

ANATOMÍA DE LA INDEFENSIÓN

PROF. JOSÉ CARLOS BLANCO RODRÍGUEZ*

SUMARIO

1. Introducción. 2. La indefensión como problema. 2.1. La indefensión en la doctrina y jurisprudencia española. 2.2. La tutela judicial efectiva y la indefensión en Venezuela. 3. Dictamen sobre la indefensión en Venezuela. 3.1. Indefensión por denegación de justicia en materia cautelar. 3.2. Indefensión procesal o indefensión constitucional. 3.3. La indefensión por incoherencias de la legislación. 3.4. La indefensión como problema humano. 4. Ilusiones de justicia. 5. Conclusión. Referencias bibliográficas.

* José Carlos Blanco Rodríguez, Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica Andrés de Bello de Guayana, en Pregrado y Postgrado. Especialista en Derecho Procesal Civil y Mercantil. Profesor de Filosofía del Derecho en la Maestría de Filosofía de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor investigador del Centro de Estudios Regionales Joseph Gumilla de Ucab Guayana. Miembro colaborador de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para el Estado Bolívar.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los avances más importantes del Derecho es garantizarle a los justiciables la posibilidad de intervenir efectivamente en los juicios donde pueden verse afectados sus derechos o intereses. No dudamos en afirmar que, el derecho de defensa, como aspiración moral, principio procesal o garantía constitucional, es una de las conquistas más importantes de la humanidad en su lucha permanente contra la barbarie. Pero muchas veces, el ejercicio de ese derecho, aun cuando es indiscutiblemente reconocido, queda reducido a una formalidad, que permite la aparición de uno de los peores vicios que pueden afectar a un juicio: la indefensión. Inexplicablemente, en tiempos de incuestionable progreso de la ciencia jurídica, la indefensión convive armoniosamente con la tutela judicial efectiva y otras garantías procesales que tratan de evitarla. Ese es el tema que nos ocupará: llamar la atención sobre una realidad incuestionable, que no solo es un problema procesal o constitucional, es una de las situaciones más humillantes que puede sufrir el hombre y no se le está dando la importancia que requiere.

El vocablo, *indefensión*, siempre ha estado presente en la doctrina y la jurisprudencia con diferentes significados, mayormente, como sinónimo de una *injusticia procesal* que debe evitarse. Su importancia se evidencia en que siempre se relaciona con el derecho constitucional de defensa, al extremo de que la Constitución Española en el artículo 24 textualmente señala: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún momento pueda producirse indefensión*”.¹ Pero un importante sector de la doctrina hispana no ve con

¹ REINO DE ESPAÑA. *Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, Gaceta de Madrid, numero 311.1, 29/12/78.

buenos ojos la incorporación de la palabra *indefensión* al citado texto: Leemos en el trabajo de Alex Carocca Pérez, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*:

“(...) Posiblemente en buena medida como reacción, frente a la utilización abusiva y poco precisa del término indefensión por una gran parte de la abundantísima jurisprudencia constitucional recaída sobre el artículo 24 CE, en el sentido que hemos reseñado en el epígrafe precedente, como sinónimo de <falta> o <no otorgamiento> de la tutela judicial efectiva y/o de cualquier otra garantía, se han alzado autores, que situándose en el otro extremo niegan al concepto toda validez e importancia.

“Así, algunos han venido sosteniendo insistentemente que se trata de un concepto <a técnico -vulgar incluso-; de imposible definición a priori> ...

Por eso no resulta extraño que por estos comentaristas se haya podido llegar a aseverar, con evidente exageración, que indefensión en la jurisprudencia constitucional <es sinónimo de injusticia procesal> y en consecuencia sostengan que es un término que debería ser desterrado del ordenamiento procesal. (...)”²

Con este artículo no pretendemos incursionar a fondo en el referido debate, ni en los innumerables trabajos de investigación referenciales, donde se estudia la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y la delimitación del concepto de indefensión. El objetivo responde a pretensiones menos dilatadas, referidas a casos concretos donde la indefensión ha permanecido inmutable, a pesar de que los justiciables han utilizado todos los medios que el Derecho pone en sus manos para evitarla. La vieja indefensión, que se producía cuando se seguían juicios a espaldas de los afectados, o se sustanciaban arbitrariamente negándoles la posibilidad de defenderse, ha cambiado por otra, más peligrosa, que se esconde bajo el traje del cumplimiento de un debido proceso legal.

El problema de la indefensión es de amplio espectro. Puede abarcar todas las materias del Derecho, y trasciende lo teórico para enraizarse en la realidad de los dramas humanos. En este espacio solo vamos

² Alex Carocca Pérez, *Garantía Constitucional De La Defensa Procesal*, primera edición, Librería Bosch, Barcelona, 1998, p. 356.

a referirnos al Derecho civil, consciente de que en el penal se viven situaciones más dramáticas que las que se van a comentar. Las siguientes disertaciones tienen por objeto destacar la existencia de un problema, sin pretender llegar a la profundidad doctrinaria o jurisprudencial de un estudio acabado que, para nuestro caso, es muy difícil, porque la realidad de la indefensión es impredecible. El objetivo es revivir un interés que parece perdido, en medio de una rutina procesal que le cuesta liberarse de hábitos sumisamente aceptados, en perjuicio de las garantías constitucionales plasmadas en los textos, pero que en realidad parecen aspiraciones inalcanzables.

En cuatro partes se divide esta reflexión: la problemática del concepto, los criterios para identificar la indefensión, las ilusiones o quimeras jurídicas, que reiteradamente insisten en remedios fracasados para la búsqueda de un proceso ideal y, obviamente, la posición final en la conclusión

2. LA INDEFENSIÓN COMO PROBLEMA

En la doctrina y jurisprudencia venezolana el problema de la indefensión siempre ha estado presente. Sin remontarnos demasiado al pasado, cuando leemos los comentarios de Arminio Borjas, específicamente, sobre el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil de 1916, ya se destaca allí la importancia y gravedad del asunto de la siguiente forma:

“(…) Art 21 (CPCV) Los tribunales mantendrán a las partes en las facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades; y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitirse ellos extralimitaciones de ningún género (...)

El principio de la igualdad ante la ley que, como canon constitucional, implica que todos deban ser juzgados en Venezuela por unas mismas leyes, sin que valgan en contrario distinciones ni privilegios de castas o clases, pues unas y otras que están abolidos, sería nugatorio en los Tribunales de justicia si la más absoluta imparcialidad de los Jueces. A sancionar el deber en que están de guardarla

*se contrae la disposición precedente. Cuando la ley acuerda a las partes derechos y facultades comunes, no podría el Juez reconocérselos a una sola, concediéndole una preferencia y estableciendo una desigualdad irritante, inconstitucional y en abierta oposición con la función judicial de dar a cada uno lo suyo (...)*³

La igualdad e imparcialidad no es solamente un simple problema procesal, es una garantía constitucional, como bien afirma Borjas. Igual mención encontramos en el artículo 68 de la Constitución de 1961, donde se destaca la importancia del derecho a la defensa *“Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no disponga de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”*⁴

Y por último, en esta apretada introducción, nos encontramos que el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil vigente, cambia la redacción en relación con el derogado agregando: *“Los jueces garantizarán el derecho de defensa...”*⁵

En la jurisprudencia preconstitucional, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil se refería a la indefensión de la manera siguiente:

“(...) Reiterada doctrina de la Casación Venezolana ha sostenido que se rompe el equilibrio procesal y surge la indefensión cuando:
1° se establecen preferencias y desigualdades
2° Cuando se acuerdan facultades, medios o recursos no establecidos en la ley, o se niegan los permitidos por ella
3° Si el juez no provee sobre las peticiones en tiempo hábil en perjuicio de una parte
4° cuando se niega o silencia una prueba o se resiste a su evacuación.

³ Arminio Borjas, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo I, Ediciones Librería Piñango, Caracas, 1973, 62.

⁴ Constitución de la República de Venezuela, Congreso de la República, Gaceta Oficial N° 662 Extraordinario de fecha 23 de enero de 1961.

⁵ Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990.

5° Cuando el Juez menoscaba o excede sus poderes en perjuicio de uno de los litigantes (Sentencia del 24 de enero de 1991, Wilfredo Enrique Motta Solórzano contra José Alejandro Colmenares Vega; exp. 89-097 (...))”⁶

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia haciendo referencia a la doctrina española define la indefensión de la manera siguiente:

“(...) ‘... la prohibición de la indefensión (...) implica el respeto del esencial principio de contradicción’ (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 48/86, de 26 de abril).

‘... (el) derecho de defensa implica, pues, la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos’ (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 123/189, de 6 de julio).

‘... (debe respetarse) el derecho de defensa de las partes contendientes o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido legalmente antes de la Constitución, y expresado bajo el clásico principio procesal nemine damnatur sine auditur, se conculca, como ha señalado este Tribunal, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa –S de 23 de noviembre de 1981, R 189/1981-, proscribiendo la desigualdad de las partes –S de 23 de abril de 1981, R 202/1981-, por contener tal norma un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de promover la contradicción –S de 31 de marzo de 1981, R 197/1981-’ (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 4/1982, de 8 febrero).

En suma, cabe afirmar que el contenido esencial del derecho fundamental que, para el justiciable, representa la garantía constitucional de la defensa en el proceso, estriba en la posibilidad, normativamente tutelada, de obrar y controvertir en los procesos en que haya de juzgarse sobre sus intereses in concreto.

⁶ Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Tomo I, Ediciones Pierre Tapia, Caracas 1991, pp. 145-146.

Por tanto, se configura un supuesto de indefensión cuando, en determinado procedimiento judicial, se causa perjuicio directo e inmediato a un sujeto de derecho sin habersele dado audiencia, esto es, sin habersele permitido el ejercicio de su derecho de contradicción” (s.S.C. n° 515, 31.05.2000) (...)”

(Sentencia de fecha 17/7/ 2001 exp. 00-3139 Luis Alberto Guacare López contra Expresos la Guayanesa C.A) (...)⁷

Tanto la idea preconstitucional de la extinta Corte Suprema de justicia, como la posterior del actual Tribunal Supremo, recogen el concepto tradicional de indefensión, que se produce cuando el juez impide a las partes el derecho de alegar, probar o de apelar del fallo que le es desfavorable. No es una tesis equivocada, como tampoco lo es, la que considera que es un perjuicio directo que se le causa a una parte en un determinado procedimiento judicial. Pero limitar la indefensión solo a la tutela de obrar en juicio, puede ser insuficiente para un análisis más detenido de las diversas situaciones en que puede producirse, corriéndose el riesgo de caer en un reduccionismo que impide ver el fenómeno en toda su magnitud.

2.1. La indefensión en la doctrina y jurisprudencia española

La indefensión puede presentarse de diferentes formas y eso hace que sea interpretada de manera distinta. La doctrina española con motivo de la redacción del artículo 24 comentado en la sentencia antes citada, produce un interesante debate por la forma en que el Tribunal Constitucional español la interpreta. Joan Pico i Junoy en su libro *Las garantías Constitucionales del Proceso*, señala:

“(...)

A) Concepto de indefensión constitucional

Lo que constituye la indefensión del artículo 24.1 C.E. no es algo de fácil delimitación, pues a ella se refiere en muy diversos sentidos el T.C. Sin embargo, el concepto más común que suele ofrecer de indefensión constitucionalmente proscrita es aquel que la define como la prohibición o limitación del derecho de defensa, que

⁷ Sala Constitucional, Tribunales Supremos de Justicia (Sentencia 00-3139, de fecha 17/7/ 2001 exp. 00-3139 disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Julio/1251-170701-00-3139%20%20.htm>).

se produce en virtud de actos de los órganos jurisdiccionales que suponen una mengua o privación del derecho de alegar y probar, contradictoriamente y en situación de igualdad.

B) Requisitos de la indefensión Constitucional

Para que pueda ampararse una situación de indefensión, el TC. Exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Debe ser material, esto es, no formal o meramente procesal, Por ello, ha de existir una privación o limitación sustancial del derecho de defensa del recurrente cifrado, como hemos apuntado anteriormente en la imposibilidad de efectuar alegaciones o de probar lo alegado.

b) Debe tratarse de una privación real, efectiva y actual, no potencial abstracta o hipotética, de los medios de alegación o prueba.

c) *Tiene que ser total y absoluta, esto es que suponga una reducción a la nada de las posibilidades de defensa de quien sufre la indefensión.*

d) *Ha de ser definitiva, sin que puedan los interesados promover la defensa de sus derechos o intereses legítimos en un ulterior juicio declarativo. En consecuencia, ni en los procesos sumarios ni los de jurisdicción voluntaria. Puede tener lugar esta infracción-*

e) *Debe ser imputable exclusivamente, de modo inmediato y directo al órgano jurisdiccional; esto es, no puede ser provocada ni consentida por el recurrente con algún tipo de pasividad, impericia o negligencia. (...)*⁸

Considera el citado autor, en nota bibliográfica del mismo texto, que la prohibición de indefensión no ha merecido, salvo algunas excepciones, una especial atención de la doctrina, destacando el aporte de Alex Carocca Pérez en su libro *Garantía Constitucional de la defensa procesal*⁹. En ese importante trabajo (citado al principio), el autor distingue entre, el contenido positivo del derecho de defensa, desarrollando ampliamente las diferentes formas en que los justiciables pueden intervenir en juicio, y el contenido negativo de la garantía constitucional que prohíbe la indefensión. Considera como primer criterio para deter-

⁸ Joan Picó i Junoy, *Las garantías Constitucionales Del Proceso*, tercera reimpression, Librería Bosch Barcelona, 2002, p. 95.

⁹ Alex Carocca Pérez, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, ob.cit., p. 97.

minar si se ha producido la indefensión, el resultado lesivo sufrido por algún litigante: la indefensión siempre es producto de una evaluación a posteriori, de un acto ya consumado; *Para expresar esta exigencia se suele decir casi unánimemente que se requiere una violación material, no formal del derecho de defensa, es decir que cause un perjuicio real y efectivo en los mismo.*¹⁰

Los importantes trabajos doctrinales citados, nos demuestran que no estamos ante un tema sencillo y acabado que debe menospreciarse. Las diferencias sobre la conveniencia de la utilización del término en el texto constitucional que establece la tutela efectiva; o las discrepancias entre quienes consideran que hay una indefensión constitucional y otra estrictamente procesal, y quienes no ven utilidad en tal distinción, nos invita a avanzar en el estudio del tema y evitar la superficialidad. El nivel de detalle nos ayuda a bajar desde la idea general a los requisitos de la indefensión y los criterios determinantes para establecer su existencia.

2.2. La tutela judicial efectiva y la indefensión en Venezuela

En Venezuela, el estudio del tema no ha recibido el mismo tratamiento. El artículo 26 de la Constitución Nacional no establece prohibición de indefensión, como si lo hace la Constitución Española. El precepto nacional establece:

*“(...) Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles. (...)”*¹¹

La redacción de la norma no ha estado libre de polémicas, como la advertencia que hace José Andrés Fuenmayor en su libro *Opúsculos ju-*

¹⁰ *Ibid.*, p. 373.

¹¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 5453 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 1999.

*rídicos*¹² al considerar que el constituyente ha cometido un grave desliz, porque al garantizar una *justicia equitativa*, acabó de un plumazo con el derecho positivo, pues la equidad es algo completamente diferente al derecho. La discusión sobre el adjetivo “*equitativa*” guarda relación con nuestro análisis, porque del mismo modo que puede considerarse que el constituyente se refiere a *justicia de equidad*, también puede sostenerse que se refiere a una justicia que garantice la *igualdad o equilibrio*, que es uno de los objetivos que se busca con la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, analiza el contenido de la tutela judicial efectiva, relacionándolo con lo establecido en el artículo 257 de la constitución, donde se refiere al proceso como instrumento de la justicia.

“(...) Ahora bien, en lo que corresponde al referido derecho, esta Sala, en decisión número 708 del 10 de mayo de 2001 (caso: “Juan Adolfo Guevara”), determinó lo siguiente:

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.

¹² José Andrés Fuenmayor, Opúsculos *Jurídicos* Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2001, p. 169.

*La conjugación de artículos como el 2, 26 o 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles. (...)*¹³

Confusa y contradictoria es la argumentación de la Sala. ¿Qué ha querido decir con eso de que “*si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierte en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instauro*”? Por lógica interpretación del artículo 26 de la Constitución, no puede haber una separación entre las garantías instauradas en la norma y el derecho de defensa. En el trabajo de Alex Carocca Pérez, encontramos la siguiente opinión:

*“(...) El constituyente consideró que, el otorgamiento de esta tutela tampoco podría ser indiferente a los medios a través de los cuales se acordara, vale decir, que no podría concederse por cualquier vía, sino siempre a través de un proceso jurisdiccional que respetara el derecho de las partes a participar en la formación de la decisión judicial. Y por eso estableció simultáneamente que el proceso hacia su otorgamiento deberá respetarse el derecho de defensa, es decir, que se garantiza la tutela jurisdiccional, **pero sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión** (...)*” (subrayado es nuestro)¹⁴

Si bien es cierto el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no establece la prohibición de indefensión, como lo hace expresamente la española, la interpretación concordada de esa norma con el artículo 49 del mismo texto constitucional, no deja dudas de que no puede coexistir la tutela judicial efectiva con la indefensión. Hay tutela judicial efectiva cuando se desarrolla un juicio cumpliendo con todas las garantías procesales, que es la manera más objetiva de llegar a una sentencia justa. En consecuencia, de acuerdo

¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremos de justicia, sentencia N°334, del 2 de mayo de 2016. Disponible en <https://vlexvenezuela.com/vid/luis-argenis-herrera-garcia-637601621>, Consultado 5 de marzo de 2021.

¹⁴ Alex Carocca Pérez, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, ob.cit. p. 135.

con lo establecido en los artículos 26, 49 y 257, todo perjuicio material causado de manera total y definitiva por la violación de las garantías procesales de los justiciable constituye indefensión.

3. DICTAMEN SOBRE LA INDEFENSIÓN EN VENEZUELA

La situación de la indefensión jurídica en Venezuela es muy grave; se repite constantemente y lo que es peor, los eventuales remedios establecidos para evitarla y reparar los daños causados no resultan eficaces, y así lo consideran los justiciables. Nos refiere un abogado, que cuando le dijo a su cliente que de acuerdo con lo establecido en el numeral 8 del artículo 49 de la Constitución, tenía derecho a exigir reparación por los daños causados por la indefensión, este le contestó: ¿Y qué Poder Judicial me va a reconocer ese derecho? ¿El mismo que me causó la indefensión?

Pasando a la forma de dictaminar la indefensión, nos encontramos que es un acto segundo, que se produce, cuando de manera definitiva se causa un perjuicio a uno de los justiciables como consecuencia de la violación de las garantías procesales. En ese orden de ideas, después de que se verifica el acto lesivo, material, total y definitivo, causado por violación de garantías procesales, podemos concluir que estamos en presencia de la indefensión. Vamos a analizar a título de ejemplo algunas situaciones concretas. Si hay un procedimiento donde se puede “dictaminar” con mayor claridad la indefensión, ese es el cautelar. En tiempos en que se pregona el indiscutido avance del derecho procesal en sus principios y garantías, y la eclosión del derecho procesal constitucional, las medidas preventivas sirven de instrumento para que la indefensión, que debería ser solo un recuerdo de tiempos de “barbarie jurídica”, conviva tranquilamente con esas garantías que pretenden erradicar las denominadas *injusticias procesales*.

3.1. Indefensión por denegación de justicia en materia cautelar

A pesar de que la filosofía del procedimiento cautelar establecido en el Código de Procedimiento Civil ofrece la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, en la práctica forense ocurre todo lo contrario. De

acuerdo con la norma, una vez decretada y practicada una medida cautelar, el ejecutado puede hacer oposición, que debe sustanciarse en una incidencia de tres días para alegar, ocho días para probar, y dos días, *a más tardar* para sentenciar la articulación, con la particularidad de que si la oposición es declarada con lugar, la decisión se ejecuta de inmediato, porque la apelación se oye en un solo efecto. De acuerdo con esto, se puede decir que el legislador garantiza a los ejecutados el derecho a la defensa de manera efectiva, porque la medida cautelar decretada sin fundamentos, debe revocarla el mismo juez que la dictó, si después de sustanciar la articulación considera que no debió hacerlo. El problema es que, en la realidad, el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil (que obliga a sentenciar la incidencia dos días a más tardar) es “letra muerta”, porque salvo contadísimas excepciones los tribunales no dictan sentencia en las articulaciones de las medidas cautelares, o cuando lo hacen ha pasado tanto tiempo que la convierte en una decisión inútil.

La denegación de justicia en los casos de las medidas cautelares decretadas es tan evidente, que no hace falta hacer una revisión a las numerosas situaciones que se producen en los Tribunales de instancia para demostrarlo. Se puede citar como ejemplo, el caso conocido, comunicacionalmente como de *Los diputados de Amazonas*. Allí la Sala Electoral decretó medidas cautelares prohibiendo acceder a los cargos a unos candidatos que habían resultado electos por el estado Amazonas, y como la Asamblea Nacional en principio, no acató la decisión del máximo tribunal, fue considerada en desacato, lo que produjo el efecto político, de que este órgano legislativo fue desconocido por los demás poderes públicos. El problema es que a pesar de que los ejecutados hicieron oposición, la Sala no decidió en tiempo oportuno, dejándolos en absoluta indefensión; no solo a los afectados por la medida, sino a todos los electores que habían votado por los candidatos que resultaron electos. Una clara denegación de justicia, a la vista, no solo de quienes integran el sistema de justicia, sino de todo el país.

La situación de la indefensión, en los tribunales de instancia, llega a niveles escandalosos. Para evitar generalizaciones debo referirme a la situación concreta de los tribunales del estado Bolívar. Allí, salvo excepciones, las medidas preventivas, en vez de ser provisionales se convierten en definitivas, porque una vez decretadas y ejecutadas no

hay forma real de revertirlas, independientemente de los recursos que se intenten para lograrlo. Muchas veces, esto quiere justificarse echándole la culpa la lentitud del procedimiento escrito o a los problemas de funcionamiento del sistema de justicia. Sea cual sea la causa no hay sentencia oportuna, ni justicia expedita, ni nada que se le parezca a la tutela judicial efectiva que establece la Constitución Nacional.

3.2. Indefensión procesal o indefensión constitucional

La polémica sobre la existencia de una indefensión constitucional, y otra procesal, puede cobrar interés en la ejecución de medidas cautelares, mediante Tribunales comisionados, principalmente ejecutores de medidas, por los problemas que se generan por la interpretación de los Artículos 237 y 238 del Código de Procedimiento Civil:

“(...) 237. Ningún juez comisionado podrá dejar de cumplir su comisión si no por nuevo decreto del comitente, fuera de los casos expresamente efectuados por la ley.

Cuando las partes tengan que nombrar peritos con ejecutar otros actos semejantes, Y no comparezca oportunamente, El juez comisionado hará las veces del comitente

*238. El juez comisionado debe limitarse a cumplir estrictamente subcomisión sin diferirla su pretexto de consultar al comitente sobre la inteligencia de dicha comisión (...)*¹⁵

En muchas ocasiones se confunde la delegación de funciones, propia de la comisión, con las órdenes del comitente y se impide el ejercicio del derecho de contradicción del ejecutado, con el argumento de que el comisionado tiene que acatar esas órdenes, y practicar la medida sin escuchar las razones del afectado. Ante esto, hay que destacar, que no es verdad que el comisionado esté atado a ciegas por el mandato del comitente, ya que el Código le otorga facultades para oír oposiciones de terceros de acuerdo con el artículo 546 C.P.C, cosa que ciertamente no ocurre, en principio, con la oposición de la parte, pero no se debe perder de vista que estas normas son preconstitucionales, y si bien es

¹⁵ Código de Procedimiento Civil, gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990.

cierto que el artículo 68 de la Constitución de 1961, ya establecía que la defensa es inviolable en todo estado y grado del proceso, como lo reafirma el artículo 49 de la Constitución vigente, no existía ni la tutela judicial efectiva (art 26), ni la *constitucionalización* del proceso como instrumento de la justicia (art 257), ni la obligación de los jueces de asegurar la integridad de la constitución (art 334)

No compartimos la tesis que sostiene el carácter exclusivamente constitucional de la indefensión, y que ante el desproporcionado daño que puede causar una medida, debe acudir a las acciones de amparo, que como es bien sabido, siempre son inadmitidas por tener vías ordinarias para su trámite; el problema es que de acuerdo con lo que venimos destacando el trámite es ineficaz, no en la norma sino en la realidad. Creo que, ante *situaciones extremas* de evidente indefensión, cuando la parte hace oposición ante el comisionado, este, mediante decisión razonada puede suspender la ejecución, tomando las medidas complementarias que aseguren los derechos de ambas partes, y devolverla comisión para que se decida la oposición. Esto puede ser criticado considerando que se dejaría indefenso al ejecutante; pero no hay que olvidar, que de acuerdo con lo establecido en los artículos 23 y 588, en el procedimiento cautelar debe privar la prudencia y la equidad. Por lo tanto, el juez, ante situaciones de *imprevista desproporción por ejecución de una medida cautelar*, no puede comportarse como un autómatas de la literalidad de la ley, debiendo tomar la decisión más prudente.

3.3. La indefensión por incoherencias de la legislación

Hay situaciones en que la indefensión puede nacer de la confusa redacción de una norma y es allí donde el juez debe aplicar la solución más lógica para evitarla, Uno de los casos donde cobra mayor fuerza la indefensión cautelar, es en el de los llamados auto depósitos acordados conforme los numerales 5° y 7° del artículo 599 del Código de procedimiento Civil:

“(...) Se decretará el secuestro: 5° De la cosa que el demandado haya comprado y este gozando sin haber pagado el precio. 7° De la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa o

por haber dejado de hacer las mejoras a que esté obligado según el contrato.

*En este caso el propietario, así como el vendedor en el caso del ordinal 5º, podrá exigir que se acuerde el depósito en ellos mismos, quedando afecta la cosa para responder respectivamente al arrendatario o al comprador si hubiere lugar a ello. (...)*¹⁶

Sobre el último párrafo de la norma citada surge la pregunta ¿Cómo se constituye esa *contragarantía* en caso de auto depósito? El artículo 605 del Código establece que: “*La parte en cuyo favor se haya expedido el decreto de secuestro podrá hacerlo protocolizar en la Oficina de Registro respectiva, lo mismo que el depósito de la finca vendida o arrendada, hecho en el dueño para responder al arrendatario cuando hubiere lugar, conforme al aparte final del artículo 599.*”

De acuerdo con el citado, párrafo del ordinal 7º del artículo 599 cuando el propietario exige el auto depósito, la cosa queda afectada para responder al arrendatario y esta “afectación” se materializa con el registro del decreto de secuestro. Por lo tanto, no puede ser potestativo del arrendador - propietario si registra el decreto o no lo hace, debe considerarse un requisito obligatorio para ejecutar la medida y garantizar al arrendatario las eventuales consecuencias de entregarle al arrendador demandante el bien de manera inmediata, sin esperar el resultado del ejercicio del derecho de defensa del demandado. Esto no se cumple. En las numerosas medidas de este tipo secuestro que se pueden observar en los tribunales, al admitirse la demanda, casi mecánicamente se decreta el secuestro y automáticamente se acuerda el depósito en el arrendador, sin perfeccionar la contra cautela a que se refiere la norma. Este es, seguramente, uno de los supuestos más evidentes, no solo de indefensión sino de arbitrariedad, porque acordado y practicado el auto depósito, el ejecutante dispone inmediatamente del bien a su antojo vendiéndolo, o arrendándolo nuevamente a terceros de buena fe, que no pueden verse afectados por la omisión del registro del decreto.

¹⁶ Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990.

3.4. La indefensión como problema humano

Puede parecer de perogrullo, decir que la indefensión también es un problema humano, porque el derecho es un fenómeno humano, cosa que muchas veces se olvida y no se toma en cuenta el efecto que producen las actuaciones judiciales en las personas de carne y hueso. Y digo de carne y hueso, para no referirme a los justiciables, demandantes o demandados, que son conceptos abstractos que muchas veces no permiten ver la grave realidad del fenómeno jurídico. Comienza Don Miguel de Unamuno su célebre obra, *El sentimiento trágico de la vida*: “...el hombre de carne y hueso, el que nace sufre y muere -sobre todo muere- el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere, el hombre que se ve y a quien se oye, el hermano el verdadero hermano... Y este hombre concreto, de carne y hueso, es el sujeto y el supremo objeto a la vez, de toda la filosofía, quiéranlo o no, ciertos sedicentes filósofos...”¹⁷. Y también del Derecho diría yo.

Con acierto, Luis Muñoz Sabaté analiza el conflicto humano, como centro de gravedad del fenómeno jurídico, destacando, entre otras cosas, la reacción vivencial ante la injusticia.

“(...) Ahora bien, sentirse objeto de una <terrible injusticia> es, en el fondo, sentirse socialmente marginado, disminuido, abandonado. <Cuando la aplicación de la norma presupone la derrota <escribe Delitala>- resulta fácil extraer la conclusión de que la ley sólo obliga al débil, y que, por lo tanto, el derecho se identifica con la fuerza. Piénsese en la expresión tutela jurídica o <todo el mundo tiene derecho a ser tutelado por el derecho> es una locución técnica acuñada por los juristas, pero con una intención analógica hartamente expresiva, porque la tutela como todos sabemos es un instituto legal destinado precisamente para velar por los menores de edad, dementes y desvalidos.

*Es decir, el individuo vive esta injusticia a través de dos sensaciones que se complementan: la experiencia, por un lado, de su minusvalía, y por otro, naturalmente, la experiencia de la maldad ajena que valora como agresión (...)”*¹⁸

¹⁷ Miguel de Unamuno, *Del sentimiento Trágico de la Vida*, duodécima edición, Ediciones Espasa – Calpe, Madrid, 1971, p. 9.

¹⁸ Luis Muñoz Sabaté, *Enfermedad y Justicia* Editorial Hispano-Americana, Barcelona, 1972, p. 20.

De la misma manera que quien se siente objeto de la injusticia se cree marginado, el sentimiento de indefensión, -que es una injusticia- hace que quien lo sufre se considere víctima de un sistema indigno; pero hay una diferencia: en general, en la injusticia hay frustración porque el afectado piensa que se le está quitando la razón; en la indefensión es peor, porque el afectado siente que ni siquiera se le ha dado la oportunidad de hacerla valer. Por lo tanto, consideramos que, la impotencia que produce la indefensión es más grave. Si lo que pretende el constituyente es potenciar las garantías constitucionales de los ciudadanos, la indefensión lo impide, porque los convierte en personas sumisas que, en vez de luchar por sus derechos, suponen que la única manera de *sobrevivir* es adaptarse a las circunstancias de una realidad trágica pero inalterable.

Un exitoso y honesto comerciante, que desarrollaba una actividad mercantil en un local alquilado, un día, de manera sorpresiva fue desalojado por el arrendador, que lo demanda por insolvencia en el pago de cánones de arrendamiento; cosa que no era cierta. El hombre, con la debida asistencia jurídica, hace oposición y promueve pruebas que desvirtúan, totalmente la pretensión cautelar del actor. Pasó el tiempo, y entre la lentitud del tribunal y la incertidumbre del proceso, el hombre se cansó y un día le dijo al abogado “El daño ya está hecho y no se puede reparar; prefiero olvidarme del juicio dedicarme a algo más productivo. Eso sí, de lo que me hicieron nunca me voy a olvidar”. Esta frase puede ayudarnos a comprender el problema humano de la indefensión.

4. ILUSIONES DE JUSTICIA

En fecha reciente, el Tribunal Supremo de Justicia presenta un proyecto de Código Orgánico Procesal Civil, con la intención de modernizar el procedimiento adecuándolo a la oralidad prevista en la Constitución. En palabras del presidente del Máximo Tribunal “la propuesta de la reforma establece sólo dos procedimientos, la reducción significativa de lapsos procesales, además establece el uso de los medios digitales y telemáticos para hacer efectiva las notificaciones citaciones y publicaciones de sentencias. Considera que con esta propuesta se busca labrar el camino de la modernización de la gestión pública. Por su parte el

presidente de la Sala Civil del TSJ, explicó que las herramientas tecnológicas propuestas en la reforma permitirán agilizar los procesos en beneficio de la celeridad y un óptimo servicio de justicia”.¹⁹

La intención es clara: adecuar los procedimientos civiles escritos, a la oralidad que establece la Constitución, para que las propuestas que aparecen sobre la justicia, en los tantas veces mencionados artículos 26 y 257, se conviertan en realidades y no en un manojito de ilusiones. Pero han pasado más de 20 años desde que entró en vigor la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la mayoría de las leyes procesales han adoptado el procedimiento oral ¿Cuál ha sido el resultado? Es importante la sinceridad en el diagnóstico. La oralidad no ha resuelto los problemas del retardo procesal, reposiciones inútiles y muchos otros traumas que se repiten en la aplicación del derecho. Hay que reconocer que, la criticada aseveración de la exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil vigente se ha cumplido, al decir que no estábamos preparados para la oralidad, Vamos a releer los argumentos expuestos para explicar porque en 1986 no se acogió el sistema oral:

“(...) Se estaba consciente de los progresos alcanzados en la legislación procesal de otros países, que mediante el sistema oral de los juicios han logrado un proceso civil altamente concentrado y con un grado agilidad y celeridad envidiables, como se muestra en las estadísticas judiciales que recogen el fruto de muchos años de aplicación de aquel sistema.

Sin embargo, se estimó que se trataba no de concebir un proyecto de código acorde con los más grandes adelantos de la técnica y de la ciencia procesal, sino de legislar para un país como el nuestro, con sus circunstancias concretas, históricas, culturales y jurídicas, que no podían dejarse de lado, sin incurrir en un grave error y una falta de ponderación adecuada de la realidad en la cual habría de cumplirse el nuevo ordenamiento procesal, en caso de ser sancionado por las cámaras legislativas.

Además, también se consideró que, si bien es cierto nuestro código de procedimiento civil vigente, adolece muchos defectos que impide una justicia rápida y leal, dichos defectos no son de tal entidad que

¹⁹ <http://www.tsj.gob.ve>. Noticias 12/2/21.

justifiquen el abandono de un sistema Que por su vigencia de más de 50 años en Venezuela, forma parte hoy de la mentalidad jurídica y técnicas de los jueces y abogados de nuestro país, difícilmente desechable, para adoptar sin más un sistema diferente, sin raíces de la cultura venezolana.

Un tal cambio profundo y radical de un sistema procesal por otro diferente, no puede ser aconsejable y eficaz, si no después de un largo proceso de experiencias concretas, en ciertas áreas de la justicia civil, que permitan una comprensión adecuada no sólo de las nuevas formas y técnicas del procedimiento, sino además de su fundamento teórico y científico, que hagan posible un desenvolvimiento del nuevo sistema con la facilidad y la prontitud que sólo llega a alcanzarse con largos años de experiencia (...)"²⁰

De poco ha servido cambiar de sistema sin cambiar la mentalidad de los jueces. De manera insistente se le echa la culpa al procedimiento escrito por la tardanza en la sustanciación de los juicios y los retardos en las decisiones judiciales. Esto es una verdad a medias, porque si bien es cierto que la oralidad permite agilizar los procedimientos, *cuando es bien sustanciada*, en la mayoría de los casos el retardo no es culpa del procedimiento escrito, y el ejemplo lo tenemos en el cautelar, que debe resolverse en una breve incidencia donde no se respetan los lapsos y la brevedad se convierte en una eternidad. Y esto no es culpa del Código. Como tampoco es su culpa que, habiendo establecido la forma de las sentencias en síntesis breves y lacónicas, en la práctica impera una frondosidad que las hace muchas veces incomprensibles.

La propuesta del proyecto en materia cautelar sustituye los 21 artículos que, en cuatro capítulos y dos títulos distribuye el código vigente, por solo dos: el 72 que establece como se decretarán las medidas y como se sustanciarán y el 73 sobre la incidencia general única por la que se deberán tramitar todas las cuestiones incidentales. Una exagerada reducción que, a mi manera de ver las cosas, de entrada, viene llena de incertidumbre.

²⁰ Código de Procedimiento Civil, Congreso de la República de Venezuela, Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990, p. 1-2.

El propósito de este proyecto es bueno, porque indiscutiblemente hay que modernizar el procedimiento civil. No se justifica que en un mundo globalizado y digitalizado como es el contemporáneo los conflictos tengan que resolverse por lentos procedimientos que pueden durar meses e inclusive años. El problema es el método; es muy difícil sustituir un texto normativo de 946 artículos por uno de 80, sin incurrir en graves omisiones, que seguramente generarán confusión e inseguridad, lo que no augura buenos resultados.

Titulé este capítulo como *Ilusiones de justicia*, porque es una ilusión creer que el problema se reduce al cambio de leyes. Nada se soluciona cambiando las normas procesales si no cambia la mentalidad de los que las aplican. No deseo que las buenas intenciones fracasen. Ojalá que con los cambios propuestos puedan remediarse los problemas de la indefensión; lo deseo, pero no lo creo.

5. CONCLUSIÓN

El breve recorrido realizado por la doctrina y la jurisprudencia nos demuestra la importancia y la dificultad de la indefensión procesal. La incorporación del concepto en la Constitución Española abrió un importante debate sobre ella; debate que fue producto de las actuaciones de los justiciables ante los tribunales invocando la tutela judicial efectiva, lo que obligó a la doctrina a delimitar el concepto y establecer requisitos o condiciones para reconocerla. En Venezuela, lamentablemente, el estudio y la experiencia jurisprudencial no tienen el nivel deseado, observándose que, en las decisiones del máximo tribunal, se apela repetidamente, más a la doctrina o jurisprudencia extranjera como principio de autoridad, que al criterio que debe expresar el juzgador en la interpretación de los preceptos constitucionales.

En los casos citados se puede apreciar que, en muchas ocasiones, inclusive, haciendo uso de las facultades procesales que se consideran necesarias para la defensa, en definitiva, aparece la indefensión, porque el juicio se convierte en una especie de Caballo de Troya que, con apariencia de un debido proceso, trae en su interior “el regalo de la indefensión”. Lo demuestran los ejemplos citados: incidencias cautelares que nunca llegan a decidirse o no garantizan la efectividad de las

decisiones, contra cautelas inútiles y muchas otras actuaciones formales, con apariencias de legalidad procesal, que no ofrecen la efectividad garantizada por el artículo 26 de la Constitución.

La incorporación de la prohibición de indefensión en la Constitución Española no es un desliz o una frase seductora de política constituyente, es la advertencia ante un mal que erosiona todo el sistema de justicia. El prestigio de los jueces se gana con actuaciones imparciales, decisiones razonables y sentido práctico, que se demuestra cuando el juicio es realmente un remedio a la incertidumbre del conflicto, que no empeora la situación extraprocesal. Y, al contrario, la arbitrariedad y el atropello reiterado, descalifican todo sistema de justicia.

He tratado de analizar el problema sin abordar el tema ético, porque considero que la corrupción es un mal que aqueja a toda la sociedad: los jueces, buenos o malos, son producto de la sociedad, que de diferentes maneras forma a sus ciudadanos. Es difícil que una sociedad cimentada en profundos valores morales, con una ciudadanía responsable, permita que se le entregue la administración de justicia a personas incapaces de conducirla desde lo moral y profesional. Hay una palabra que es clave: responsabilidad. Si todo el que cause un daño, llámese Estado, funcionarios públicos o particulares, tuvieran que responder y sumir las consecuencias de lo que hacen, las cosas serían muy diferentes. Si el numeral 8 del artículo 49 de la Constitución no fuera letra muerta, no tendríamos que estar escribiendo sobre la anatomía de la indefensión

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Asamblea Nacional Constituyente de la República Bolivariana de Venezuela 1999. Gaceta Oficial N° 5.453, Extraordinaria de fecha 24 de marzo de 2000.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela, Gaceta Oficial N° 662, Extraordinaria de fecha 23 de enero de 1961.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Congreso de la República de Venezuela Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

CARROCA PÉREZ, ALEX (1972). *Garantía Constitucional De la Defensa Procesal*, Editorial Bosch Barcelona, Madrid.

- MUÑOZ SABATÉ, EDUARDO (1972). *Enfermedad y justicia*, Editorial Hispano Europea, Madrid.
- PICO I JUNOY (1997). *Las garantías Constitucionales del Proceso* Editorial Bosch Barcelona.
- PIERRE TAPIA, OSCAR. (1991). *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Pierre Tapia, Caracas.
- UNAMUNO, MIGUEL DE (1971). *Del sentimiento trágico de la vida*, Ediciones Espasa – Calpe, Madrid, duodécima edición.
- SALA CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA (Sentencia nº 1.251, de fecha 17 de julio de 2001 exp. 00-3139) disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Julio/1251-170701-00-3139%20%20.htm>
- SALA CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA (Sentencia nº 334, de fecha 2 de mayo de 2016 exp. 16-0033) disponible en <https://vlexvenezuela.com/vid/luis-argenis-herrera-garcia-637601621>,