solicitud presentada ante el Juez, y cuyas actuaciones inciden en cierta forma sobre su esfera jurídica, por tal razón, dependiendo al tipo de procedimiento que se esté tramitando, este tercero interesado a la causa pudiera ser llamado de manera directa por orden del Tribunal (tal es el caso de los procedimientos de deslinde), o simplemente por la publicación que de un cartel de notificación se haga en prensa, con la descripción detallada del caso en trámite.

Una vez que ese tercero interesado comparece al Tribunal, sin que esté dado en muchas ocasiones una determinada etapa procesal en la causa, tiene la posibilidad de manifestar su formal oposición a la solicitud, teniendo el deber de explicar de manera muy detallada las razones por las cuales se niega al acto. Esta oposición trae consigo ciertos efectos, que dependen del tipo de pretensión que se esté tramitando.

En primer lugar, el artículo 901 del Código de Procedimiento Civil establece que una vez realizada la oposición a la solicitud, y concluida la articulación probatoria que

establece el artículo 900 *eiusdem*, el Tribunal declarará el sobreseimiento a la causa, dejando la opción a que el solicitante deba presentar de manera separada una demanda con las particularidades del caso, al Tribunal competente por la cuantía y la materia.

Este sobreseimiento que declara el Tribunal no contiene algún tipo fundamento normativo que permita su declaratoria, pues el Juez solo debe declararlo bajo la anuencia de la oposición de un tercero. Al respecto, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunció en Sentencia N° 325, del 30 de marzo de 2005 (caso: *Alcido Pedro Ferreira*) en la cual señaló lo siguiente:

“En atención a lo expuesto, debe esta Sala atender a lo dispuesto en el artículo 930 del Código de Procedimiento Civil al respecto:

‘Si en el día señalado el vendedor o dentro de los dos días siguientes cualquier tercero, hicieren oposición a la entrega, fundándose en causa legal, se revocará el acto o se le suspenderá, según se le haya efectuado o no y podrán los interesados ocurrir a hacer valer sus derechos ante la autoridad jurisdiccional competente.

Si no hubiere oposición o no concurriere el vendedor, el Tribunal llevará a efecto la entrega material.

A los efectos de este artículo, el Tribunal no devolverá los recaudos al peticionario mientras esté pendiente el lapso de oposición’.

Ahora bien, se observa que el procedimiento planteado en el referido artículo es un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria de los denominados calificados o mixtos, en los cuales, a diferencia de los de jurisdicción voluntaria mera o simple, en aquellos el juez actúa con un conocimiento de causa; no obstante lo anterior, sigue siendo un procedimiento sumario en el cual al juez le corresponde instruir el caso sin abrir un debate judicial entre partes y sin abrir una articulación probatoria (Vid. En este último aspecto, sentencia de esta Sala N° 2304/21.8.03, caso: ‘Beatriz Vitoria Barnabe Correia’).

Así pues, se advierte que conforme a la referida norma, una vez efectuada la oposición por un tercero o por el vendedor, en tiempo útil y fundada en una causa legal, debe el juez suspender o revocar la entrega material del bien y sobreseer la causa, indicándole a las partes que la controversia debe resolverse por la jurisdicción ordinaria, en razón de lo cual se observa que cesa inmediatamente la competencia del referido juzgador para continuar con la entrega material del bien vendido (Vid. Sentencias de esta Sala N° 1843/3.10.01, caso ‘Materiales y Ferretería Flor Amarillo, C.A.’ y, N° 27/15.02.2000, caso: ‘Amelia Dolores Rodríguez Salcedo’).

Sobreseimiento de la causa el cual deviene de la expresa obligatoriedad del artículo 901 del Código de Procedimiento Civil, cuando expresa '(...) En conformidad con el artículo 895, y dentro de los tres días siguientes al vencimiento de la articulación, el Juez dictará la resolución que corresponda sobre la solicitud; pero si advirtiere, que la cuestión planteada corresponde a la jurisdicción contenciosa, sobreseerá el procedimiento para que los interesados propongan las demandas que consideren pertinentes', artículo este que resulta aplicable aun cuando sea la misma una norma de carácter general, por ser el presente procedimiento como se expuso anteriormente de los denominados de jurisdicción voluntaria calificados o mixtos. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 161/24.03.00, caso 'Dora Felisa Sagasta').

Aunado a lo anterior, se observa que contra dicha resolución las partes carecen de recurso alguno, constituyendo así la disposición contenida en el artículo 930 del Código de Procedimiento Civil una derogatoria expresa de la disposición general contenida en el artículo 896 eiusdem, el cual consagra la apelabilidad de las resoluciones del juez en jurisdicción voluntaria (Vid. Entre otras, sentencias de esta Sala N° 1281/20.05.03, caso 'Xiomara Margarita Rosario Colorado' y N° 119/17.3.2000, caso: 'Héctor Dayan Balcazar González')". (Subrayado nuestro)

Sobre este denominado sobreseimiento en la causa civil, JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO, nos dice que en materia penal, el sobreseimiento pone fin a la causa, pudiendo existir la posibilidad en que las pruebas pudieran ser trasladadas de una causa a otra:

“Con relación a las pruebas de la etapa plenaria del proceso penal, donde hubo posibilidad de control de la prueba, se haya o no efectuado éste, ellas si se podrán articular en el proceso civil que verse sobre los mismos hechos, ya que el sobreseimiento equivale a una perención de la instancia, hasta el punto que una de sus causales es el transcurso del tiempo (prescripción de la acción penal), al igual que la perención, por lo que todas las pruebas del plenario son trasladables a la jurisdicción civil, en caso de sobreseimiento, si la acción civil se va a incoar ante esa jurisdicción.”⁷⁵

Tal vez con ello, podría entenderse una de las razones con que el solicitante pretende patentar el hecho que dio origen a su solicitud, es decir, preconstituir ciertas pruebas.

75. CABRERA ROMERO J., “Contradicción y control de la Prueba Legal y Libre”. Tomo II. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L. 1997. pp. 354

En ese caso, la jurisdicción voluntaria tendría una orientación prejudicial bastante práctica, la cual es constatar hechos o instrumentos, que luego sirvan de marco probatorio para un juicio futuro, pero decir esto sería completamente contradictorio al propósito legislativo que tiene la norma. No obstante, la antítesis desarrollada por el tercero interesado, establece una carga de la prueba por parte de este, en demostrar la existencia de un hecho en que fundamenta sus razones.

“De este modo se establece una carga de la prueba que orilla a quien afirma la existencia de un hecho en que base sus razones, a proporcionar los medios que lleven a la convicción de que se hecho sucedió o sucede realmente, que se expresa en la conocida directiva “quien afirma está obligado a probar, no quien niega”, con los matices que el derecho positivo normalmente le imprime, basado en ciertos postulados argumentativos.

Deben distinguirse con toda precisión las cargas de argumentación y de prueba, pues aunque son conceptos diferentes es muy fácil confundirlos. Quien realiza un argumento tiene que apoyarse en ciertos hechos positivos o negativos; pero, precisamente por basarse en ellos, no necesariamente deben coincidir las cargas argumentativa y probatoria, sino según la situación del sujeto al que corresponde la primera y de acuerdo con la naturaleza de los hechos de que parta su discurso. Por ejemplo: al formular un argumento que contenga negaciones, el proponente quizá tenga la carga de argumentar, o sea de expresar ciertas justificaciones o exposiciones sobre su posición, pero no tendrá obligación de demostrar hechos que nunca sucedieron (negativos) en los cuales se basa, sino que tocará a su oponente demostrar que tales hechos sí ocurrieron, por tener el interés contrario.”⁷⁶

Todo esto nos parece indicar, que la actividad probatoria mantiene su distribución natural (conforme a lo establecido en el artículo 1.353 del Código Civil), con respecto a la carga que tienen las partes en hacer en cada uno de los alegatos brindados por estas, pues en el caso del tercero interesado, su simple presencia bajo el amparo de una oposición, no genera motivos suficientes en el Juez para desechar la solicitud que requiere de tutela.

76. GIL SÁNCHEZ R. “Notas sobre la argumentación en el proceso constitucional mexicano”. Revista Iberoamericana, doctrina N° 6, año 2006. pp. 6

Por último, cabe destacar que el post positivismo del cual la norma constitucional extiende la argumentación del tercero interesado, tanto en su escrito de oposición, como en algunos procesos, en el de contestación, es en la manera en como este pudiera acompañar cualquier medio de prueba que hallare pertinente, siempre y cuando sea coherente con su alegato, así como también, y así lo creemos, el alegar excepciones perentorias, que por una u otra razón afecten en gran medida el desarrollo de la solicitud presentada por el solicitante.

Esta afirmación encuentra su sustento, en la consideración a la que los principios informadores de la jurisdicción voluntaria, se les tiene como normas *ius cogens*; es por ello que al hacerse tal equiparación, lo justo sería en que el bagaje argumentativo y probatorio del tercero interesado sea lo más extensivo posible, siempre y cuando este guarde la coherencia debida al caso que intenta impedir su desarrollo.

“...determinados actos de jurisdicción voluntaria son de ius cogens, están regidos por el principio inquisitivo, por lo que les son aplicables los principios clásicos del sistema procesal intradispositivo”⁷⁷.

De cualquier forma, no es descartable ante esta condición, que el Juez siempre mantendrá la observación debida en resolver sobre los alegatos y pruebas aportados por las partes, evitando guardar un rol pasivo que más bien de lugar a coartar el acceso a la justicia por parte del solicitante.

3.2 Los Enfoques de la Argumentación Jurídica que se sostienen en la Contestación

El problema de los enfoques en la argumentación jurídica, se ha basado en un asunto de estructuras, en donde uno de los principales ponentes sobre el tema, ha sido y sigue siendo MANUEL ATIENZA. Este autor, al respecto nos comenta, que existen tres enfoques de la teoría sintética y sistemática de la argumentación jurídica, y que estos están

77. FAIRÉN G., sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. El artículo 1.817, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual, ADC, 1991, pp. 958, citado por FERNANDEZ DE BUJÁN, “La Jurisdicción Voluntaria”, Primera Edición 2001, pp. 42

mas o menos separados entre cada uno, siendo estos: el enfoque ontológico, el enfoque material, y el enfoque pragmático.

Sobre el enfoque ontológico, nos dice que este se interesa más por los argumentos, desde el punto de vista de las estructuras. Del enfoque material, se refiere a la argumentación jurídica desde el punto de vista de las premisas, es decir, de la metodología jurídica, y por último, nos habla del enfoque pragmático, diciéndonos que se refiere a la argumentación como enfoque retórico y dialéctico. 78

Con la explicación realizada, creemos pues, que la contestación es un acto del cual los argumentos son de enfoque material pragmático, pues técnicamente está basado en un lenguaje retórico y dialéctico, haciendo uso de la persuasión, a modo de desmontar las premisas con la cual el demandante (solicitante) fundamenta su pretensión.

Además de ello, la contestación en los procesos de jurisdicción de voluntaria actúa más como un justificativo de la oposición, en el que la argumentación pudiera tener como fundamento de su justificativo, distintas premisas que alteran el supuesto hecho generador de derecho por el solicitante, con lo cual, la actividad argumentativa no va arraigada a la clásica manera de enervar los efectos en un demanda, pues al fin de cuentas, el tercero interesado lo que pretende es impedir la realización de un acto que preste tutela hacia el solicitante.

Pensemos por un momento en la solicitud de separación de cuerpos, contemplada en el artículo 191 del Código Civil, esta norma, de manera muy sencilla, pauta un procedimiento con características concurrentes en voluntades, pues los cónyuges de manera consciente y voluntaria acuden al Tribunal para solicitar la ruptura de la convivencia en el hogar, dando así el permiso a que los cónyuges pudieran vivir por separado, sin que se anticipe la causal contenciosa del divorcio, relacionada al abandono del hogar, y por supuesto, a la causal de infidelidad.

78. Recomendamos la lectura de MANUEL ATIENZA. "El derecho como argumentación". Ariel, 2006.

Luego de transcurrido el año de haberse realizado la separación, los cónyuges deberán solicitar la conversión en divorcio en el mismo Tribunal, pero el detalle en el tema a tratar está, en que se lapso que otorga la Ley para solicitar la conversión en divorcio, es para brindar oportunidad a la pareja en una posible reconciliación, aquí el concurso de voluntades puede ser impropio, en el sentido de que por la complejidad de las relaciones humanas, uno de los cónyuges manifieste al Tribunal haber reconciliación, y por el otro lado, el otro cónyuge manifieste lo contrario.

Esto sin duda alguna expone una postura contenciosa que es necesaria de comprobar en una articulación probatoria, pero la posición inicial de la solicitud se altera cambiando por completo la posición concurrente de ambos cónyuges, pues ahora uno de ellos rechaza la posición inicial y concurrente del divorcio, y el otro la mantendrá en pie; si esto es así, ¿Quién pretende y quien debería contestar a tal pretensión?

Como podemos observar, la argumentación jurídica es aquella que nos podrá ayudar a distinguir, entre la humareda procesal, la posición que verdaderamente reviste resistencia a una pretensión (solicitud). Es de este modo, que nos resulta oportuno, siguiendo la línea explicativa de LEVIS IGNACIO ZERPA, que la argumentación jurídica implica un método para el intérprete, y citando SAVIGNY, nos dice lo siguiente:

“SAVIGNY en su estudio que tiene sobre esta materia, nos recuerda que todo intérprete debe tener en cuenta al menos cuatro elementos básicos; los elementos según Savigny son estos: el elemento gramatical que es el punto de partida de toda interpretación, toda interpretación parte de lo que el texto dice, es la idea que está recogida en el artículo 4 de nuestro Código Civil. Luego nos dice que otro elemento fundamental en toda interpretación es el elemento lógico, hay una comprensión que me la da la lógica que esté dentro del texto. El tercer elemento, para él de gran importancia, no olvidemos que es el gran representante de la escuela histórica, es el elemento histórico; el texto se inserta dentro de una realidad, tiene unos orígenes, ha tenido una evolución, ha tenido una forma de comprensión; esa manera de entenderse a lo largo del transcurrir histórico, tiene una importancia para poder atribuirle un sentido. Por último se señala el elemento sistemático.”⁷⁹

79. ZERPA L. “Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica”. Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N° 3, Caracas, año 2010.

CAPÍTULO IV

LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS EN RAZÓN A LA OPOSICIÓN Y AL ACTO FORMAL DE CONTESTACIÓN

Como bien se conoce, la sentencia es un acto de juzgamiento en el que su resultado es producto de un examen silogístico que hace el Juez sobre premisas mayores (normas jurídicas), y premisas menores (hechos) de un determinado proceso. Por tal razón, la sentencia no solo comporta un acto procesal de deberes formales por parte del Juez, sino un derecho abstracto del justiciable en conocer de la mejor forma posible, la actividad con la cual el Juez basó su decisión, es decir, la regla en el establecimiento de los hechos, y la motivación con la cual se hicieron las respectivas valoraciones. 80

Sin tener que superar el análisis a tan importante institución procesal, la sentencia es la manifestación jurisdiccional más sobresaliente del proceso, pues en lo que respecta a nuestra materia de estudio, la misma centra su atención a incidencias que de una u otra forma pudieran limitar el accionar al solicitante en jurisdicción voluntaria.

A pesar de ello, el artículo 898 del Código de Procedimiento Civil, condiciona la decisión en materia de jurisdicción voluntaria, quitándole el ropaje jurídica que *per se* protege toda sentencia. Nos referimos a la cosa juzgada.

4.1 La relatividad de la cosa juzgada

Para entender la relatividad de determinada institución, es necesario poder entender su totalidad, y lo más importante, entender su naturaleza y su objeto, por lo que pasaremos en primer plano a esbozar lo que la noción del concepto de cosa juzgada significa, lo que al respecto comenta la doctrina y la jurisprudencia, y luego aplicar en un sentido estricto el concepto bajo el plano de la relatividad en la jurisdicción voluntaria.

80. Ver el extraordinario trabajo de PIERO CALAMENDREI, titulado "La Génesis Lógica de la Sentencia".

La cosa juzgada viene dada como limitación al Juez en la actividad jurisdiccional, a que el proceso decidido bajo la sustanciación de determinado procedimiento, no puede ser objeto de nueva decisión por parte de otro Juez.

“Artículo 272 del Código de Procedimiento Civil. Ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita”.

Además de ello, dicha norma ostenta rango constitucional, al establecerse de manera inequívoca que la cosa juzgada forma parte integral del derecho al debido proceso.

“Artículo 49 de la Constitución Nacional. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: (...) omissis (...) 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”.

Evidentemente, la salvedad que hace la ley es también producto de una garantía constitucional, cuya institución viene dada por el derecho a la doble instancia. Norma que después de numerosas interpretaciones extensivas, fue limitada al rango de derecho fundamental, solo en lo que respecta a materia penal, criterio que ha sido reiterado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 693, de fecha 09 de julio de 2010, (caso: CNPC SERVICES VENEZUELA LTD, S.A)

“...el derecho a la doble instancia en materia penal, es obligatorio y es un derecho humano reconocido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el cual ha sido ampliado a varios procesos judiciales que se tramitaban en única instancia, conforme lo ha señalado la Sala Constitucional, como en la sentencia N° 95/15.03. 2000, ya que la apelación es el medio a través del cual se patentiza ese derecho fundamental, toda interpretación que se haga en tal sentido debe hacerse de manera progresiva, esto es, procurando la solución que aparezca más garantista de ese derecho, tal como lo ordena el artículo 23 de la propia Constitución.

Por otra parte, el literal 'H' del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de aplicación prevalente en el orden interno por indicarlo así el artículo 23 de la Constitución, establece, como garantía judicial, el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior y considera que dicha norma no acepta limitación alguna y se aplica con preferencia a la parte final del numeral 1 del

artículo 49 de la Constitución, según el cual 'toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley'. Asimismo el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra la garantía de revisión de la sentencia o el derecho a la doble instancia, en particular para el proceso penal.

De ambas normativas, la primera es efectivamente más favorable que la segunda, en cuanto no contempla expresamente excepciones legales. Ahora bien, tales garantías se circunscriben al proceso penal, pues así expresamente lo señala el encabezamiento del numeral 2 del artículo 8 del Pacto de San José y, así se desprende del propio texto constitucional cuando garantiza ese derecho, no irrestricto, a 'toda persona declarada culpable' (subrayado de la Sala).

Asimismo el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su numeral 5, consagra la garantía de revisión de la sentencia o el derecho a la doble instancia, no en el proceso civil sino en el proceso penal. Esta Sala, en aplicación del principio de interpretar a favor del goce y del ejercicio de los derechos fundamentales, ha extendido, en muchos casos, al proceso civil y al contencioso administrativo tal garantía -del doble grado de la jurisdicción-, lo cual es posible siempre que con ello no se esté lesionando otro derecho fundamental u otro principio preponderante, como lo es el de la aplicación por el juez del ordenamiento procesal predeterminado por la ley, que deberá ser aplicado -salvo inconstitucionalidad declarada o manifiesta- en aras de la seguridad jurídica. Ha señalado la Sala como excepción al ejercicio del derecho a la doble instancia, los procesos para los que la ley adjetiva circunscribe la competencia de su conocimiento al Tribunal Supremo de Justicia. Asimismo, constituyen otras excepciones no excluyentes, aquellas decisiones dictadas, de acuerdo con la ley procesal aplicable, por tribunales colegiados, ello en atención a que, partiendo del supuesto que con la doble instancia se pretende reforzar la idoneidad y justeza de la decisión dictada, ello también puede lograrse, en principio, cuando es un tribunal colegiado quien la dicta. (Vid. Entre otras sentencias la N° 2661/25.10.2002 y 5031/15.12.05).

Por otra parte, el derecho a recurrir supone, necesariamente, la anterior previsión legal de un recurso o medio procesal destinado a la impugnación del acto, ya que no toda decisión judicial dentro del proceso puede ser recurrida. Ello atentaría, también, contra la garantía de celeridad procesal y contra la seguridad jurídica y las posibilidades de defensa que implica el conocimiento previo por los litigantes de las reglas procesales. El derecho a la doble instancia requiere entonces del preestablecimiento legal de la segunda instancia, así como del cumplimiento por quien pretende el acceso a ella, de los requisitos y presupuestos procesales previstos en la ley aplicable” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.929/08-.

De manera que la cosa juzgada, es parte integral de una política de seguridad jurídica que evita la abstracción de un derecho ya tutelado por un acto de juzgamiento. Por tal razón, el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, establece: “*La sentencia definitivamente firme es ley de las partes en los límites de la controversia decidida, y es vinculante en todo proceso futuro*”, con dicha norma, se nos establece de plano los efectos que genera el acto de juzgamiento, y su coercibilidad como garantía a su cumplimiento sin que sea burlada por algún proceso futuro.

Teniendo los puntos desarrollados, sobre la generalidad realizada respecto a la cosa juzgada, pasamos a relativizar su contenido con relación a la jurisdicción voluntaria.

Como bien se dijo, la cosa juzgada es una garantía que brinda seguridad jurídica a los justiciables, una vez que estos obtienen respuesta del órgano jurisdiccional (Tribunal), del acto de juzgamiento (sentencia) cuya pretensión (demanda) fue sometida a su análisis (*iter* procesal). Su relativización formó parte de un desarrollo doctrinal al que por distintas consecuencias, que le eran atribuidas a ciertas decisiones en determinados procedimientos, se hizo necesaria su calificación doctrinal, a modo de poder diferenciar y entender sus límites como efecto directo de la sentencia.

Las dos denominaciones que la doctrina del derecho procesal, y sobre todo la polémica discursiva que se gestó entre CARNELUTTI y LIEBMAN, ha dado a la cosa juzgada, por lo menos en lo que respecta a sus denominaciones por sus efectos: la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal. 81

La cosa juzgada material, es aquella cuyos efectos resultan enteramente valorativos sobre los hechos expuestos por las partes en la *litis*, y del que su subsunción al derecho fue valorada por el Juez en la sentencia de mérito en el proceso. Entendamos pues, que la cosa juzgada material, es el acto de juzgamiento en su más extenso sentido. Por el contrario de la cosa juzgada formal, es aquella cuyos efectos no son determinantes en el desenlace del

81. CARNELUTTI F., “Sistema de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, 1944, Buenos Aires, pp. 324-351.

proceso, pues el acto de juzgamiento realizado por el Juez tiene una naturaleza jurídica distinta, de carácter temporal, a veces de carácter instrumental, y en ocasiones de orden sumarial, pudiendo tratarse como ejemplo a esas características, las medidas cautelares, y los distintos procesos en materia de jurisdicción voluntaria. 82

No con ello, teniendo estos aspectos de la relatividad en la cosa juzgada, la diversificación de procesos, a los que tanto se aludieron al inicio de este trabajo, presentan gran confusión jurídica, pues desde el punto de vista de los enunciados generales de la jurisdicción voluntaria, el primer aparte del artículo 898 del Código de Procedimiento Civil, nos establece que todo resultado en los procesos de jurisdicción voluntaria, genera un efecto *iuris tantum* a los terceros en la solicitud resulta, de manera que la sentencia dictada carece de toda protección ante eventuales impugnaciones.

“Artículo 898 del Código de Procedimiento Civil. Las determinaciones de jurisdicción voluntaria no causan cosa juzgada, pero establecen una presunción desvirtuable”.

Esto parece tener un propósito que va cónsono a la naturaleza con es tramitada la solicitud, referente al llamado a terceros interesados en la pretensión en jurisdicción voluntaria, pero a fin de cuentas ¿se estaría insinuando con el citado artículo, la poca efectividad sobre las decisiones en esta clase de procesos? Veámoslo desde el siguiente plano.

Si tenemos en cuenta que la presunción en derecho, es una ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal, que considera que un determinado hecho, se tiene como cierto por razones que claramente son descritas en la Ley, y que en el caso de la *iuris tantum*, se establece por Ley la admisión de cualquier prueba en contra que permita comprobar la inexistencia de un hecho o derecho, entonces podemos concluir que las sentencias dictadas en jurisdicción voluntaria sí ostentan efectividad, siempre y cuando

82. Sobre este tema, las discusiones referentes a la jurisdicción voluntaria como instancia de naturaleza cautelar, siguen aún abiertas a la discusión.

no exista algún acto de impugnación que busque manifestar y comprobar lo contrario a lo juzgado, en forma preliminar, al trámite del proceso en jurisdicción voluntaria 83.

De manera que con lo antes explicado, podemos comprender que la naturaleza y razón de ser sobre esta relatividad en la cosa juzgada, en la jurisdicción voluntaria, es un asunto de presunción de la verdad, con lo cual, a pesar de que el órgano jurisdiccional guarda los cuidados para tutelar la solicitud, los alegatos y pruebas brindados por el solicitante siempre será objeto de presunción, hasta tanto no haya un formal acto de resistencia de algún sujeto interesado (directo o indirecto) sobre la solicitud.

En esto, la universalidad ha sido casi absoluta en lo que respecta a los países de tradición Civilista, tal es el caso de Colombia y Brasil, en donde los ordenamientos procesales han sido muy similares en relación a los efectos de la sentencia en jurisdicción voluntaria.

“Artículo 652 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. Efectos de la sentencia. Las declaraciones que se hagan y las autorizaciones que se concedan producirán sus efectos mientras no sean modificadas o sustituidas por otra sentencia, en proceso posterior”.

“Artículo 1.110 do Código de Processo Civil Brasileiro. Da sentença caberá apelação.

“Artículo 1.111 do Código de Processo Civil Brasileiro. A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.

“Artículo 1.112 do Código de Processo Civil Brasileiro. Processar-se-á na forma estabelecida neste Capítulo o pedido de:

I - emancipação;

II - sub-rogação;

83. ROCCO H., citado por PALACIOS R., en su obra “La cosa Juzgada”, Puebla, Edición Cajica, pp. 21

III - alienação, arrendamento ou oneração de bens dotais, de menores, de órfãos e de interditos;

IV - alienação, locação e administração da coisa comum;

V - alienação de quinhão em coisa comum;

VI - extinção de usufruto e de fideicomisso”.

Sin embargo, comprender los efectos de esa relatividad en la decisión, con la participación del sujeto interesado, quien de hecho manifiesta su rechazo con la oposición y una eventual contestación, comporta un acto de juzgamiento mucho más completo, por lo tanto, prescindiremos a continuación de la doctrina, para entrar en consideraciones de orden jurisprudencial basado en los criterios del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela, Colombia, Brasil, y por último en España.

4.2 Criterios planteados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela

Para el caso de Venezuela, la jurisprudencia en materia de oposiciones en jurisdicción voluntaria han sido muy ambivalentes, pues en ocasiones la Sala de Casación Civil tiende a ser muy moderada y apegada a la literalidad de la Ley, y en otras intenta mostrar una postura un poco más extensiva sobre el alcance de determinadas solicitudes.

Como primer ejemplo, citamos la sentencia N° 645, dictada el 31 de octubre de 2013, por la Sala de Casación Civil, (caso: Constructora Inmobiliaria C.A), en el que bajo una transcripción muy literal al precepto normativo, la Sala copia el contenido del artículo referente a los procedimientos de deslinde, aunque no obstante a esto, hace un interesante señalamiento a la suficiencia del escrito de solicitud, cuyo paralelo equivale al requisito de cualquier escrito de demanda.

Lamentablemente, la interpretación la hace bajo un régimen impeditivo para la procedencia de un Recurso de Casación que había sido negado al recurrente en el Tribunal Superior, y que por tanto, la extensión de la sentencia, así como de su contenido en análisis, fue bastante corto.

“...el deslinde se iniciará a través de una solicitud, en la que se cumplirán los requisitos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, la cual deberá presentarse ante un tribunal de Municipio, a los fines de que fije un lindero provisional entre dos o más propiedades.

El procedimiento de deslinde se divide en dos fases, una no contenciosa, en la cual, el juez de municipio establece un lindero provisional entre los terrenos involucrados, y de no haber oposición a éste, quedará como lindero definitivo y se expedirán las copias certificadas correspondientes para su protocolización, concluyendo así el trámite.

Si existiera disconformidad con la fijación del lindero provisional, el interesado podrá ejercer oposición al mismo, y es aquí donde se inicia la fase contenciosa, al pasar los autos al tribunal de primera instancia para que continúe el juicio por los trámites del procedimiento ordinario. La sentencia que se produzca en esa instancia, es apelable y recurrible en casación siempre que se encuentra dentro de aquellas que señala el artículo 312 del código adjetivo.

Omissis

...se observa que no consta la estimación del presente juicio, pues no se evidencia la misma en el libelo de la demanda, por lo cual no puede determinarse con certeza el cumplimiento de dicho requisito.

En este sentido, la doctrina de esta Sala ha establecido que el valor de la causa debe determinarse con base en los elementos de cálculo contenidos en el libelo de demanda, y de no constar este, podrá tomar como referencia documentos anexos siempre que hayan sido otorgados con las solemnidades requeridas para darle fe pública. En caso contrario, el Tribunal Supremo no podrá verificar el cumplimiento del requisito de la cuantía.”⁸⁴

El siguiente fallo, es la sentencia N° 2639, dictada en fecha 12 de agosto de 2005, por la Sala Constitucional, (caso: Alberto Cobelli), en cuyo motivación se enunciaron principios controladores acerca de la actividad del Juez, en materia de jurisdicción voluntaria, muy en especial, y al caso en concreto, a las solicitudes de denuncia de irregularidad administrativa en una sociedad de comercio, pautadas en el artículo 291 del Código de Comercio.

84. Ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/octubre/158147-RH.000645-311013-2013-13-480.HTML>

La sentencia fija criterios muy estrictos, a los que hace un llamado de atención a los jueces, en evitar incurrir en actuaciones extensivas que deploren el accionar que está limitado por Ley, y de los que a pesar de poder ser confundidos con instituciones de orden cautelar (porque en efecto lo son para este tipo de solicitudes), cualquier desviación generaría graves infracciones de orden constitucional que solo pueden ser tuteladas en procesos de orden contencioso.

Lo verdaderamente curioso en este tipo de sentencias, pues el criterio ha sido reiterada en varias ocasiones, es que la actividad jurisdiccional que es objeto de infracción constitucional, es tutelable por vía de amparo constitucional, algo que en cierta forma contradice en buena forma el enunciado genérico del artículo 897 del Código de Procedimiento Civil, donde las decisiones del Juez en materia de jurisdicción voluntaria, son presumibles *iuris tantum*, y que por tanto, no deberían generar tal auxilio por parte del órgano jurisdiccional.

“...se trata de un proceso que permite al juez mercantil acordar o no la convocatoria de una asamblea extraordinaria, para resolver si existen irregularidades en la administración de una empresa. De allí, que la finalidad del proceso reside en la protección que el legislador presta a los socios minoritarios ante el control en la administración que ejercen los grupos mayoritarios de la sociedad; sin embargo, esa protección, no permite al juez intervenir en las decisiones de la empresa, pues el procedimiento sólo contempla que el juez mercantil, en caso de urgencia y de manera cautelar, antes de que se reúna la asamblea, ordene la inspección de los libros de la compañía, orden que debe verificarse luego de oídos a los comisarios y administradores de la sociedad.

Ahora bien, en el caso bajo estudio el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Trabajo, Bancario y Marítimo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, decretó medidas preventivas que consistieron en suspender temporalmente de sus cargos a los miembros de la junta directiva y designar administradores ad hoc mientras durara la tramitación del procedimiento, medidas que no le era dado decretar por cuanto se desviaban de la finalidad del procedimiento previsto en el artículo 291 del Código de Comercio, el cual -se insiste- consiste en que se verifique una asamblea extraordinaria de accionistas para determinar la irregularidades denunciadas por los socios.

En este orden de ideas, la Sala reitera su criterio establecido en sentencia del 26 de julio de 2000 (Caso: Rosa María Aular Ruiz) en el que expuso:

'Habiendo estimado esta Sala que dicho procedimiento (el previsto en el artículo 291 del Código de Comercio) goza de las cualidades del procedimiento de jurisdicción voluntaria, se deduce, entonces, que el juez presunto agravante no estaba facultado para dictar medidas cautelares de ningún género ya que éstas sólo pueden ser dictadas pendente lite so pena de violentar el artículo 588 del vigente Código de Procedimiento Civil infracción, que efectivamente ocurrió en el presente caso.

Al dictar estas medidas preventivas previstas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil sin que existiera un juicio de carácter contencioso pendiente, se violentó en forma flagrante el derecho a la defensa y el debido proceso, consagrado en el artículo 68 del Texto Constitucional derogado, hoy expresamente prescrito por el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. ... '.

En razón de lo expuesto, la Sala estima que el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Trabajo, Bancario y Marítimo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, al decretar las medidas cautelares contenidas en el auto del 2 de octubre de 2003, no actuó apegado al procedimiento previsto en el artículo 291 del Código de Comercio y se excedió en la potestad cautelar que permite dicho procedimiento, incurriendo en violaciones de los derechos a la defensa y al debido proceso de los hoy accionantes... ”85

Por último, y como más fiel ejemplo al objeto del tema de este trabajo, nos encontramos con la sentencia N° 752, dictado en fecha 09 de diciembre de 2013, por la Sala de Casación Civil, (caso: Carmen Leonor Santaella de Vargas), en la cual se fijó criterio sobre los efectos de la oposición en las solicitudes de divorcio establecido en el artículo 185-A del Código Civil.

La sentencia objeto de análisis tiene distintas aristas para su comprensión, y a modo de poder entender la justificación de su argumentación, se dividirá en segmentos cada uno de los argumentos desarrollados, de manera que podamos extraer las razones diferenciadoras a los preceptos establecidos en la norma procesal y en la norma sustantiva.

85. Ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/2639-120805-04-1797.HTM>

El caso inicia con la presentación de la solicitud por divorcio contemplada en el artículo 185-A, por el ciudadano cuya reserva solo dejamos a la lectura de la sentencia, alegando la ruptura de hecho con su cónyuge, por más de cinco años. Luego de ello, la cónyuge del solicitante acude al Tribunal negando por completo la supuesta ruptura de la vida en común entre ellos, y por tal motivo, el Tribunal decide abrir una articulación probatoria, conforme a lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

1.- En fecha 17 de octubre de 2012, el ciudadano Víctor José de Jesús Vargas Irausquín incoa divorcio en contra de la ciudadana Carmen Leonor Santaella de Vargas, arguyendo que han transcurrido más de cinco (5) años desde la separación de hecho con su cónyuge sin haberse logrado reconciliación entre ellos, razón por la cual solicita la disolución del vínculo matrimonial en base a lo previsto en el artículo 185-A del Código Civil.

2.- En fecha 24 de octubre de 2012, el Juzgado Vigésimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas admitió la solicitud y ordenó el emplazamiento de la ciudadana Carmen Leonor Santaella de Vargas y la notificación del Fiscal del Ministerio Público.

3.- En los folios 65 y 66 de la presente pieza, corre inserto escrito de fecha 15 de noviembre de 2012, presentado por la ciudadana Carmen Leonor Santaella de Vargas en el cual expone lo siguiente:

“...Niego que el señor VICTOR (sic) JOSÉ DE JESÚS VARGAS y yo nos hubiésemos separado de hecho, o que hubiese ocurrido ruptura prolongada de la vida en común.

En función de las consideraciones expuestas, rechazo la procedencia de la presente solicitud, y ruego a este Tribunal (sic) que de conformidad con lo previsto en el último aparte del artículo 185-A del Código Civil, declare terminado el procedimiento ordenando el archivo del expediente...”

4.- El 19 de noviembre de 2012, la representación judicial del ciudadano Víctor José de Jesús Vargas Irausquín, solicita al tribunal acordar la apertura de una articulación probatoria conforme al artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, a fin de determinar la veracidad de los hechos narrados por su mandante y negados por su cónyuge.

Luego de ello, las incidencias en el juicio comienzan a surgir, cuando la cónyuge se opone a la apertura de la articulación probatoria, alegando entre muchas razones que el procedimiento establecido en el Código Civil no ampara tal posibilidad. De igual forma, el Fiscal del Ministerio Público, notificado para esta clase de procesos, también hace rechazo

de la actuación del Tribunal por la apertura de dicha incidencia, solicitando al igual que la cónyuge que actúa en oposición, el archivo del expediente, tal y como lo dispone el artículo 185-A del Código Civil.

“5.- En fecha 21 de noviembre del mismo año, la demandada presenta escrito arguyendo que no es posible e inaceptable la apertura de la articulación probatoria solicitada, pues ello conllevaría a la violación del artículo 185-A, razón por la cual solicita que tal petición sea desestimada y se declare terminado el procedimiento.

6.- El 23 de noviembre de 2012, vista la solicitud planteada por el ciudadano Víctor José de Jesús Vargas Irausquín, el tribunal acuerda la apertura de la articulación probatoria.

12.- En fecha 22 de febrero de 2013, la Fiscal Centésima Octava del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, presenta oposición a la apertura de la articulación probatoria y solicita se declare terminado el procedimiento de divorcio y se ordene el archivo del expediente”.

La Sala Civil, al momento de dar las razones de su decisión, cuyo caso en específico es el Avocamiento solicitado por la cónyuge que actuó en oposición, en relación a las supuestas anomalías del proceso, comienza a dar una muy sencilla reseña jurisprudencial y normativa, en la cual expone de manera muy breve la simplicidad del procedimiento del divorcio, y sus distintas variantes (contenciosa y no contenciosa), junto con las consecuencias que trae la manifestación en resistencia de uno de los cónyuges, producto en oponerse a la solicitud no contenciosa de divorcio, en las que los Jueces de instancia le es impedido discernir en la veracidad de algún hecho alegado por las partes, pues al fin de cuentas, esta actividad está reservada a los procesos contenciosos.

“Una vez admitida tal solicitud, y citado el otro cónyuge se presentan tres (3) situaciones respecto a la comparecencia o no del mismo, del cual derivan distintas consecuencias:

1.- Si el cónyuge citado comparece y reconoce el hecho y el fiscal no se opone, el juez declarará el divorcio.

2.- Si el cónyuge no comparece personalmente se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente.

3.- Si el cónyuge comparece pero niega el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente.

Así pues, conforme al artículo 185-A del Código Civil antes analizado, al haber la cónyuge comparecido y negado el hecho de la separación por más de cinco (5) años, y habiendo el Fiscal del Ministerio Público objetado el mismo, la consecuencia era la declaratoria de terminado el procedimiento y el archivo del expediente.

Sobre la naturaleza de la solicitud de divorcio a la que se refiere el precitado artículo 185-A del Código Civil, la Sala Plena ha establecido lo siguiente (sentencia N° 40 del 03 de agosto de 2010. Caso: Jhon Antonio Viera Dávila y Yulimar María Blanco Blanco):

“...De acuerdo a lo previsto en la transcripción parcial del artículo [185-A del Código Civil] antes señalado, se tiene como requerimiento principal en este tipo de divorcio, que haya ocurrido la separación de hecho del vínculo conyugal por un período mayor a los cinco (5) años, aunado a la manifiesta voluntad de las partes que da origen a la jurisdicción graciosa, o sea, la característica no contradictoria del divorcio fundamentado en éste artículo, puesto que en definitiva no hay un proceso contencioso en el que haya conflicto de intereses...”. (Subrayado de la Sala).

Conforme a lo anterior, el procedimiento establecido en el artículo 185-A del Código Civil, tiene como característica la “no contradicción del divorcio”, pues las partes manifiestan voluntariamente la separación de hecho del vínculo conyugal por un período mayor a los cinco (5) años, dando ello origen a la jurisdicción graciosa.

De modo que, al surgir conflicto de intereses por haber la parte demandada negado la separación de hecho del vínculo conyugal por un período mayor a los cinco (5) años, se generó una contención, que hacía necesario que la juez ante tal situación de hecho diera por terminado el procedimiento y ordenara el archivo del expediente, dando paso para que se ventilara el asunto conforme a la normativa correspondiente relativa al divorcio contencioso.

En relación a ello, la Sala Constitucional, en fecha: 28 de octubre de 2005, caso: Sonia Ortiz de Lachello y otro, indicó lo siguiente:

“...En el presente caso, luego de examinados los recaudos que acompañan el presente expediente, considera la Sala que la decisión objeto de amparo no es

violatoria de garantías constitucionales, por cuanto, la decisión tomada por el juez de la causa, no daba lugar a la interposición de recurso alguno, ya que en todo caso, el juez a quo debía de inmediato dar paso a la jurisdicción contenciosa para que se ventilara el asunto conforme a la normativa correspondiente, de tal forma, que el juez presuntamente agravante, al conocer del recurso de hecho por la negativa en oír el recurso de apelación ejercido, hizo uso adecuado de las potestades que le otorga la ley; en virtud de que en este tipo de jurisdicción, al no existir contención como tal, mal podía ordenar que se oyerá la apelación para que un juzgado ad quem la decidiera, vulnerando en este sentido el debido proceso que debía seguirse y que presuponía actos para alegatos y términos probatorios en la primera instancia.

Por otra parte, partiendo de la noción que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, por no ser de naturaleza contenciosa, al interponerse oposición o aparecer cualquier otro tipo de controversia, al juzgador no le queda otra alternativa que desestimar la solicitud misma e indicar a los intervinientes que la controversia entre ellos debe resolverse por el procedimiento ordinario, si el asunto controvertido no tiene pautado un procedimiento especial. Advierte la Sala, que la parte accionante en amparo no sólo apeló de la decisión tomada por el juez de la causa -cuyo tratamiento no se corresponde con el de un auto de admisión ordinario como señaló el juez de amparo- sino que se opuso a dicha decisión, para de esa forma atacar la decisión dictada al admitir y fijar la oportunidad para la celebración de la asamblea solicitada...”. (Subrayado de la Sala).

Por otra parte, esta Sala de Casación Civil ha sostenido que en los procedimientos de (...) jurisdicción voluntaria, por no ser de naturaleza contenciosa, al interponerse oposición o aparecer cualquier otro tipo de controversia, al juzgador no le queda otra alternativa que desestimar la solicitud misma e indicar a los intervinientes que la controversia entre ellos debe resolverse por el procedimiento ordinario, si el asunto controvertido no tiene pautado un procedimiento especial.(Sent. S.C.C. 29-02-12 caso: Mary Carmen Arriaga Ochoa y otras, contra Carmen Hortensia Arriaga Retali y otros).

Analizado lo anterior se determina que tal como fue alegado por la parte solicitante, en el presente caso no se garantizó a las partes el debido equilibrio a sus pretensiones, por cuanto fue declarada la disolución del vínculo matrimonial en contravención de los artículos 75 y 77 de la Constitución y el artículo 185-A del Código Civil, empleando un procedimiento no establecido por la ley, al haber admitido la apertura de una articulación probatoria no

pautada en dicho procedimiento, y haber generado consecuencias no previstas a la situación de hecho planteada, como lo fue el haber declarado el divorcio a pesar de que la cónyuge compareció negando los hechos de la ruptura prolongada de la vida en común y el Fiscal del Ministerio Público objetó tal procedimiento, generando en forma grotesca un desorden procesal que distorsionó el procedimiento establecido en el artículo 185-A del Código Civil menoscabó el derecho de defensa y el debido proceso a la cónyuge.

*De conformidad con el artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, los actos deben realizarse en la forma prevista en este Código y en leyes especiales. Esta norma consagra el principio de legalidad de las formas procesales, en aplicación del cual la estructura del proceso, su secuencia y desarrollo, está preestablecida en la ley, y no es disponible por las partes o por el juez subvertir o modificar el trámite ni las condiciones de modo, tiempo y lugar en que deben practicarse los actos procesales. Por esta razón, **la Sala ha establecido de forma reiterada que no es potestativo de los tribunales subvertir las formas procesales dispuestas por el legislador para la tramitación de los juicios, pues su observancia es de orden público.** En efecto, las formas procesales no fueron establecidas caprichosamente por el legislador, ni persiguen entorpecer el proceso en detrimento de las partes, por el contrario, su finalidad es garantizar el debido proceso. (Sent. S.C.C. de fecha 11-12-07, caso: Addias Ramos Díaz y otros, contra Dámaso Moreno y otros).”⁸⁶*

Al respecto, las consideraciones realizadas por la Sala de Casación Civil son por antonomasia al ordenamiento procesal, muy coherentes a la línea procedimental, no obstante, observamos ciertas imprecisiones que fueron expuestas como justificación a la sentencia, de forma muy lapidarias, y que en cierta forma no resultan aplicables de manera universal, pues entendemos que con los puntos desarrollados en el presente trabajo, la solicitud en jurisdicción voluntaria no puede resultar una simple manifestación de voluntad tutelable a medias por los órganos jurisdiccionales, todo ello en razón a que las

86. Ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/159482-AVC.000752-91213-2013-13-366.HTML>

consecuencias jurídicas de sus resoluciones, inciden en buena parte en la esfera jurídica de los sujetos intervinientes, muy a pesar de que las sentencias dictadas no generan una supuesta cosa juzgada.

Lamentablemente la actividad probatoria de la solicitud en trámite, forma parte de un enunciado general de los procesos en jurisdicción voluntaria, establecidos en el artículo primer aparte del artículo 900 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, el procedimiento para las solicitudes de divorcio a través del artículo 185-A, es muy tajante al decir que la sola oposición da por concluida la solicitud, esto nos obliga a ubicarnos en saber cuál es la postura más adecuada que debe guardar el Juez a esta situación, pues podemos entender que si el Juez ordena el archivo de la solicitud, verdaderamente no estaría tutelando al solicitante, quien también tiene derecho en saber las razones de hecho meramente probadas que justifican tal proceder de su negativa de divorcio voluntario, y por el lado contrario, tenemos a la cónyuge que manifiesta su resistencia, exponiendo de manera breve o extensa las razones que impiden a dar tutela al divorcio que requiere el solicitante.

Todo este prolegómeno en el caso bajo análisis, podríamos ubicarlo en una posición de lógica que pudiera resultar hasta cierto punto paradójica, si lo que buscamos es coherencia en lo narrado, pues nos cuesta imaginar que una pareja que resida en un mismo domicilio, decida un buen día uno de los cónyuges acudir al Tribunal presentando un divorcio, exponiendo como fundamento a su pretensión, la ruptura de hecho por más de cinco años, y que más extraño aún, pida al Tribunal que se cite a su cónyuge en su mismo domicilio, para dar aceptación al hecho que él expone.

A pesar de que esta no fue la situación en el caso, pues seguramente el Tribunal guardó cuidado en este tipo de observaciones, y que por lo visto la cónyuge residía en un domicilio distinto, es muy probable, y en esto nos disculpamos por las especulaciones a hacer, que la verdadera coyuntura del problema se dio en un quebrantamiento en que ambos cónyuges consintieron en llevar el divorcio. Conseguir la razón y el porqué de estas situaciones, es un asunto de orden marital sociológico.

De manera que, a pesar de no ser jurídico el análisis que realizamos en el párrafo anterior, creemos que la actuación del Juez de Municipio, en dar apertura a la articulación probatoria, fue una actuación apegada a derecho, pues el artículo 900 del Código de Procedimiento Civil, le da esa posibilidad, y en búsqueda de una verdad que pretendía poner en una situación de igualdad la verdadera tutela de ambos cónyuges, todo esto enmarcado sin duda alguna dentro de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, evitando fraudes y dilaciones que pudieran burlar la majestad y la seriedad que representa cualquier petición, no importa de qué tipo se refieran, que se haga a la magistratura de cualquier Tribunal.

Sin importar las razones que nos hagan constantemente especular sobre el caso bajo análisis, la Sala de Casación Civil declaró la nulidad de la decisión del Tribunal que declaró disuelto el vínculo matrimonial, y ordenó el archivo del expediente, tal y como lo establece el artículo 185-A del Código Civil.

Posteriormente, el solicitante del divorcio requirió la revisión constitucional de la sentencia de avocamiento dictada por la Sala de Casación Civil, en lo que luego se tradujo en la sentencia N° 446, dictada en fecha 15 de mayo de 2014, por la Sala Constitucional, fijando el nuevo criterio interpretativo y vinculante del artículo 185-A del Código Civil. Por tal razón, consideramos muy importante transcribir las siguientes infracciones de orden constitucional, por considerarlas trascendentales a casos futuros:

*“Que “[l]a sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia No. AVC-000752 de fecha 9 de diciembre de 2013, **es nula** por cuanto desconoció y no aplicó los artículos 334 y 335 de la Constitución y el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”. (Negrillas y subrayado del solicitante).*

Que “[e]l tribunal de la causa consideró que el artículo 185-A del Código Civil ha devenido inconstitucional a la luz de la Carta Fundamental de 1.999 (sic). Por ello y con base en los artículos 253 y 334 de la Constitución y 7 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal tenía que señalar cuál era el procedimiento análogo aplicable, como en efecto lo hizo, siguiendo los lineamientos de esta Sala Constitucional en el fallo N° 7 de 1 de febrero de

2000 o en el fallo N° 1571 de 22 de agosto de 2001, por lo que la desaplicación se complementaba con la utilización, por aplicación analógica, de un procedimiento preexistente en otra ley, lo que realizó el Tribunal que efectuó el control desconcentrado de la constitucionalidad del artículo 185-A del Código Civil”.

Que “[a]l desaplicar el contenido de dicha norma (artículo 185-A del Código Civil) en lo referente a la literalidad del procedimiento de divorcio en ella establecido (i.e. terminación del procedimiento y archivo del expediente), y como desarrollo directo e inmediato del artículo 334 constitucional, el Tribunal que aplicó el control difuso o desconcentrado de la constitucionalidad, y en su defecto, cualquier otro que conociera la causa (incluso cualquiera de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia), debía seguir el procedimiento previsto en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con el cual se debía informar a esa digna Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcances de la desaplicación adoptada, a fin que sea esa honorable Sala y no otra, que carece de competencia para ello, según el citado artículo 33, quien proceda a realizar un examen sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión”.

Que “[c]uando la Sala de Casación Civil se avocó (sic) y anuló el fallo del ya mencionado Tribunal Vigésimo de Municipio del Área Metropolitana de Caracas, que desaplicó el artículo 185-A del Código Civil por considerar que choca con normas constitucionales, invadió la competencia de la Sala Constitucional y la privó de analizar si se está ante una norma que colide o no con la Constitución”.

Que “[e]l fallo de la Sala de Casación Civil que impugnamos, como dimana en forma manifiesta de su texto, revela el pleno conocimiento de los juzgadores en torno a la desaplicación por control difuso o desconcentrado de la constitucionalidad que efectuó la jueza de la causa, y a pesar ello, en franca violación de los artículos 334 y 335 de la Constitución, de acuerdo con los cuales a todos los tribunales les corresponde asegurar la integridad de la Constitución y la supremacía y eficacia de las normas y principios constitucionales, hizo caso omiso a esas obligaciones constitucionales y no examinó la naturaleza constitucional de la desaplicación, conformándose a decidir que el procedimiento del artículo 185-A del Código Civil tenía que ser aplicado literalmente”.

2. Seguidamente exponen que: “[l]a Sala de Casación Civil violó los artículos 26, 49 y 51 de la Constitución y conculcó el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y el derecho de petición de nuestro representado, desconociendo toda la doctrina vinculante de la Sala Constitucional al respecto, por cuanto inadmitió sin motivación alguna la intervención de éste en el proceso de avocamiento antes identificado, negándole su derecho a intervenir en un asunto que afecta en forma directa y grave sus derechos subjetivos e intereses legítimos, al tratarse nada menos y

nada más que de la definición de su estado civil. La sentencia cuya revisión constitucional se pide incurrió en incongruencia negativa al no decidir conforme a la alegado y probado en el expediente, desconociendo en forma paladina y grotesca las consecuencias jurídicas de los hechos probados en el proceso, los cuales no fueron analizados, y se le negó, sin fundamentación alguna, todo efecto jurídico”; arguyendo para ello las siguientes razones:

*Que “[l]a sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia No. AVC-000752 de fecha 9 de diciembre de 2013, **es nula** por cuanto desconoció y no aplicó los artículos 26, 49 y 51 de la Constitución, violando el derecho constitucional de nuestro representado a ser oído dentro de un proceso judicial que afectaba de manera directa y actual sus derechos subjetivos e intereses legítimos, para obtener la tutela judicial efectiva de los mismos”. (Negrillas y subrayado del solicitante).*

Que “(...) nuestro representado arguyó: (i) que tenía derecho a oponerse a las infundadas denuncias de supuesto desorden procesal en que se sostuvo la solicitud de avocamiento planteada por los apoderados judiciales de la ciudadana CARMEN LEONOR SANTAELLA; (ii) que tenía derecho asimismo y estaba legitimado para sostener la conformidad a derecho tanto del proceso sustanciado ante el Juzgado Vigésimo de Municipio del Área Metropolitana de Caracas, como de la sentencia definitiva dictada en el mismo, en la cual se declaró la disolución del vínculo matrimonial que lo unía a la ciudadana CARMEN LEONOR SANTAELLA, por haber quedado total y absolutamente demostrado que dicha ciudadana mintió en fecha 15 de noviembre de 2012, pues sí existe una separación de hecho por más de cinco (5) años; (iii) que tenía derecho y estaba legitimado para pedir a la Sala de Casación Civil que se avocare al (sic) conocimiento del asunto y estableciera que la (sic) Juzgado Vigésimo de Municipio del Área Metropolitana de Caracas, no hizo otra cosa que aplicar rectamente y de manera progresiva el artículo 185-A, al abrir la causa a pruebas una vez negado el hecho de la separación fáctica por más de cinco (5) años, permitiendo así a ambas partes defenderse y probar sus respectivas afirmaciones de hecho; y finalmente (iv) que tenía derecho y estaba legitimado para requerir la intervención de la Sala de Casación Civil a los fines de que resolviera el fondo del asunto debatido, que es la interpretación progresiva del artículo 185-A del Código Civil, en virtud de la trascendencia que ello tiene respecto al interés público y social que subyace a la institución de la familia y el matrimonio y por ser una materia de orden público atinente al estado y capacidad de las personas”.

En tal sentido, la Sala Constitucional inició su revisión bajo el linaje interpretativo que realizó en primer lugar el Tribunal de Municipio en su sentencia, y luego la Sala de Casación Civil en su avocamiento, de cuya revisión es objeto. La justificación a la decisión que dio por declarado nulo el avocamiento, y firme la disolución del vínculo matrimonial, resultó por demás controversial, pero al mismo tiempo interesante en su planteamiento.

“...resulta válido preguntarse si es posible afirmar que el procedimiento establecido en el artículo 185-A del Código Civil debe ser concebido como un juicio de naturaleza contenciosa, contrariamente a lo establecido de manera tradicional por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Sobre la discusión acerca de la clasificación de la jurisdicción en contenciosa y voluntaria, Piero Calamandrei, en su obra ‘Instituciones de Derecho Procesal Civil’ considera que, en el caso de la jurisdicción voluntaria, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas, por lo cual las personas pueden crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de voluntad. Señala, comparando la jurisdicción voluntaria con la contenciosa, que: ‘en la jurisdicción voluntaria la finalidad a la cual se dirige esta colaboración dada por el Estado a la actividad negocial de un solo interesado o de varios interesados concordados (...) no es la de garantizar la observancia del derecho en el sentido que antes de ha visto (jurisdicción contenciosa), sino la de la mejor satisfacción, dentro de los límites del derecho, de aquellos intereses privados a los cuales se refiere la relación jurídica que la intervención de la autoridad judicial sirve para constituir o modificar’.

(omissis)

De igual forma, se pronunció la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 22 de Octubre de 1991, en los siguientes términos:

‘Las sentencias proferidas en jurisdicción voluntaria, no conllevan en sí la actuación de una tutela jurisdiccional de un sujeto contra otro u otros sujetos, sino que realiza objetivamente la voluntad concreta de la ley respecto a un determinado interés, donde y de conformidad con lo preceptuado por el artículo 898 del vigente Código de Procedimiento Civil, las determinaciones del Juez no causan cosa juzgada, pero establecen una presunción desvirtuable, para la cual se prevé entonces que las determinaciones del juez sean apelables, salvo disposición especial en contrario, sin que necesariamente el ejercer dicho recurso ordinario implique que se ha dejado de actuar bajo la jurisdicción voluntaria por comenzar a existir contención entre las partes, sin embargo esta contención podrá determinarse examinando el contenido de la pretensión y las circunstancias de cada caso’.

Por lo tanto, desde este punto de vista, resulta jurídicamente imposible afirmar que el proceso de divorcio seguido por el artículo 185-A es un procedimiento de naturaleza voluntaria. De ser así, tal afirmación equivaldría a aceptar que la disolución de un vínculo de tal importancia, como lo es el matrimonio, mediante este procedimiento no adquiere en ningún momento fuerza de cosa juzgada. Para apoyar este criterio, el autor Emilio Calvo Baca, en su Código Civil Venezolano comentado señala que, a pesar de ser un procedimiento esencialmente de naturaleza no contenciosa, aunque la ley no lo diga en forma expresa, dentro del proceso del 185-A existe una carga probatoria para las

partes, en el siguiente sentido: a) de que existe el matrimonio; b) de que la separación fáctica tiene más de 5 años y c) de que dentro de este lapso no ha habido reconciliación. Tal como en cualquier procedimiento de divorcio, al ser alegada la reconciliación, no basta con sólo alegar la causal de separación fáctica de cuerpos por más de 5 años para que la demanda de divorcio proceda, sino que se hace necesario aportar al proceso las pruebas que demuestran la existencia de tal causal.

De igual modo, es importante resaltar que si no se reconoce la naturaleza contenciosa del procedimiento establecido en el artículo 185-A del Código Civil, no existirá el carácter de cosa juzgada en una sentencia de divorcio que, además de ser materia de riguroso orden público, afecta el estado familiar y el estado civil de las personas y trae consigo importantes efectos de tipo personal, entre los cuales destacan la disolución del matrimonio como efecto principal y, consecuentemente, la extinción de los deberes y derechos conyugales, así como otros efectos patrimoniales para ambos cónyuges.

Considerando lo anteriormente expuesto sobre la naturaleza contenciosa del procedimiento establecido en el artículo 185-A del Código Civil, al ser alegada dentro de este procedimiento la reconciliación de los cónyuges o la inexistencia de una separación fáctica por más de cinco (5) años, procede entonces la apertura de una articulación probatoria como la establecida en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre esta incidencia, señala Emilio Calvo Baca en su Código de Procedimiento Civil comentado que 'este procedimiento incidental supletorio, tiene por finalidad la sustanciación y decisión de todos aquellos asuntos que carecen de un procedimiento determinado, en el supuesto de la tercera hipótesis 'por alguna necesidad del procedimiento'.

(...)

En el caso de marras, la posición asumida por la ciudadana Carmen Leonor Santaella de Vargas, al negar que hayan surgido diferencias irreconciliables entre los cónyuges y que los mismos hayan establecido residencias separadas por más de cinco (5) años, ha traído al presente procedimiento un elemento contencioso que hace necesario que este Tribunal, en aras de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso, así como la tutela judicial efectiva de las partes intervinientes, pase a analizar de la siguiente forma.

La primera parte del artículo 185-A del Código Civil de Venezuela es sumamente clara, transcurridos 5 años separados de hecho, cualquiera de los cónyuges puede solicitar y obtener el divorcio. Esta norma no somete la realización de la consecuencia jurídica que contiene a condición o supuesto alguno que no sea la propia separación por más de cinco (5) años y la solicitud de uno de los cónyuges.

Sin embargo, el verdadero problema que presenta esta norma tiene que ver con el procedimiento que consagra para la tramitación de esta solicitud de

divorcio. El procedimiento, entre otras características, dispone que una de las partes podría privar a la otra de obtener la declaratoria de disolución del vínculo matrimonial al permitir que, por su sola voluntad, se extinga el procedimiento.

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, no puede tolerarse la existencia de un procedimiento en el cual una de las partes no pueda obtener que se tutelen judicialmente sus derechos, alegar y probar en su favor cuando la otra parte haya contradicho los hechos alegados en su petición y obtener una decisión judicial, que con fuerza de cosa juzgada, dirima la controversia planteada.

(Omissis)

Vistos los argumentos antes explanados y la conducta de las partes en el proceso, resulta evidente que no puede este Juzgador proceder simplemente a ordenar el cierre y archivo del presente expediente, por cuanto estaría contraviniendo flagrantemente los principios y normas constitucionales antes señalados, violentando además expresamente el derecho a la defensa y el debido proceso de los ciudadanos Víctor José de Jesús Vargas Irausquín y Carmen Leonor Santaella de Vargas.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, este Tribunal, tomando en cuenta los más importantes principios y fundamentos constitucionales, abrió una articulación probatoria de acuerdo con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, en la cual ambas partes promovieron y evacuaron pruebas a fin de demostrar los hechos alegados por cada una.

Las pruebas promovidas y evacuadas por ambas partes fueron objeto de control y contradicción por parte de su adversario, por lo cual el trámite realizado por este Tribunal cumple con todos los elementos que la Sala Constitucional ha utilizado para definir el derecho al debido proceso.

(Omissis)

Ahora bien, en el asunto planteado la sentencia del Juzgado de Municipio bajo una interpretación de la Constitución de 1999, se abstuvo de aplicar la parte in fine del artículo 185-A del Código Civil, es decir, la consecuencia jurídica prevista en el dispositivo y dar por terminado el proceso, y en su lugar, habilitó la aplicabilidad del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil en el curso del proceso de divorcio regulado en dicha norma del Código Civil y, con ello, permitir la promoción y evacuación de pruebas por vía de articulación, a fin de clarificar y resolver la situación que se presenta cuando el cónyuge citado niega la separación de hecho o la ruptura fáctica respecto al otro cónyuge por más de cinco (5) años.

Así, el tema de fondo versa sobre la interpretación constitucional del artículo 185-A del Código Civil y la ponderación de derechos y garantías constitucionales, como los contenidos en los artículos 75 y 77 constitucionales,

los relacionados con las libertades del ser humano y el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, cuya importancia –vale resaltar– no se limita al orden público vinculado con la protección de la familia y el matrimonio; sino también comprende los derechos al debido proceso y a la defensa en procedimientos donde el control probatorio de los hechos deviene en fundamental y en los cuales las conductas procesales individuales no pueden condicionar el desarrollo y final resolución del iter procesal, esto es, en el que una de las partes pueda unilateralmente poner fin a un proceso instado por la otra. Es por ello que la Sala al revisar la ratio de la decisión cuestionada en revisión y de la decisión apelada, requiere hacer una interpretación “conforme a la Constitución” del mencionado artículo 185-A, de cara al orden público, vinculado al estado y capacidad de las personas (p.ej.: la familia y el matrimonio), así como respecto a los efectos procesales vinculados a las acciones judiciales orientadas a su declaración o extinción, de allí la presencia del orden público constitucional que esta Sala debe tutelar en el ámbito procesal o adjetivo.

Por ende, el examen acerca de la constitucionalidad, habrá de ser efectuado por parte de esta Sala desde un plano constitucional tanto sustantivo como adjetivo, considerando para ello las normas contentivas de derechos fundamentales íntimamente vinculadas a la materia, previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como son el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26); los derechos al debido proceso y a la prueba (artículo 49); así como el derecho a la protección de la familia (artículo 77).

Por lo tanto, debe entonces analizarse los elementos que convergen en el proceso de divorcio regulado en el artículo 185-A del Código Civil, todo lo cual conducirá a dilucidar su carácter y naturaleza jurídica, cuestión que finalmente permitirá a esta Sala determinar si resultaba correcto que el juez de primera instancia habilitara la apertura de una articulación probatoria, como consecuencia de la interpretación comentada, o bien estuvo ajustada la aplicación literal del mencionado artículo a través del fallo de la Sala de Casación Civil, sujeto a la potestad revisora de esta Sala Constitucional.

(Omissis)

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el Capítulo V (De los Derechos Sociales y de las Familias) del Título III (De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes), contempla la protección tanto a la familia como al matrimonio. Así, el artículo 75 constitucional expresa que:

El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco

entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Por su parte, el artículo 77 de la Constitución señala:

“Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”.

De las citadas disposiciones constitucionales y de su ubicación en el Texto Fundamental se puede indicar que el Constituyente engrana al matrimonio dentro de la protección genérica a la familia, a que se refiere el artículo 75 constitucional, otorgándole, además, protección propia conforme al artículo 77. Debe precisarse que este desarrollo de la Constitución de 1999 contrasta con lo que la Constitución de la República de Venezuela de 1961 conceptualizaba como familia y matrimonio. Así, el artículo 73 de ese derogado Texto Fundamental, disponía:

“El Estado protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica.

La ley protegerá el matrimonio, favorecerá la organización del patrimonio familiar inembargable, y proveerá lo conducente a facilitar a cada familia la adquisición de vivienda cómoda e higiénica”.

La citada norma carece de otras referencias sobre la familia y el matrimonio que orientara a los intérpretes sobre qué podía entenderse por familia y matrimonio, así como sus características, principios que los rigen, entre otros aspectos a interpretar. Por tanto, era el Código Civil y las leyes especiales –y no la Constitución de 1961–, los textos normativos que aportaban los principios que regirían tanto a la familia como al matrimonio. Bajo esta situación surgió el artículo 185-A, producto de la reforma del Código Civil ocurrida en el año de 1982.

No obstante, la actual Constitución tiene otros elementos para entender jurídica y socialmente a la familia y al matrimonio y que implica un examen de la constitucionalidad del comentado artículo 185-A de origen preconstitucional.

*En este sentido, el artículo 75 de la Constitución de 1999 considera a la familia una asociación natural de la sociedad; pero así ella sea natural, toda asociación corresponde a una voluntad y a un consentimiento en formar la familia. Igualmente, considera que la familia (asociación fundamental) es el espacio para el desarrollo integral de la persona, lo que presupone –como parte de ese desarrollo integral– la preparación para que las personas ejerzan el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social. Por su parte, el artículo 77 eiusdem establece la protección al matrimonio, entre un hombre y una mujer fundada en el **libre consentimiento** y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges, lo que se concatena con los lineamientos del referido artículo 75.*

De allí que, el matrimonio solo puede ser entendido como institución que existe por el libre consentimiento de los cónyuges, como una expresión de su libre voluntad y, en consecuencia, nadie puede ser obligado a contraerlo, pero igualmente –por interpretación lógica– nadie puede estar obligado a permanecer casado, derecho que tienen por igual ambos cónyuges. Este derecho surge cuando cesa por parte de ambos cónyuges o al menos de uno de ellos –como consecuencia de su libre consentimiento– la vida en común, entendida ésta como la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (artículo 137 del Código Civil) y, de mutuo acuerdo, tomar las decisiones relativas a la vida familiar y la fijación del domicilio conyugal (artículo 140 eiusdem). En efecto, esta última norma del mencionado Código prevé que el domicilio conyugal “será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecido, de mutuo acuerdo, su residencia”.

Ahora, a pesar de ser estas normas pre-constitucionales –con relación de la Constitución vigente–, ellas encajan perfectamente en las características del matrimonio según la Constitución de 1999, ya que el consentimiento libre para mantenerlo es el fundamento del matrimonio, y cuando éste se modifica por cualquier causa y por parte de cualquiera de los cónyuges, surge lo que el vigente Código Civil Alemán en su artículo 1566, califica como el fracaso del matrimonio, lo cual se patentiza por el cese de la vida en común, uno de cuyos indicadores es el establecimiento de residencias separadas de hecho y que puede conducir al divorcio, como lo reconoce el citado artículo. La suspensión de la vida en común significa que el consentimiento para mantener el vínculo ha terminado, pero ello no basta per se, ya que el matrimonio, con motivo de su celebración mediante documento público da la certeza para que surja la presunción pater is est (artículo 201 del Código Civil), la existencia de un régimen patrimonial-matrimonial que crea efectos entre los cónyuges (artículo 148 eiusdem) y, con respecto a terceros, la posibilidad entre ellos de efectuar capitulaciones matrimoniales con motivo del matrimonio y registrarlas, surgiendo negocios que puedan involucrar a terceros sin que éstos pertenezcan al régimen patrimonial-matrimonial e igualmente permite determinar los efectos sucesorales entre cónyuges, y hace necesario que la ruptura del vínculo

matrimonial requiera una sentencia emanada de un tribunal competente para dictarla, mediante los artículos 185 y 185-A del Código Civil.

Justamente, entre las causales de divorcio hay dos que se fundan en la modificación del libre consentimiento de uno de los cónyuges de mantener la vida en común, las cuales son: el abandono voluntario (ordinal 2º del artículo 185 del Código Civil) y la separación de hecho por más de cinco años (artículo 185-A eiusdem), la cual al igual que la separación de cuerpos decretada judicialmente, bien como resultado de un proceso a ese fin o bien por mutuo consentimiento, requiere de una declaración judicial que la reconozca como requisito previo al divorcio. Luego, para el derecho venezolano, el cese de la vida en común por voluntad de ambos o de uno de los cónyuges es una causal de divorcio, de igual entidad en todos los anteriores supuestos, ya que en la actualidad se adapta a la previsión del artículo 77 constitucional, según el cual el matrimonio se fundamenta en el libre consentimiento. Adicionalmente, la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23-3), como la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17-3), establecen que el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; derecho que también está contemplado en el artículo 16-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estos derechos, conforme al artículo 19 de la Constitución vigente, son de goce y ejercicio irrenunciables, indivisibles e interdependientes y regidos por el principio de progresividad y sin discriminación alguna.

(Omissis)

Ante la negativa del hecho de la separación por parte del cónyuge demandado prevista en el artículo 185-A del Código Civil, el juez que conoce la pretensión debe abrir una articulación probatoria para constatar si es cierto lo que señala el solicitante, la cual será la del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, ya que ante un caso de igual naturaleza: la petición de conversión de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento en divorcio, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 765 prevé que si citado el cónyuge que no solicitó la conversión, éste alegare reconciliación, se abrirá la articulación probatoria del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil para que se pruebe la reconciliación, habiendo quedado ya probada la suspensión de la vida en común con el decreto judicial que autoriza la separación de cuerpos.

Por ello, no encuentra esta Sala ninguna razón para que una articulación probatoria similar no sea ordenada, para probar la separación de hecho, si al aplicarse el artículo 185-A del Código Civil, el cónyuge demandado (quien no solicitó el divorcio) no compareciere, o se limite a negar los hechos, o el Ministerio Público objete la solicitud. La diferencia es que en el caso de la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, la carga de la prueba de la reconciliación la tiene quien la invocó, y en el caso del mencionado artículo 185-A, la carga de la prueba de la separación de hecho prolongada la tiene

quien solicita el divorcio. Debe advertir la Sala, que la interpretación del artículo 185- A del Código Civil, en razón de la actual Constitución (artículo 77), del desarrollo de la personalidad, de la expresión del libre consentimiento, que se ha manifestado por aquel (cónyuge) quien suspendió la vida conyugal por un tiempo que el legislador lo consideró suficiente, no puede ser otra que ante la no comparecencia del otro cónyuge o la negativa por éste de los hechos, o la objeción del Ministerio Público, por tratarse de una negativa u objeción a los hechos (negativa que está involucrada en la no comparecencia del cónyuge de quien solicitó el divorcio), resulta absurdo interpretar que los hechos afirmados no los puede probar quien los alega. Es un principio de derecho que cuando se alegan hechos, ellos tienen que ser objeto de prueba, ya que ésta tiene como fin primordial y material constatarlos; y el artículo 185-A, plantea la negativa del hecho alegado por el solicitante del divorcio, quien, ante tal negativa, debe probar que no existe tal separación.

Adicionalmente, se observa que dentro de los elementos integradores de todo proceso judicial destaca la existencia de las partes y del juez, que en su conjunto conforman la trilogía clásica a través de la cual se conduce el ejercicio del derecho de acción (que corresponde en igualdad de condiciones a las partes en conflicto), colocando en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, con la finalidad de administrar e impartir justicia en un conflicto previamente existente.

En el caso del artículo 185-A del Código Civil, ciertamente el derecho a la acción desde el punto de vista activo viene delimitado por la presentación de la solicitud de divorcio ante el juez competente, quien una vez recibida la misma, cita al otro cónyuge a fin de que comparezca personalmente y, en un acto procesal respectivo, proceda a: i) convenir en el hecho de la separación fáctica que se haya prolongado por el lapso de tiempo indicado en la norma o, en su defecto, ii) negar al aludido hecho.

Así, por una parte se observa la presencia del elemento decisor que recae en el juez, quien constituye el tercero frente al cual se desarrolla el conocimiento y sustanciación del proceso de divorcio y, por la otra, se encuentra el elemento de las partes, dado que la solicitud de divorcio en el contexto del artículo 185-A, es presentada por el cónyuge solicitante, siendo dirigida contra el otro al cual se llama a juicio para oír sus razones –reconozca el hecho que sustenta la solicitud o bien lo niegue–.

En ese orden, destaca también el aspecto de la citación, dado que el curso normal del proceso implica el emplazamiento del cónyuge que no da lugar a la misma, ello con la finalidad de que, frente a la pretensión del cónyuge solicitante, aquél dé lugar a la exposición de las razones fundadas (de hecho o de derecho) que habiliten o no a la declaratoria del divorcio; donde como bien es sabido, puede existir el rechazo del cónyuge contra el cual va dirigida la misma.

Lo anterior descansa sobre un pilar fundamental, que es la comprobación de la ruptura fáctica del deber de vida en común de los cónyuges por un lapso mayor a cinco (5) años, aspecto que corresponde ser dilucidado de forma sumaria a través del cauce procedimental contenido en el mismo y en la forma que mejor convenga a los intereses del proceso, asegurando la consecución de la justicia material. Ello es lo que permite así calificar el carácter potencialmente contencioso del proceso estatuido en el artículo 185-A del Código Civil, a través del cual se declara el divorcio cuando es solicitado por uno de los cónyuges aduciendo la ruptura fáctica del deber de vida en común por un lapso mayor a cinco (5) años; pues como ya se ha dicho, puede surgir la situación según la cual, el cónyuge que no propuso la solicitud, en ejercicio del derecho de acción (desde el punto de vista pasivo, por haber sido citado y llamado a contestar la solicitud contra él dirigida), puede perfectamente oponer, negar y contradecir los hechos sostenidos por el solicitante.

Ahora bien, este carácter potencialmente contencioso del proceso de divorcio consagrado en la norma contenida en el artículo 185-A del Código Civil, se erige sobre la base según la cual, cada parte tiene la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, razón por la cual, adquieren importancia las manifestaciones del derecho constitucional a la prueba que informa a todo proceso judicial, cuyos alcances ha tenido oportunidad de ser desarrollados por esta Sala Constitucional, a través de una jurisprudencia prolífica y diuturna.

(omissis)

Es claro entonces concluir para esta Sala que la interpretación efectuada por el ya mencionado Juzgado de Municipio sobre el elemento de la articulación probatoria adelantada en el comentado proceso de divorcio, resultó conforme al Texto Fundamental puesto que su oportunidad y pertinencia estuvo motivada por la necesidad de comprobar la situación de la ruptura fáctica del deber de vida en común de los cónyuges por un lapso mayor a cinco (5) años.

Con lo cual, no podía el juez de instancia declarar la extinción del vínculo matrimonial o, en su defecto, extinguir la causa y archivar el expediente por el solo dicho de uno de los cónyuges, sin antes haber atendido a los principios que integran la garantía del debido proceso como lo son la libertad y control de la prueba y la intermediación del juez, mediante la comprobación de los hechos y alegaciones de ambas partes.

Lo anterior, reviste importancia no sólo bajo el prisma de un análisis orientado a salvaguardar la garantía constitucional del debido proceso – exigible aún en los juicios más cotidianos y que en apariencia no revisten ninguna complejidad, como lo sería un divorcio de acuerdo al artículo 185-A del Código Civil– sino también por la naturaleza consensual que se exige tanto al nacimiento del vínculo matrimonial (cuando se contraen nupcias) como también para su extinción a consecuencia de una ruptura libre, espontánea y bilateral cuya prolongación supere los cinco (5) años. Así, cuando el cónyuge

citado o emplazado niegue, rechace o contradiga (en un juicio de divorcio conforme al artículo 185-A), que no ha habido la ruptura en forma libre, espontánea y bilateral, ese mismo carácter consensual se controvierte e impone un deber al juez de buscar la verdad sobre las afirmaciones efectuadas, tanto por quien ha iniciado el proceso en condición de accionante, como también de aquel que ha comparecido en calidad de emplazado o citado.

Muestra de lo anterior se encuentra en lo claramente establecido por el legislador, cuando en el Código de Procedimiento Civil, Libro Cuarto (“De los Procedimientos Especiales”), Parte Primera (“De los Procedimientos Especiales Contenciosos”), Título IV (“De los Procedimientos Relativos a los Derechos de Familia y al Estado de las Personas”), Capítulo VIII (“De la Separación de Cuerpos por Mutuo Consentimiento”), en el único aparte in fine del artículo 765, estatuye que:

*“Si se alegare la **reconciliación** [lo que supone “vida en común”] por alguno de los cónyuges, la **incidencia** se resolverá conforme a lo establecido en el **artículo 607** (que prevé una articulación probatoria) de este Código.” (Negrillas y entre corchetes de esta decisión).*

De la simple lectura de esa disposición (concatenada con los artículos 762, 763, y 764 eiusdem que le preceden) pueden extraerse los siguientes elementos:

(i) La separación de cuerpos por “mutuo acuerdo” supone, en principio, al igual que el divorcio ex artículo 185-A, un juicio de aparente “jurisdicción voluntaria” por la circunstancia que ambos cónyuges de forma libre y espontánea, peticionan “ante el juez que ejerza la jurisdicción ordinaria en primera instancia” (véase artículo 762 del Código de Procedimiento Civil), la ruptura de la vida en común;

(ii) Una vez acordada la separación, los cónyuges pueden de “mutuo acuerdo” y sin contención alguna, solicitar la conversión de la aludida separación en divorcio;

(iii) No obstante, si una vez efectuada la anterior solicitud de conversión por uno solo de los cónyuges, el otro “alegare” la “reconciliación”, esto es, afirmase que se han restablecido los atributos y deberes del matrimonio que incluyen, pero no exclusivamente, la “vida en común”, el juez (en aparente jurisdicción “voluntaria”), resolverá ese controvertido o debate, a través de la articulación probatoria a que se refiere el artículo 607 del CPC.

*De la norma bajo análisis (artículo 765 del Código de Procedimiento Civil) destaca el empleo de diversos vocablos por parte del legislador, tales como: **i)** “alegare”, pues supone una afirmación que se formula en “oposición,” para asistir una “postura,” conllevando una “invocación,” “réplica,” o “confrontación” de ideas o argumentos; **ii)** “reconciliación”, que supone, en un vínculo matrimonial, no menos que la interrupción o extinción de la “separación” y un cúmulo de hechos y circunstancias fácticas que*

incluyen el restablecimiento de la “vida en común” o cohabitación, entre otros factores; iii) “incidencia” que alude a la ocurrencia en el proceso (de aparente “jurisdicción voluntaria”) de un hecho sobrevenido que implica proveer sobre un controvertido entre las partes, generando así la necesidad de desarrollar una etapa, fase o iter que no estaba inicialmente previsto, de allí la “ocurrencia de una incidencia”; y iv) “resolverá” lo que supone una sentencia que hará un juicio de mérito y valor respecto de lo “alegado” y “probado” (porque se evacuarán pruebas conforme a la articulación prevista en el artículo 607 eiusdem).

En ese mismo contexto, destaca la Sala que el procedimiento judicial que se ha previsto en el artículo 185-A del Código Civil –bajo análisis– debe adaptarse a las garantías procedimentales consagradas en el constitucionalismo moderno –recogidas en la Constitución de 1999– que exigen la existencia de un debate probatorio en donde las partes puedan, no solo comprobar los hechos que le asisten, sino también controlar las pruebas evacuadas en oposición a sus posturas.

Prueba de ello se encuentra, precisamente, en el procedimiento de separación de cuerpos por mutuo consentimiento –antes analizado– que, a pesar de estar incluido por el Código de Procedimiento Civil dentro de los “Procedimientos Especiales Contenciosos” y de suponer un consenso entre los cónyuges para “manifestar” ante el juez su deseo de separarse, puede generar una “incidencia” que sólo será “resuelta” mediante una sentencia que haya antes desarrollado una incidencia probatoria a tenor de lo previsto en el artículo 607 eiusdem.

Razones todas estas que generan certeza y convicción en esta Sala, que una interpretación del artículo 185-A del Código Civil conforme con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe ser aquella que admita la apertura de una articulación probatoria para el supuesto que cualquiera de los cónyuges cuestione la verificación de la ruptura de la vida en común por un tiempo superior a cinco (5) años.

Constata esta Sala a través de las sentencias cuyo examen de la constitucionalidad vía revisión aquí se analiza, que el fundamento a través del cual el ya identificado Juzgado de Municipio habilitó la apertura de la mencionada articulación probatoria, radicó en que la cónyuge citada en el proceso de divorcio negó el hecho principal objeto del proceso (es decir, negó la ruptura fáctica del deber de vida en común de los cónyuges, por un lapso mayor a cinco años). Pues bien, situaciones como las aquí analizadas donde se formulan afirmaciones negativas de hechos definidos y concretos, no escapan igualmente de la necesaria actividad probatoria, puesto que la sola circunstancia de ser un hecho negativo, no dispensa de su prueba a quien lo alega; en otras palabras, al encontrarnos en presencia de alegaciones negativas definidas, su prueba es perfectamente factible.

En tal sentido, esta Sala Constitucional, en ejercicio de su facultad de garante y último intérprete de los derechos y garantías constitucionales, fija con carácter vinculante la interpretación constitucional del artículo 185-A del Código Civil que ha sido efectuada en la presente decisión a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Además, se ordena publicar la siguiente decisión en la Gaceta Judicial y la página web de este Máximo Tribunal, con el siguiente sumario: “Si el otro cónyuge no compareciere o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, el juez abrirá una articulación probatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y si de la misma no resultare negado el hecho de la separación se decretará el divorcio; en caso contrario, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente”. Así se declara.

Esta Sala Constitucional considera innecesaria la apertura de un procedimiento judicial orientado al ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad de la norma ya analizada; todo de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que habilita a esta Sala Constitucional a ponderar cuándo y en qué casos tal apertura resultaría necesaria para salvaguardar la interpretación uniforme de los principios y garantías constitucionales.

Adicionalmente esta Sala observa que, de la decisión cuya revisión se solicita se advierte que la Sala de Casación Civil, en ejercicio de sus competencias legales (artículo 31.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), tramitó y decidió un avocamiento que le fuere solicitado respecto de un proceso de divorcio, con la especial particularidad de que en el contexto de dicho asunto, subyacía el ejercicio previo del mecanismo de control difuso del artículo 185-A del Código Civil por parte de un juzgado de municipio, que conoció y decidió primigeniamente un proceso de divorcio, cuyo fallo de primera instancia fue objeto de anulación por esa Sala, actuando extraordinariamente como segunda instancia, con base en las razones que guardan estrecha vinculación con la norma cuya desaplicación resultó efectuada.” 87

Como podemos observar, no es mera casualidad que buena parte de los aspectos que habíamos criticado de la sentencia en avocamiento de la Sala de Casación Civil, fueron señalados como errores por la Sala Constitucional. Además de ello, está también el elemento argumentativo con el cual la Sala hizo gala del post-positivismo que inmiscuye la institución familiar para este tipo de pretensiones.

87. Ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/164289-446-15514-2014-14-0094.HTML>

Comencemos el análisis por los siguientes puntos, consideramos que la solicitud de divorcio contemplada en el artículo 185-A del Código Civil, no es simplemente una modalidad de disolución del vínculo matrimonial, más que eso, es una posibilidad jurídica del cónyuge separado por más de un determinado tiempo (cinco años), en requerir al Tribunal, previa citación del otro cónyuge, en declarar disuelta una unión matrimonial que no se hizo sostenible en el tiempo, de manera que la pretensión busca autenticar y dar por demostrado la ruptura de una unión matrimonial, que ya no cumple con una de sus principales características, la cual es el deber de cohabitación.

Así mismo, concebir el procedimiento de divorcio por el artículo 185-A del Código Civil, como de carácter contencioso, por el simple hecho de que uno de los cónyuges es emplazado al proceso, y que al mismo tiempo la cosa juzgada declarada en la sentencia es relativa, nos parece una lamentable conclusión.

Estas dos principales características, son las que malinterpretan la noción institucional que representa el divorcio bajo esta modalidad, pues como hemos afirmado al inicio del trabajo, la oposición sin duda alguna busca generar un impedimento en la solicitud de que la realiza, y evidentemente, tal oposición necesita ser fundada bajo argumentos apoyados en determinado tipo de pruebas, de lo contrario, se hace totalmente necesario dar apertura a una articulación probatoria que ayude a poner en un plano de igualdad, la posición antagónica que ahora tienen las partes en el caso.

La contención no viene simplemente dado para iniciar un juicio, pues en los procesos de jurisdicción voluntaria, hemos notado que siempre está latente la posibilidad en que un tercero interesado o afectado por la solicitud, acuda al caso a exponer las razones que él considera inconveniente en que sean desarrolladas.

De cualquier manera, a pesar de las puntuales críticas que hacemos a la sentencia dictada por la Sala Constitucional, creemos que fue acertada la decisión de dar apertura a una articulación probatoria, cuando este tipo de incidencias generan esta contención de intereses estrictamente limitada a una pretensión puntual carente de coerción.

4.3 Criterios planteados por la jurisprudencia en Latinoamérica.

Aunque por muy extraño que parezca, la jurisprudencia en América Latina referente a la jurisdicción voluntaria, no es un tema del que haya resultado de enorme controversia. De hecho, no hay jurisprudencia en el continente, que de una u otra manera aproxime tanta conflictividad procesal en el tema, como lo es el caso de Venezuela. Si ponemos a prueba la afirmación realizada, basta que echemos un vistazo como muestra de ello, al caso María de la Cruz Silva, expediente N° T-461931, dictado por la Corte Constitucional de Colombia, en fecha 21 de septiembre de 2001, en donde en medio de un trámite de interdicción por demencia, llevado en jurisdicción voluntaria, la Sala considera que los medios impugnativos contra las providencias dictadas por el Juez de la causa, deben ser corregidas de manera interna por el mismo Tribunal.

“La Sala considera que la acción de tutela propuesta no es el camino jurídico para dejar sin valor jurídico alguno la providencia adoptada por el Juzgado accionado mediante la cual decretó la interdicción provisoria, porque, como bien se lee en la cita jurisprudencial de la Corte hecha en precedencia, la intervención del juez de tutela, por ser estrictamente excepcional, debe estar encaminada a determinar si a pesar de existir errores o faltas en los procesos, éstos pueden ser corregidos en el propio proceso, a través de los distintos mecanismos que prevé la ley, esto es si para su corrección se pueden proponer recursos, pedir nulidades, etc.; y ello es justamente lo que ocurre en el caso concreto, porque en el juicio de interdicción tantas veces mencionado, independientemente de las críticas que pudieran hacerse a la eventual falta de solvencia práctica del juez accionado para decidir oportuna y certeramente las múltiples peticiones de los sujetos procesales, que sin duda han entrabado de manera inusual el proceso, se han interpuesto los recursos del caso y pueden proponerse las nulidades a que haya lugar lo que dará lugar a la intervención del juez de segunda instancia de ser necesario, el cual puede perfectamente corregir los errores de cualquier orden suscitados en el proceso, de modo que, al juez de tutela le está vedado inmiscuirse en dicho trámite pues ello implicaría una intervención indebida y al margen del derecho. En ese sentido, vale destacar como el propio apoderado puso de presente que la Sala de Familia del Tribunal Superior decretó una nulidad, lo cual no puede menos que corroborar que es al interior del propio proceso de interdicción en donde se deben resolver los problemas jurídicos a que haya lugar.”⁸⁸

88. Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1021-01.htm>

Otro ejemplo lo encontramos en Brasil, donde las posiciones en cuanto a la materia, son más lapidarias aún, y llegan a decirse argumentos que cierran incluso la posibilidad en que las decisiones en estos procesos generen algún tipo de efecto, muy a pesar de que el propio contenido de la Ley adjetiva es muy similar en Venezuela y en muchas otras partes del continente, a lo que enunciados se refiere.

“Quanto á jurisdição voluntária, nela não há processo, não há partes, não há lide, não há sentença de mérito e não se forma a coisa julgada material. A decisão proferida é irrevocável” 89.

Por último, y ya para concluir, México presenta una interesantísima propuesta con respecto a las oposiciones en los procesos de jurisdicción voluntaria, partiendo en primer lugar, como punto de origen al concepto, que las solicitudes en jurisdicción voluntaria consisten en pedir y no en demandar, y que por tanto, cualquier acto que enerve ese requerimiento, convierten de manera forzosa la solicitud en un proceso contencioso.

*“El artículo 698 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado establece, en relación con las diligencias de jurisdicción voluntaria, que si existiera oposición de parte legítima se seguirá el negocio en el procedimiento incidental, siempre que la oposición no se funde en la negativa del derecho del que promueve las diligencias pues, en esta hipótesis, se sustanciará el pleito conforme a los trámites establecidos para el juicio. Lo anterior permite establecer que por ser una característica esencial de las diligencias de jurisdicción voluntaria la inexistencia de disputa entre las partes, cuando la persona contra quien se inicie la providencia precautoria manifiesta su oposición negando el derecho del promovente, entraña la conclusión de las diligencias de jurisdicción voluntaria y da lugar al surgimiento de una controversia que, necesariamente, deberá dirimirse conforme a los trámites establecidos para el procedimiento contencioso correspondiente, en el que podrán resolverse las situaciones jurídicas acerca de las cuales se suscite la inconformidad y, en donde, a diferencia de aquélla sí podrá declararse el derecho controvertido.”*90

89. Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_45/panteao.htm

90. Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Séptimo Circuito. Amparo en revisión 1272003. José Juan González Arredondo y otra. 30 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Adrián Avendaño Constantino. Secretario: Rubén Rogelio Leal Alba.- Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, septiembre de 1998, página 1175, tesis III.Io.C.81 C.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como bien hemos podido apreciar en la presente investigación, los procesos de jurisdicción voluntaria guardan una estructura procedimental de tipo contradictorio, a pesar de que constantemente la doctrina se encargue de explicar la ausencia de contención, estos procesos buscan la participación de terceros interesados en la solicitud.

Es por ello, que la oposición siempre será una opción a ese tercero que pudiera incluso ser llamado al proceso, a que manifieste su inconformidad sobre la validez de determinado requerimiento. Esto al final nos da un indicio en que la contención está latente, pero no en curso, porque al fin de cuentas no existe una verdadera contraposición de hechos, sino la manifestación de intereses contrapuestos a la autenticación de determinado acto a realizar por el Juez.

Esto convierte el proceso en una verdadera sede prejudicial, que pone en primer contacto la contraposición de sujetos frente a una situación que pudiera devenir en un juicio, lo que al final pone de relieve una oportuna intervención del Juez para resolver diferencias.

Precisamente, esta clase de reflexiones no significa interpretar la jurisdicción voluntaria en algún tipo de sede arbitral, pero si en un verdadero espacio de sinceramiento de intereses, pues los enunciados que a modo general se esbozan en este tipo de procesos, abren la posibilidad de dar trámite a la promoción y evacuación de pruebas, cosa que al final pone en balance la consistencia de los intereses contrapuestos.

Creemos pues, que la jurisdicción voluntaria no debe ser minimizada al punto de catalogar sus actuaciones como poco relevantes y de efectos condicionados, pues toda la intervención dada por el solicitante, e incluso del mismo tercero o sujeto emplazado al

proceso, podrán dejar un importante precedente frente a un eventual juicio contencioso. Es tal la aseveración dada, que la oposición convierte al Juez en un examinador del destino del proceso, pues podría tomar actitudes que guarden una aparente tutela frente al solicitante, o por el otro lado cubrir la resistencia al acto del tercero opositor, frente a la realización de un acto del que teme consecuencias perjudiciales hacia su esfera jurídica.

Cualquiera sea la lectura que le sea realizada a estas incidencias, es muy vital que se guarde la debida coherencia frente a cada actuación en estos procesos, pues creemos injusto que cualquier oposición infundada que le sea dada al solicitante, evite el amparo de un interés que fue presentado como legítimo.

Como corolario de los argumentos realizados, nos parece oportuno transcribir las reflexiones de la Dra. MARIOLGA QUINTERO, quien de manera similar llegó a las conclusiones que hicimos en el presente trabajo, por las aproximaciones argumentativas que se hicieron sobre la solicitud de las medidas cautelares anticipadas a un juicio.

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

Deberíamos estudiar también la posibilidad de revertir la carga de demandar, esto es, que el sujeto afectado por la medida ante causam que desea dilucidar la certeza del derecho reclamado por el solicitante (sic) la medida, sea sobre quien penda la alternativa de demandar.”⁹¹

91. QUINTERO, M. “Las medidas cautelares anticipadas”, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila. año 2004. pp. 287.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÀ ZAMORA, Niceto, “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, en Estudios de teoría general e historia del proceso”, UAM, años 1945-1974.

ALCALÁ ZAMORA, Niceto, “Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria”. Estudios de teoría general e historia del proceso, años 1945-1972.

ALMAGRO NOSETE, José, “Derecho Procesal”, tomo I, vol. II.

ANGEL BRICEÑO, Rafael, “De las Irregularidades Administrativas en las Sociedades Mercantiles”, Tercera Edición, año 1998.

ATIENZA, Manuel. “El derecho como argumentación”, Editorial Ariel, año 2006.

CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones del Proceso Civil”, tomo I, edición Atenea, año 1950.

CARNELUTTI, Francesco. “Sistema de Derecho Procesal Civil”, Tomo I.

CHIOVENDA, Giuseppe, “*Principios de Derecho Procesal Civil*”, Tomo I, Primera Edición, Madrid, año 1922,

CABRERA ROMERO, Jesús. “Contradicción y control de la Prueba Legal y Libre”. Tomo I. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L. año 1997.

CUENCA, Humberto, “Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Novena Edición, UCV, año 2001.

DE MARTINO, “*La Giurisdizione nel Diritto romano*”, Padova, año 1937.

DOMINGUEZ, María. “La Convivencia Familiar”, Ediciones Paredes, 2012.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, “La demanda”. Segunda edición. Caracas, Ediciones Homero, año 2000.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Antonio, “La Jurisdicción Voluntaria”, Civitas, año 2001.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. “La reforma de la jurisdicción voluntaria y la atención a las situaciones de incapacidad, dependencia y vulnerabilidad”, Universidad Autónoma de Madrid, año 2001.

GARRILLO, Falla, “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Tecnos, año 2002.

GIRAD, Les “*Leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*”, en ZSS, año 1913.

GIL SÁNCHEZ, Rubén. “Notas sobre la Argumentación en el Proceso Constitucional Mexicano”. Revista Iberoamericana, doctrina N° 6, año 2006.

GIOFREDI, “*Contributi allo studio del proceso civile romano*”, Roma, año 1947.

GIMENO GAMARRA, “Ensayo de una teoría general sobre jurisdicción voluntaria”, Editorial ADC, año 1953.

GÓMEZ-ORBANEJA y HERCE, “Derecho Procesal Civil”, tomo II, Madrid, año 1969.

GUASP, Jaime “Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Editorial Civitas, año 1973.

GUASP, Jaime., “Derecho Procesal Civil”, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, año 1968.

GÚITE, Tomás. “El Procedimiento de Rectificación de Partidas y Nuevos Actos del Estado Civil”, Trabajo de tesis de la UCV, año 2013.

IGNACIO ZERPA, Levis, “La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la Sociedad Anónima”, Trabajo Especial de Grado, año 1989.

IBARRA, Alfredo, “La Entrega Material de Bienes Vendidos: Un procedimiento no contencioso”, Vadell Hermanos Editores, año 2006.

IGNACIO ZERPA, Levis “Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica”. Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N° 3, año 2010.

KASER, “*Das Römische Zivilprozessrecht*”, Munchen, año 1966.

LAURIA, -*Jurisdictio*-, en “*Studi in memoria di P. Bonfante*”, tomo II, año 1930.

Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.991, en fecha 29 de julio de 2010.

Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña, y Adolescente, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.859, en fecha 10 de diciembre de 2007.

ORTIZ, Rafael. “La Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos”, Editorial Frónesis, año 2004.

PLUGIESE, “*Il proceso formulare*”, Tomo II, Milano, año 1963.

PALMIERI, “*Legis actio*”, in *alcune fonti giuridiche*, en “*Arangio Synteleia*”, Tomo I, Napoli, año 1964.

PALOMINO, Manuel, "Forma de la pretensión procesal: la demanda y sus efectos", Varios autores, La contestación de la demanda", Ediciones Liber, año 2009.

PRIETO CASTRO, Federico, contribución dogmática del Ministerio Fiscal, en “Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal”, Madrid, año 1964.

RENGEL-ROMBERG, Arístides. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”, según el nuevo Código de 1987, año 2007.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco “Enjuiciamiento Civil: Cómo gestionar los litigios civiles”, tomo I, editorial Atelier, año 2008.

SATTA, Salvatore. “Manual de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Editorial Europa América, año 1971.

TARUFFO, Michele “Sobre las Fronteras, Escritos sobre la justicia civil“, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, año 2006.

URRACA, José. “Discurso de orden pronunciado por el Dr. José Rodríguez Urraca, en el acto de colación de los abogados integrantes de la promoción Dr. Donato Pinto.” Año 1986.

VESCOVI, Enrique, “Teoría General del Proceso”, año 1984, Editorial Temis.

VESCOVI, Enrique, "La acción y la Excepción, La contestación de la demanda", Varios autores, Ediciones Liber, año 2009.

Sitios en Internet del que se obtuvieron materiales

www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia (Página Web del Tribunal Constitucional del Reino de España)

www.tsj.gov.ve/decisiones (Página Web del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela)

www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo (Página Web del Tribunal Supremo del Reino de España)

<http://pildoraslegales.com/2014/08/03/la-nueva-ley-de-jurisdccion-voluntaria/>-(Página Web informativa del Poder Judicial en España).