

La Supresión Jurisprudencial del Reenvío en Venezuela*

(Remanding in Venezuela Removed by Jurisprudence)

Hernando H. Barboza Russian**

“...1. Salutación:

Antes de iniciar esta disertación, quiero agradecer la invitación que me hiciera la Universidad para poder compartir con ustedes algunas ideas o comentarios sobre la sentencia que dictó la Sala de Casación Civil respecto a la supresión del trámite del reenvío en la casación venezolana, así como la sentencia que ratificó dicha decisión y que dictó la Sala Constitucional del ‘entredicho’¹ Máximo Tribunal de la República.

* Admisión: 25/06/2018 Aceptado: 04/10/2018

¹Transcripción textual del contenido de la exposición ofrecida por el autor el 13/06/2018 en la conferencia, sobre este mismo tema, organizada por la Escuela de Derecho de la Universidad Rafael Urdaneta.

Sentencia No. 510 del 28/07/17 (exp. No. 17-124) dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia y Sentencia No. 362 del 10/05/2018 (publicada en la página web del TSJ el 11/05/18, exp. No. 17-1129) dictada por la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y publicada en la Gaceta Oficial No. 41.401 del 21/05/18

** Abogado *summa cum laude* (URU). Especialista *summa cum laude* en Derecho Procesal (UCAB). Estudios de Magíster en Derecho Constitucional –pendiente tesis de grado- (UCAB). Ha sido Profesor de Pregrado y Postgrado en la Universidad Rafael Urdaneta de varias cátedras, entre ellas, Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho y del Estado, Teoría General del Proceso I y II, Derecho Procesal Civil II. Derecho Constitucional I y II, Medios Alternos de Resolución de Conflictos. Y, en el Postgrado, de Casación Civil. Árbitro-Conciliador del CEDCA. Socio en Travieso Evans Arria Rengel & Paz. hbr@traviesoevans.com.

¹La palabra responde a la crisis institucional que atraviesa la República.

Pero especialmente quiero agradecer a los asistentes, estudiantes, profesores y amigos que me honran con su presencia y muestran un plausible interés en rescatar nuestro casi inexistente Estado de Derecho y de Justicia sostenidamente atacado durante dos décadas.

Honestamente pensé que el auditorio estaría totalmente vacío, nunca me imaginé que, en un foro para hablar de casación, en estos tiempos de crisis, hubiere tanta asistencia. Es difícil creer que, ante tanta incertidumbre política, económica y ante las calamidades que todos padecemos, hoy estemos acá reunidos para conversar de un tema tan técnico y de poca inmediatez para el estudiantado como lo es la casación, y eso demuestra que seguimos apostando por el renacimiento de nuestro país y de su democracia.

Eso me recuerda lo que yo pienso de mis hijos: son unos guerreros, van a la escuela y no tienen electricidad, regresan a la casa y les ocurre lo mismo, no pueden salir, por la inseguridad y, no obstante ello, son felices, sonríen y siempre quieren vivir sus vidas al máximo.

Lo mismo pienso de ustedes, son unos guerreros por estar aquí, por ser el motor de su Universidad, de sus amigos, de sus profesores; es evidente que, para hacerlo, tienen una visión especial de la vida, es decir, saben que esto no terminará aquí, que habrá una segunda parte y que ustedes estarán allí para construirla; los felicito y les ratifico que me siento honrado con su presencia.

2. A manera de introducción:

Como profesor de pregrado y postgrado estoy consciente de que para algunos alumnos hablar de casación, reenvío, casación múltiple, recurso de nulidad en casación son conceptos que pueden resultar algo oscuros, confusos e incluso desconocidos; y esto porque en el pregrado no se nos prepara en el estudio de la casación; el tiempo solo da para estudiar algunos conceptos generales.

Es por ello que, como punto previo a esta breve disertación, haré un sencillo repaso sobre el tema, con la única intención de que toda la audiencia esté centrada en el objeto de estudio y así puedan aprovecharse mejor estos minutos. Como se verá, no se trata de un análisis profundo ni detallado, sino únicamente, algunas ideas centrales, para alcanzar el propósito descrito; de lo contrario, se necesitarían varias sesiones para completarlo. Comencemos:

2.1. ¿Qué es el recurso de casación?

El recurso de casación es una petición extraordinaria de impugnación que ejerce, ante un tribunal especial, la parte que ha sufrido un agravio en una decisión judicial, para que dicha decisión (sentencia o acto contrario a derecho) sea anulada (casada).

La regla general es que la casación, como actividad jurisdiccional, solo conoce de peticiones netamente de derecho, es decir, de aquellas encaminadas a dejar sin efecto una decisión judicial a la que se le imputa un errado manejo de la ley (sustancial o adjetiva). Por tanto, quien la incoo persigue que se revise, en el caso concreto, si la función jurisdiccional fue adecuadamente ejercida en el desarrollo del proceso y en la formulación o construcción del acto decisorio que se considera lesivo.

Esto que se dice es fundamental, pues de inicio se debe tener claro que no se trata de una instancia adicional, dado que, en principio, no se descende al conocimiento o estudio de los hechos debatidos por las partes en el proceso.

2.2. ¿Cuál es la naturaleza y finalidad del recurso de casación?

Entre nosotros, la casación pertenece al campo de la impugnación y no al de la invalidación, constituyendo así un verdadero recurso que no debe confundirse ni con la demanda judicial ni con la pretensión contenida en esta. Dentro de la clasificación de los recursos, ella constituye una petición de impugnación extraordinaria (Abreu *et al.*, 2014).

Se trata de una petición que se ejerce para controlar que las decisiones se encuentren ajustadas al derecho. Es, pues, un medio de control que goza de una doble finalidad, en el sentido de que, por una parte, sirve de control por parte del Estado respecto a la legalidad (en sentido amplio) de las decisiones judiciales y, por el otro, satisface el interés particular en suprimir un agravio por parte de un fallo contrario a derecho.

2.3.- ¿Cuándo procede un recurso de casación?

La casación procede ante: a) La violación de algún trámite procesal (formas sustanciales que menoscaben el derecho a la defensa); b) El incumplimiento de los requisitos formales de la sentencia para su conformación; c) La violación de ley y; d) Por la comisión de infracciones referentes a la casación sobre los hechos. Los dos primeros casos se

conocen como los errores de procedimiento que puede cometer el juez, usualmente el de segunda instancia, en la tramitación del procedimiento (también conocidos como los errores in procedendo) y, los segundos, son los errores que comete el juez al construir la sentencia, (llamados errores de juzgamiento o errores in iudicando).

2.3.1. Antes de la sentencia que comentaremos hoy, ¿Cómo debía ser la decisión de la Sala de Casación?

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 320 del Código de Procedimiento civil, la sala de casación debe pronunciarse sobre:

i) Las infracciones delatadas. Sin entrar al fondo de la controversia (ni al establecimiento ni apreciación de los hechos), a menos que se haya denunciado alguno de los supuestos de la casación sobre los hechos.

En caso de ser procedente una denuncia de violación del procedimiento, la sala no conocerá de otras denuncias y deberá decretar la nulidad y reposición de la causa.

Si no hubiere habido errores de procedimiento, la sala entrará a conocer de las denuncias sobre los errores de juzgamiento, pronunciándose sobre ellas de manera motivada y, de ser procedentes, deberá establecer cuáles son las normas jurídicas aplicables para resolver la controversia.

ii) Las infracciones de orden público y constitucional que encontrare, aunque no se las haya denunciado.

iii) Las costas del recurso.

2.3.2. ¿Cuáles son los efectos de la decisión?

Decidido el recurso de casación, el expediente que lo contiene se remitirá al tribunal de reenvío si el recurso fuere declarado con lugar, o al de la ejecución en caso contrario, informando de dicha remisión al tribunal que envió el expediente a la sala, tal como lo ordena el artículo 326 de la ley adjetiva civil que rige la materia.

Y, en caso de declararse con lugar dicho recurso, dispone el Código de Procedimiento Civil en su artículo 322, lo siguiente: a) Si lo fuere por errores de procedimiento, se envía el expediente al tribunal que deba sustanciar de nuevo el juicio (si éste no pudiere continuar conociendo por razones de inhibición lo remite a su vez a quien corresponda). De esta remisión se le participa al tribunal que envió el expediente a la sala

y; b) Si lo fuere por errores in iudicando, igualmente se remitirá al juez de reenvío quien deberá dictar nueva sentencia acatando lo decidido por la sala. La doctrina del fallo de casación es vinculante para el juez de reenvío.

No obstante lo anterior, la sala puede casar un fallo sin reenvío cuando: i) su decisión sobre el recurso haga innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo y; ii) cuando los hechos, que han sido soberanamente establecidos y apreciados por los jueces de instancia, le permitan aplicar la apropiada regla de derecho. En tales casos, el expediente se remitirá directamente al tribunal al cual corresponda la ejecución.

Así tenemos, que el reenvío consiste en que la Sala de Casación Civil, luego de decidir el recurso, lo remite al juez de la instancia correspondiente (usualmente el Juez Superior) para que sea nuevamente tramitado el procedimiento (en los casos en que se ordenó la reposición) o para que dicte nueva sentencia (en los casos de errores de juzgamiento).

2.3.3. ¿Qué puede hacer el juez de reenvío?

El juez de reenvío puede: a) acoger lo decidido por la sala y, si las partes quedan conforme con lo decidido, se pone fin a la historia; b) apartarse de lo decidido por la sala y sentenciar de manera diferente a como se le ordenó; caso en el cual, la parte podrá ejercer lo que se conoce como el recurso de nulidad o; c) dictar nueva sentencia pero cometiendo nuevos errores denunciabiles en casación, y es allí donde aparece lo que se conoce como casación múltiple², la cual puede ser ejercida conjuntamente con el recurso de nulidad, si llegaren a ocurrir los dos últimos supuestos.

Precisados así algunos conceptos que hemos considerado importantes para facilitar la comprensión de los comentarios centrales de esta exposición, paso a continuación a realizar un breve análisis crítico de las sentencias objeto de estudio en la mañana de hoy.

En este sentido, me he permitido presentar dos visiones de un mismo tema, una constitucional y la otra procesal; sin querer con ello pretender agotar todos los puntos que se pueden presentar en el debate en torno a este asunto, por el contrario, la idea es fomentar la reflexión, las posturas encontradas y/o coincidentes, porque es allí donde se construye la ciencia.

²Prevista en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 101).

3. Enfoque constitucional.

Considero que es mi deber como profesor de la cátedra de Derecho Constitucional, así como ciudadano a quien se le ha dado una ventana para presentar sus ideas sobre estos fallos, decir, sin ningún tipo de diplomacia, que la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil, avalada claro está por la Sala Constitucional, es una nueva afrenta o herida que se le causa a nuestro Estado de Derecho y, brevemente, trataré de explicar el porqué de esta afirmación.

Como es bien sabido, ya la tesis clásica del control de la constitucionalidad ha sido superada (Brewer, 2010), esto es, pensar que las únicas formas de controlar y someter el orden jurídico a la Constitución son a través del control concentrado (mediante la pretensión popular de nulidad por inconstitucionalidad) y el control difuso que puede ejercer cualquier juez de la república, sería quedarnos en el pasado.

Nuestra Constitución de 1999 contiene múltiples formas que garantizan el ejercicio de lo que conocemos como el control de la constitucionalidad, clara consecuencia del principio de supremacía constitucional y que, en perfecta conjunción con el principio democrático de que la soberanía reside en el pueblo³, constituyen los pilares fundamentales de lo que se conoce como un Estado Constitucional.

Así tenemos que, con la intención de mantener la integridad y supremacía constitucional, el juez constitucional fue dotado de diversos instrumentos para lograr este objetivo, a saber: 1) El control concentrado de la Constitución (mediante la llamada acción, rectius pretensión, popular de nulidad por inconstitucionalidad, que abarca también el control de la convencionalidad); 2) La inconstitucionalidad en la incurre el Poder Legislativo al incumplir (omitir) su deber de dictar normas que la Constitución ordena dictar o modificar; 3) El amparo constitucional⁴; 4) La revisión constitucional de sentencias y; 5) El control difuso de la Constitución que puede ejercer cualquier juez de la república (Urosa, 2011).

³ Proviene de Dios, pero explicarlo sería tema de otra conferencia. Para ampliar este tema ver **La Concreción del Poder Político** de Rafael Ma. de Balbín.

⁴ También el hábeas data y otros recursos destinados a verificar la constitucionalidad de los actos (verbigracia: los asuntos contenciosos administrativos) forman parte de esta jurisdicción. Véase (Casal, 2014).

Incluso, siendo más laxos, se ha autorizado como parte de este control constitucional la “interpretación constitucionalizante⁵” que deben dar los jueces para que, preservando la ley existente, puedan permitir su coexistencia armónica con la Constitución.

Sin embargo, hemos visto que la Sala Constitucional no se ha conformado con ese ámbito extenso de actuación, sino que ha ido por más cuando ha sostenido, entre otras cosas, lo siguiente (Tribunal Supremo de Justicia, 2018: exp. No. 17-1129):

- Que los principios procesales no le son aplicables para el control de la constitucionalidad, por ejemplo, que no es necesaria la instancia de parte o justicia rogada, para que pueda declarar la nulidad por inconstitucionalidad de una norma o incluso de un procedimiento completo, porque a su decir, en estos casos ella tiene una potestad más inquisitiva.

Es cierto, que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia la autoriza para iniciar este procedimiento de oficio si fuere necesario, pero solo cuando se declare la conformidad a derecho de la desaplicación por control difuso, lo cual implica que ni siquiera en este caso puede partir de la nada, esto es, se requiere que al menos exista una sentencia previa a partir de la cual va a ejercer su potestad de control constitucional.

- Que tampoco es necesario que exista un proceso cuya pretensión tenga el objeto de obtener la inconstitucionalidad de una ley. Esto es lo que se conoce como un control constitucional e incidental de leyes

⁵ Tal como la ha llamado el Tribunal Supremo de Justicia Venezolano.

o normas jurídicas⁶, es decir, en asuntos en los que la pretensión no versa sobre la nulidad de la norma, la Sala Constitucional de oficio y en ejercicio de un poder claramente inquisitivo procede no a interpretar normas, sino a anularlas y a llenar ese vacío con las regulaciones que le parecen más adecuadas (sin iniciar el procedimiento al que nos referimos anteriormente).

Así, empezamos a encontrar lo que la doctrina ha llamado como “regulaciones pretorianas” (Urosa, 2011).

Pero, si revisamos la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, tanto la de 2004, como la vigente, encontramos normas que disponen:

De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, **la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas**, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público. (Negrillas y subrayado incorporado) (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 2004: Art. 5.52):

Artículo 32. Control concentrado de la constitucionalidad:

De conformidad con la Constitución de la República, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, mediante

⁶ Hay que atender que parte de la doctrina, por ejemplo (Brewer, 1994), reconocen esta dualidad del control concentrado por vía principal como por vía incidental. No obstante, a nuestro juicio, la ley que por ahora regula el asunto (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) no deja lugar a dudas sobre que el control concentrado solo puede ejercerse si media un procedimiento previo para ello y no de manera incidental. Así también puede interpretarse en (Casal, 2014: 90,170) “...No precisa la Constitución la forma en que ha de ejercerse tal facultad, sino remite esta materia a la ley orgánica respectiva...” (...) “... conviene insistir que esta determinación de los alcances del numeral 10 del artículo 336 ha de entenderse que posee un valor simplemente provisorio, pues será la ley orgánica de la jurisdicción constitucional la que habrá de regular esta materia...” Por tanto, el efecto del control difuso es concreto, pero puede extenderse *erga omnes* no porque la ley quedó execrada del orden jurídico, sino por la interpretación que ha hecho la Sala Constitucional y el deber de todo juez de la república de acatar dicha interpretación (artículo 335 de la Constitución Nacional y que no existía antes de la Constitución de 1999). Por tanto, si un juez de instancia aplica una norma previamente desaplicada por la Sala Constitucional en control difuso no estaría aplicando una norma no vigente, sino violando la interpretación de la Sala Constitucional. Aunque pareciera tratarse de lo mismo no lo es, pues, la Sala Constitucional podría cambiar su criterio y la norma en cuestión nunca habría salido del orden jurídico, en cambio, cuando es anulada sí queda excluida de manera definitiva y necesitaría una incorporación por vía parlamentaria o del órgano encargado de dictarla.

demanda popular de inconstitucionalidad.(Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 2010: Art. 32,43)

Artículo 34. Proceso de nulidad de oficio: Conforme a lo que se dispone en el artículo anterior, cuando se declare la conformidad a derecho de la desaplicación por control difuso, la Sala Constitucional podrá ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley. Igualmente procederá cuando el control difuso de la constitucionalidad sea ejercido por dicha Sala.

Es decir, dichas leyes prohíben precisamente lo que la sala hace, esto es, declarar la inconstitucionalidad de una ley con efecto *erga omnes* en un proceso que no versa sobre la nulidad de esa ley ⁷.

Fíjense que tanto en la ley anterior como en la vigente, se exige la existencia de un procedimiento de nulidad previo, para poder declarar la nulidad de la ley ¿y es que acaso ese Poder que dictó la ley no tiene la facultad de expresar, en ese proceso, cuál es el verdadero sentido y alcance de la norma, utilizando argumentos que pueden conllevar a no declarar la pretendida nulidad?

El control incidental de la constitucionalidad no tiene mayor sentido en sistemas como el nuestro donde existe un control difuso en el cual, el juez constitucional (todo juez de la república), está llamado a desaplicar, para el caso en concreto, la norma contraria a la Constitución.

Así, debe decirse que la Constitución de 1999 no estableció, entre las competencias de la Sala Constitucional, la posibilidad de ejercer el control concentrado de manera incidental y, por el contrario, se limitó dicho control concentrado de la constitucionalidad a la vía principal y través de la justicia rogada, salvo que (conforme lo establece la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) producto de una revisión de un control difuso pueda dar inicio de oficio al procedimiento. Todo esto para volver coherente el sistema mixto de control constitucional venezolano.

⁷ Y así lo ha reconocido la propia Sala Constitucional, por ejemplo, sentencia No. 474 del 21/5/2014 (exp. 13-1030): "...Atendiendo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal, según el cual, esta Sala puede abrir de oficio el procedimiento de control concentrado de la constitucionalidad en aquellos casos en que se declare la conformidad a derecho de la sentencia donde se desaplicó por control difuso una norma, se ordena el inicio del juicio anulatorio al artículo 406 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo las Trabajadoras y los Trabajadores y, como consecuencia de ello, de conformidad con el artículo 135 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se acuerda citar al Presidente de la República. Asimismo, se ordena notificar a la ciudadana Fiscal General de la República, así como a la ciudadana Defensora del Pueblo y, por último, al Procurador General de la República. A tales fines, remítase a los mencionados funcionarios copia certificada del presente fallo..."

Esto que se denuncia si bien ocurrió en las sentencias que hoy estamos discutiendo, ya había ocurrido anteriormente cuando, por ejemplo, la sala modificó el procedimiento de Amparo Constitucional.

Cuando la Sala Constitucional estableció el nuevo procedimiento de Amparo Constitucional, sin que mediara declaratoria alguna de nulidad previa de la ley que lo preveía, Brewer Carías sostuvo lo siguiente (Brewer, 2007):

...la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por tanto, no puede legislar ni puede, con ocasión de interpretar la Constitución, reformar leyes. Puede interpretar la Constitución y las leyes, pero no puede reformarlas ni derogarlas. Sin embargo, lo contrario ha ocurrido de manera que la Sala, con motivo de interpretar el artículo 27 constitucional que regula el derecho y la acción de amparo, ha reformado el procedimiento establecido en el la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual sin embargo, continúa en vigencia...

Se puede pensar que esto ocurre con leyes preconstitucionales únicamente, pero no es así, sino también con leyes dictadas después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999; por ejemplo, la Sala Constitucional en el año 2004, procedió a modificar los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Tribunal Supremo de Justicia, 2004: exp. No. 04-0824). En dicha sentencia existió un voto salvado, que quisiera resaltar:

En dicho voto se señaló que *la sentencia que modifique un texto legal sin que medie un juicio de inconstitucionalidad en su contra, y sin que exista vacío, ambigüedad u oscuridad alguna que requiera de interpretación o integración por parte del juez, deviene en violación al principio de separación de poderes y, en definitiva, implica una usurpación de funciones*; ello se agrava cuando, además, la materia objeto de modificación es de estricta reserva legal, como lo es ciertamente el régimen de los juicios y procedimientos judiciales, en atención al artículo 156, numeral 32 de la Constitución de 1999, de modo que, concluye “...en lugar de un beneficio para los justiciables, se ha introducido un indeseable elemento de inseguridad jurídica, a escasos meses de la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

Visto lo anterior, nos preguntamos, ¿es que acaso la Constitución de la República en alguna parte de su articulado autoriza a la Sala Constitucional para dictar leyes? Por supuesto que no, por el contrario,

su función pública (y por lo tanto de carácter restrictivo) es interpretar y, en caso extremo, anular leyes, pudiendo dictar algunos lineamientos para que cesen las lesiones constitucionales, pero en ningún caso, puede legislar.

Insisto, la Sala Constitucional debe en primer lugar interpretar la norma, otorgándole una interpretación cónsona con la Constitución Nacional, para ello claro está, puede utilizar los mecanismos de interpretación correspondiente, tales como la interpretación correctiva (que bien puede ser restrictiva o aditiva) todo con la finalidad de conservar su existencia y preservar el orden jurídico y, solo en el caso de que lo anterior no fuere posible, deberá anularla. Pero, lo que no puede la sala es anular una norma y redactar otra completamente diferente usurpando la función de otro Poder Público.

Esta imposibilidad de incursionar en la actividad legislativa se evidencia incluso, en lo que se conoce como la Protección Constitucional por la Omisión del Poder Legislativo, mediante la cual la Sala Constitucional no puede suplir la inactividad de la Asamblea Nacional dictando las leyes omitidas, sino que debe limitarse a emplazar al Poder Legislativo para que lo haga y, a lo sumo, dictar algunos correctivos de la situación.

Por tanto, al desconocer los límites que la propia carta magna le ha impuesto, la Sala Constitucional ilegítimamente se ha subido, por sus propios medios, a un pedestal desde el que pretende que ni la propia Constitución nacional le satisfaga, mucho menos la ley. Con ese tipo de actuación, que no es única sino sostenida, se ha puesto, arbitraria y unilateralmente, por encima de la Constitución y de todo el orden jurídico, anulando el principio de Supremacía Constitucional que tanto dice defender.

Lo que se quiere destacar con estos comentarios, y a lo cual llamamos a la reflexión, es que todos los jueces constitucionales (sean del rango que sean) deben estar sometidos a la Constitución, y no pueden invadir el campo del legislador ni el del Poder Constituyente; lo contrario sería, en palabras de Sandra Morelli, desarrollar un Totalitarismo Judicial Irresponsable (Brewer, 2010); pues, estos no pueden sustituir al Poder

Legislativo ni poseen base política discrecional para crear normas legales o disposiciones que no puedan ser deducidas de la Constitución misma. Por ello, algunos se han referido a los jueces constitucionales como legisladores negativos⁸.

Sin embargo, entendemos que en la evolución del Derecho se puede ir un grado más allá en la interpretación, autorizando que se haga una interpretación armónica de cara a la Constitución Nacional. Pero no está bien en que convirtamos al Juez en un Legislador Positivo, no importa que sea el Juez de Municipio o la Sala Constitucional.

Para ir concluyendo con esta parte, tenemos que en los fallos 510 y 362 dictados por la Sala de Casación Civil y Constitucional, respectivamente, y los cuales son objeto de este foro, ocurrió lo siguiente:

a.- La Sala de Casación Civil aplicó un control difuso de la Constitución y, en consecuencia, ordenó la desaplicación, erga omnes, de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, para así suprimir la Casación con Reenvío; pero olvidó que una de las principales características del control difuso es que solo resulta aplicable al caso en concreto, no tiene efectos erga omnes. No obstante, la sala dispuso que su fallo tuviera efectos para todos.

b.- Adicionalmente, dicha sala actuó de manera muy particular, toda vez que *nada tenía que ver lo decidido por la Sala Civil, con el devenir del recurso de Casación que estaba conociendo*.

De esta manera, si nos atenemos al caso, nos damos cuenta de que lo lógico es que un control difuso se utilice cuando el Juez al aplicar una norma, considere que colide con la Constitución, pero, *¿cómo justifica la Sala de Casación Civil que ella, en un caso donde declaró sin lugar el recurso de casación, encontró que las normas del reenvío y la casación múltiple son incompatibles con la Constitución?* Es decir, aquí se trató de un caso donde el reenvío no era aplicable, ni tampoco se estaba haciendo uso de una casación múltiple, por lo que, la aplicación o no de tales normas estaba fuera del tema a decidir; entonces, *¿cómo la sala entró a analizar si unas normas, no aplicables al caso que conocía, chocaban o no con la Constitución?*

⁸ Nos referimos a legislador negativo, en el sentido clásico, refiriéndonos solo a la faceta del juez constitucional en la anulación de las leyes. Sabiendo que dicho juez no es legislador ni en sentido positivo ni negativo, solo anula la ley cuando lo impone la preservación de la supremacía de la Constitución. El Juez está llamado a proteger la Constitución y lo último que deberá hacer es anular la norma dejando un vacío, ello deberá evitarlo de ser posible con la interpretación. Para ampliar esto véase (Casal, 2014).

Creo que al menos debió tratarse de un caso donde la Sala Civil, habiendo declarado con lugar el recurso de casación, necesitara declarar la desaplicación de tales normas para así resolver el fondo de la controversia. Pero no en un caso donde no tenía la necesidad de descender para dictar sentencia de fondo, toda vez que el recurso fue declarado sin lugar.

Parece el típico caso de que tenían preparada esa argumentación y en la primera sentencia que encontraron, lo incluyeron⁹.

Es grave que se confunda la figura del Juez Constitucional con la del Tribunal o Sala Constitucional. Es decir, una cosa es que todo juez, dentro de sus competencias, tenga el deber de garantizar la integridad y supremacía constitucional y, otra muy distinta, es que se autoconstituya en Tribunal Constitucional y anule normas con efectos *erga omnes* y, peor aún, redacte una nueva legislación, en materia procedimental que es un tema de la reserva legal. Vale decir, la Sala de Casación Civil asumió las competencias (mal ejercidas además) de la Sala Constitucional.

Si esto es así, ¿por qué no puede hacer lo mismo, el juez de primera o segunda instancia, si ambos tienen la misma jurisdicción? Esto sería la estocada final para un ordenamiento jurídico cuya seguridad jurídica se tambalea.

c.- Pero más grave aún es que la Sala Constitucional, a pesar de reconocer el exceso que ha cometido la Sala de Casación Civil, toma una posición algo laxa, sosteniendo que si bien no es correcto el proceder de la Sala de Casación Civil (especialmente que la decisión de la referida sala no puede tener efectos generales), en el fondo tienen razón y como ella no necesita de una demanda de nulidad, sino que puede hacerlo de oficio e incluso de manera incidental (contrario a lo que orden jurídico dispone), ella procede a declarar la nulidad de tales artículos desaplicados ‘con efectos generales’ por la Sala Civil.

A esto cabe preguntarse, ¿dónde queda la exigencia de que para declarar la nulidad, con efectos generales, de una norma se debe hacer en un proceso principal cuya pretensión sea la nulidad de la ley? ¿Acaso no siempre los casos de normas incompatibles con la Constitución son de mero derecho?¹⁰ ¿Dónde queda la prohibición de que no puede declararse la nulidad de la ley de manera incidental?

⁹Espero que nada tenga que ver en esto el emblemático nombre del caso (Juez Marshall).

¹⁰Este fue uno de los argumentos usados por la Sala Constitucional.

Esto no puede tener otra lectura que, como hemos citado anteriormente, se trata de un Totalitarismo Judicial con apariencia de constitucionalidad, pues en nombre de la Constitución se viola a la propia Constitución.

Frente a estos desafueros existió un voto concurrente emanado de la magistrada Godoy de la Sala de Casación Civil, el cual, en su mayoría corrobora lo que hemos venido explicando, salvo ciertos argumentos que no compartimos. Dicho voto puede resumirse de la manera siguiente:

Es sabido que el control difuso es una potestad y un deber que tenemos todos los administradores de justicia...

Que la posibilidad de darle efectos *erga omnes* a la desaplicación de normas jurídicas por vulnerar el texto constitucional le pertenece de manera exclusiva y excluyente a la Sala Constitucional, razón por la cual, la Sala de Casación Civil no debe ni puede hacer a través del control difuso, declaratoria alguna fuera del ámbito de su competencia, al resolver un recurso de casación.

En la sentencia aprobada la declaración de inconstitucionalidad se hace dentro de un capítulo al que se denomina '*Obiter dictum*' -el cual se utiliza en aquellos casos en que se hace necesario completar un procedimiento por lagunas de: conocimiento, reconocimiento, normativas o axiológicas-, pretendiéndose dejar sin efecto jurídico varias normas y establecer un criterio que no tiene relación directa con la causa que se resuelve, peor aún, en un caso en el cual se declara sin lugar el recurso de casación, de manera que la institución que se deja de aplicar ni siquiera es utilizable a la causa bajo análisis.

Ahora bien, no puede la Sala de Casación Civil, cuya competencia se limita al conocimiento primigeniamente del recurso de casación y a la interpretación del articulado jurídico sustantivo y adjetivo en materia civil, dictar nuevos lineamientos procedimentales para sustituir los contenidos en las normas que desaplica.

Una actividad realizable por esta Sala de Casación Civil, es la interpretación de la norma de acuerdo a la Constitución para ofrecer un nuevo sentido a aquella...

En el caso que nos ocupa, al preferirse anular todas las normas que desarrollan la institución del reenvío, no se precisa cuáles son las aplicables al caso concreto, actuando la Sala de Casación Civil en ejercicio de un poder semejante al control concentrado que difiere de las posibilidades que ofrece el control difuso. No se intenta un ejercicio de reinterpretación normativa que habría permitido afirmar

que el reenvío no se aplica en ningún caso y que la regla es la casación sin reenvío.

No es congruente anular una facultad cuya extensión ha sido ampliada en una reciente doctrina de esta Sala de Casación Civil, citadas al inicio de este voto concurrente.

En este contexto, se considera que antes de recurrir a declaratorias de nulidad del *supra* indicado articulado del Código de Procedimiento Civil, las cuales desbordan la facultad de desaplicación por control difuso que tiene esta Sala de Casación Civil, se debió mediante la interpretación darle a las normas inteligencia útil, justa y lógica, adaptándolas a la realidad constitucional y dejar de aplicar aquellas cuyo uso resulte un menoscabo de la integridad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que los esfuerzos de esta Sala han de estar dirigidos a crear los fundamentos de una futura actualización normativa, ofreciendo interpretaciones que sean compatibles con el Texto Fundamental, siendo la desaplicación la última opción.

En conclusión:

- La Sala de Casación Civil no puede actuar como si fuera la Sala Constitucional¹¹.
- No puede la Sala de Casación Civil, en ejercicio del control difuso, anular normas jurídicas con efectos generales.
- No puede la Sala Constitucional convalidar esta situación, alegando que se trata de un asunto de mero derecho y de que no se necesita un procedimiento previo de nulidad, violando lo expresamente ordenado por los artículos 32 y 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
- No puede ningún tribunal de la República legislar, esto es, anular normas y dictar nuevas regulaciones normativas, pues, con tal proceder se viola el principio de la separación de los poderes, se usurpan las funciones de otros órganos del Poder Público y se genera inseguridad jurídica. Menos en estos casos que son de la estricta reserva legal.
- Los jueces constitucionales son legisladores negativos¹² y solo cuando se refiere a una ‘interpretación constitucionalizante’, se le permite

¹¹ Y no es sano para el Estado de Derecho que no se tomen los correctivos necesarios.

¹² En el sentido anteriormente explicado. Ver referencia 9.

ir un poco más allá, todo ello basado en la integridad y supremacía de la Constitución. No pueden convertirse en una jurisdicción normativa o en un legislador positivo, en el sentido literal de que puedan dictar normas jurídicas.

Concluido de esta manera el enfoque constitucional, pasaremos en el breve tiempo que nos queda a efectuar algunas puntualizaciones, sobre el tema procesal.

4.- Enfoque procesal.

No entraremos en el detalle sobre el fondo de la controversia, ni en los errores que cometieron, al menos en apariencia, los abogados en su formalización; toda vez, que eso no es lo relevante en la presente conferencia.

Pienso que resulta innegable que la fundamentación teórica de la sentencia, resulta bastante completa; especialmente, en lo relativo al origen y razón inicial de la casación.

En este sentido quisiera precisar algunas ideas que pueden ampliar revisando la obra de Piero Calamandrei, intitulada ‘La Casación Civil’ (Calamandrei, 1959):

- **En Roma, la noción de *nulla* sentencia, no significaba sentencia nula, sino más bien sentencia inexistente** (Abreu et al., 2014).

Se consideraba inexistente la sentencia en la cual el juez haya desconocido la existencia en abstracto de una norma jurídica no reconociendo como ley al derecho constituido. Las fuentes romanas ven en esto un vicio más alarmante que la simple injusticia, porque no está en juego el interés particular cometido por un error de hecho (injusticia) sino, la observancia de la ley en su alcance general y abstracto. Es un peligro de carácter constitucional, por la rebelión del juez en contra de la ley que está llamado a interpretar (Calamandrei, 1959: 24).

Esto nos lleva al concepto conocido como la nomofilaquia entendida como la defensa de la ley contra la rebelión de su intérprete. La nomofilaquia es la base de la casación y, como se ha visto, tiene origen romano. Ahora, allí está el germen de la casación, pero esta no existía como recurso en Roma.

- El origen de la Corte de Casación se encuentra en la Revolución Francesa.

Recordemos que la Francia monárquica, era, como toda monarquía, un estado unitario centralizado, en la medida que fuere posible.

El exceso de trabajo, la presión popular y la oposición a los barones feudales llevaron al rey a descentralizar el trabajo creando los Parlamentos (*Parlements*) denominados *Cour Souveraine* (Corte Superior) que tenían autonomía. Estos parlamentos trajeron dos consecuencias: la primera, desafiaban las órdenes del rey y, en segundo lugar, producían sentencias contradictorias. Esta actuación de los parlamentos conllevó a que el rey ejerciera un férreo control (nulidad) de las decisiones dictadas en contra de las normas legislativas emanadas del soberano.

Este control se desarrolló perfilándose como un medio que balanceaba el interés particular y el público, ya que la casación surge como un remedio para el justiciable (quien acude ante el soberano buscando justicia para su caso concreto) y como un medio de control político del monarca para impedir los desafueros o desobediencia contra sus normas por parte de quienes estaban llamados a aplicarlas en el ejercicio de la función jurisdiccional. *Este medio fue conocido como la demanda de casación.*

La demanda de casación fue finalmente reglamentada en 1738 como un medio de impugnación reservado exclusivamente al *Conseil des Parties* (Consejo de Estado). De esta manera, en este órgano, se logró el equilibrio judicial y político-constitucional. Sin embargo, a este órgano le faltaba todavía la función unificadora de la jurisprudencia.

- El Tribunal de Casación en la Revolución Francesa.

Debe recordarse que uno de los postulados fundamentales de la Revolución Francesa era la supremacía de la ley, nada podía estar por encima de la ley, dado que Francia debía enmarcarse en un imperio de legalidad. Esto trajo como consecuencia que el mecanismo controlador del monarca fuera adaptado por la revolución a la nueva realidad, esta era, proteger la ley de los jueces que pretendieran interpretarla, desaplicarla o, simplemente, transgredirla. Aquí cabe recordar las palabras de Charles De Secondant Barón de la Bredé y Montesquieu: *el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley*, es decir, el juez era un mal necesario, pero que no podía ir más a allá a la aplicación automática de la ley.

Vale la pena también citar textualmente a Calamandrei, en su obra *La Casación Civil*:

...en esta su forma originaria, el Tribunal de Casación fue... ..no un órgano judicial, sino un órgano de control constitucional, puesto al lado del poder legislativo para vigilar la actividad de los órganos judiciales y reprimir las injerencias con que los jueces trataron de sustraerse a la observancia de la ley... ..el Tribunal de Casación surgió como una expresión de una profunda desconfianza de los

legisladores revolucionarios respecto a los jueces, considerados como el más grave peligro para el mantenimiento de las leyes: de aquella misma desconfianza (en la cual los legisladores revolucionarios se creían inspirados por las enseñanzas de Montesquieu, que representaba al juez ideal como a un inanimado portavoz de la ley, pero en la cual eran también herederos inconscientes de la hostilidad de la Monarquía contra las rebeliones de los Parlamentos (Calamandrei, 1959: 32-33).

Así, el Tribunal de Casación como no era un órgano jurisdiccional, una vez anulaba la decisión del juez cuidaba mucho no usurpar la función judicial.

• Orígenes de la Casación en Venezuela.

Sobre el origen de la Casación en Venezuela, vale la pena mencionar que en la Constitución Federal (1864) se le otorgó a los Estados la administración de justicia, razón por la cual, se propuso una Ley de Casación (que fue la de 1876) destinada a evitar que los Estados se colocaran al margen del Poder Central. Se dijo como fundamento de la propuesta:

Según nuestra Ley Fundamental, la Legislación Sustantiva es de la incumbencia de los poderes de la Unión, y toca, en consecuencia, a la Legislatura Nacional dictar los Códigos respectivos; pero si se deja la aplicación, o interpretación de ellos, a la exclusiva jurisdicción de los Estados, muy en breve quedará nugatoria esa atribución. Cada Estado formará su jurisprudencia que, a la postre, vendría a dominar la Legislación, y tendríamos definitivamente, en el hecho, veinte Códigos, o veinte jurisprudencias distintas, desapareciendo completamente la unidad, que se quiso establecer. Un tribunal nacional, de carácter y forma del que he hablado, remediaría los inconvenientes anotados, procurando, por una parte, la responsabilidad, o ejerciendo la fiscalía en los actos de los funcionarios de los Estados, en el orden judicial, siempre que se hiciesen reos de violación de la Constitución y de las leyes nacionales; y conseguiría, por otra, con sus decisiones, fijando la inteligencia de la ley, la unidad de la jurisprudencia... (Abreu et al., 2014: 112)

Ahora, en la mencionada Ley del 13 de junio de 1876 a la Corte la estaba vedado entrar a resolver el fondo del asunto, lo cual sufrió un cambio en la Ley del 25 de junio de 1881, donde sí se permitía que la Corte entrara a resolver el fondo, salvo que fuera un tema de procedimiento, caso en el cual, habría que reponer la causa.

Esto siguió variando y, en la Ley del 06 de junio de 1884 se volvió a impedir el conocimiento del fondo y se reestableció el reenvío, pero no así en la Ley del 30 de junio de 1891 donde se retornó a prescindir del reenvío en las infracciones de ley, y se permitió entrar a resolver el fondo. Posteriormente la Ley del 05 de abril de 1895 volvió al reenvío.

Más adelante en el Código de Procedimiento Civil de 1897 se mantuvo el reenvío pero se incluyó el tema de la infracción de las reglas probatorias. Además se podía alegar en casación vicios de orden público y se incorporó, de manera expresa, el carácter vinculante de la decisión para los jueces del reenvío.

Como último antecedente al código vigente, tenemos que en el Código de Procedimiento Civil de 1916 se mezclan los sistemas francés y español permitiendo la casación sobre los hechos. Lo que a decir de Humberto Cuenca, constituye una ‘casación mestiza’ (Cuenca, 1980).

De todo esto podemos concluir que:

a) No siempre hemos tenido instaurada una casación con reenvío, pues, han existido múltiples variaciones;

b) Es cierto, que el origen de la casación, fue producto de la necesidad de someter las decisiones judiciales a un control posterior por parte del monarca. No obstante, no quiere decir que eso sea así en la actualidad, pues, desde hace muchos años el órgano político pasó a ser un órgano jurisdiccional, con lo que, la casación es un mecanismo destinado a garantizar la uniformidad en la aplicación e interpretación de la ley, es decir, realmente es una herramienta destinada a garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

c) Nuestro Código de Procedimiento Civil prevé que la Sala de Casación Civil puede casar a instancia de parte, así como de oficio cuando existan quebrantamientos de orden público y, adicionalmente, permite, la casación sin reenvío, cuando se haga innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo y, cuando los hechos que han sido soberanamente establecidos y apreciados por los jueces del fondo le permitan aplicar la apropiada regla de derecho.

d) No obstante, a la Sala de Casación Civil no le pareció suficiente estos supuestos y decidió que: i) lo mejor es crear lo que ha denominado una ‘**casación de instancia**’ y; en consecuencia, eliminar el reenvío (salvo para cuando existan violaciones de las formas sustanciales que

menoscaben el derecho a la defensa y, que conlleven una reposición de la causa) y la casación múltiple y; ii) acordar que la Sala de Casación Civil podrá casar el fallo totalmente o parcialmente, para así facilitar su trabajo y limitarlo a lo que sea realmente importante.

Con este fin desaplicó, con efectos generales, ciertos artículos del Código de Procedimiento Civil (320, 322 y 522), pero cabe advertir que nada dijo de otros artículos que también establecen el reenvío como lo es el artículo 210 del mismo Código¹³.

Sobre esto debemos hacer varios comentarios:

La primera razón que ofrece la Sala de Casación Civil para eliminar el reenvío es que se trata de un mecanismo obsoleto, que retarda el proceso y, por tanto, impide que se alcance la justicia. También argumenta la sala que el reenvío quizá era justificable en el pasado por el exceso de trabajo, pero no ahora que se trata de una sala con récord impecable y una capacidad tecnológica para atender todos estos asuntos.

Esta afirmación me hace recordar lo que una vez le dijo una Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al Profesor Román Duque Corredor cuando este se desempeñaba como magistrado de nuestra Corte Suprema de Justicia, y la cual el apreciado profesor nos contara como anécdota en una de las tantas clases del postgrado: *'su tribunal será un Tribunal de Justicia, pero no Supremo'*.

Esto es cierto, la idea de un Tribunal Supremo es que solo ciertos casos de envergadura y de relevancia lleguen a su conocimiento para su decisión, pues, su función principal, más que hacer justicia en el caso concreto, es precisamente garantizar el imperio de la ley, de la seguridad jurídica y de un desarrollo sano del orden jurídico, donde habrá de descansar el Estado de Derecho.

¹³ De la lectura de la sentencia se presume que dicha norma debió correr con la misma suerte que los artículos desaplicados y luego anulados. Pero la sentencia, ratificó la validez de este artículo, entre otros, cuando dijo: "...pudiendo la Sala únicamente reponer la causa cuando encuentre con lugar y case el fallo al existir una violación o conculcación al derecho de defensa de conformidad con la teoría de las nulidades y consecuente reposición, establecida en los artículos 49.1 Constitucional, 15 y 206 al 213, ambos inclusive del Código de Procedimiento Civil..." **Subrayado incorporado**

Cuando se decide que la Sala de Casación Civil está en la capacidad de asumir todos los casos de nuestro país que superen las 3.000 unidades tributarias¹⁴ y resolverlos desde el punto de vista no solo del recurso de casación, sino también del tema de fondo, debemos afirmar, sin lugar a dudas, que será una tarea titánica, por no decir imposible.

Es cierto, hay que reconocerlo, que la Sala de Casación Civil había venido mejorado sus tiempos, pero tampoco se puede negar que los juzgados hoy día parecen lugares inhóspitos, es decir, no tiene afluencia de usuarios, con una merma importante del trabajo de los órganos jurisdiccionales.

Leyendo esta argumentación, me vienen a la memoria dos hechos que ocurrieron en el sistema judicial.

No sé si recordarán el empeño que tenía la competencia laboral en permitir la acumulación de pretensiones y la generación de litisconsorcios cuando no existían los supuestos previstos por el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil; ello se mantuvo así hasta que la Sala Constitucional en una sentencia bastante clara explicó por qué varios trabajadores no podían formar un litisconsorcio (Tribunal Supremo de Justicia, 2001: exp. No. 00-03202). Pero, la insistencia fue tal, que en Ley Orgánica Procesal del Trabajo incluyeron el artículo 49 y, separado de cualquier argumento válido, autorizaron la creación de litisconsorcio. ¿Qué pasó luego? Que la Sala Social tuvo que empezar a dictar sentencias de política judicial para limitar el número de litisconsortes (lo cual es una limitación no prevista en la ley), toda vez que era muy difícil resolver los casos con una excesiva cantidad de litisconsortes.

También, tal argumentación, me recuerda cómo empezó a operar la Sala de Casación Social al resolver las controversias: casaban los fallos y procedían a resolver el fondo; esto poco a poco empezó a cambiar y, hoy día, los fallos más censurables que se hayan podido ver pasan por sus manos sin pena ni gloria, lo cual para mí solo responde al exceso de trabajo que tienen y donde se hace muy difícil realizar el trabajo que todos esperamos.

Es innegable que la casación múltiple y el recurso de nulidad generan mayor inversión de tiempo; pero ¿resuelven estas sentencias, que hoy analizamos, la problemática?

¹⁴ Cuantía exigida para tramitar un recurso de casación.

Creo que la respuesta depende de cómo queremos visualizar nuestro sistema justicia, pues, se pueden esgrimir múltiples razones a favor o en contra de la supresión del reenvío.

Por ejemplo, ¿cuál es la función de la Sala de Casación Civil?, ¿ser un tribunal de hecho o de derecho? Si decimos que de hecho (o que eso es indiferente), ¿qué sentido hay en que tengamos dos instancias más una ‘casación de instancia’? Y lo planteo de esta manera porque la sala se niega a llamarse una tercera instancia, pero si no lo es, está muy cerca.

Me hago una pregunta, todos conocemos el arbitraje, ¿por qué en el arbitraje no se escoge un árbitro de primer grado de conocimiento y otro superior? ¿Se han preguntado eso? La razón es simple, porque si usted y yo (que somos las partes del arbitraje) creemos que el Dr. X es un excelente árbitro, pero consideramos que el Dr. Z pudiera ser mejor, no vamos a crear dos instancias, sino que, simplemente, escogemos al árbitro que creemos más competente y capaz. De esta manera gastamos menos tiempo, dinero y tenemos la decisión que eventualmente dictaría el árbitro superior.

Lo mismo ocurre con el sistema de justicia, si la Sala de Casación Civil se va a erigir en la última palabra en el sistema de Justicia, para qué vamos a necesitar dos instancias anteriores.

La razón de las instancias anteriores o de las dos instancias, es porque es allí donde se crea el derecho¹⁵ y la Sala de Casación lo que está destinada es a custodiar la legalidad de los fallos, pero, si concentramos ambas funciones en un solo órgano, habría que replantearse la necesidad de seguir conservando las instancias anteriores.

Lo que quiero con esto es resaltar que podemos tener múltiples argumentos a favor o en contra de esta decisión. De hecho, fíjense que

¹⁵...para la mayoría de las personas que se ven envueltas en un litigio, la función que desempeñan los tribunales inferiores es de mayor importancia que la función realizada por las cortes. No tan sólo porque una abismante mayoría de casos no son apelados, sino que, incluso en los que sí lo son, los cuales no son más allá de un 6% del universo total de casos litigados anualmente, las cortes superiores aceptan sin mayor cuestionamiento los hechos probados presentados por los tribunales inferiores. Esto es así, puesto que las cortes no tienen contacto con las declaraciones de los testigos, y, sin perjuicio de que la percepción inmediata de los jueces de los tribunales inferiores a las pruebas esté lejos de ser un medio infalible, no existe, disponible actualmente, otro método más confiable por lo que la labor llevada a cabo por éstos es, generalmente, considerada como esencial en nuestro sistema jurídico... (Reyes, 2016: 267).

el proyecto de reforma del código que circulaba, en el cual participaron eminentes profesionales del Derecho, mantenía una redacción muy parecida a la del vigente, salvo que incluía una audiencia oral¹⁶, pero mantenía el reenvío y el recurso de nulidad.

No obstante, de reciente data está circulando un proyecto de Ley Constitucional Procesal Civil que recoge los argumentos de las sentencias hoy objeto de estudio y, no nos extraña que, de ser posible, sea este dictado por la Asamblea Nacional Constituyente. Pero insisto, ¿eso resuelve el problema?

No se trata de que sea la Sala de Casación Civil la que deba resolver las injusticias o contrariedades a derecho que puedan cometer los jueces de instancia y que ello deba hacerse con o sin reenvío. *Se trata es de que necesitamos con urgencia, recuperar el sistema de justicia; tener concursos públicos, transparentes, incorporar jueces capaces, pero además honestos, que vivan las virtudes humanas y que sean ciudadanos de bien; donde no lleguen a hacer negocios o a aprender lo que no aprendieron en la universidad.*

Si vamos a la base y hacemos las correcciones que el sistema de justicia requiere, funcionará con o sin reenvío; y por qué estoy convencido de que funcionará; por la sencilla razón de que la calidad de las sentencias requerirá que cada vez menos sean casadas y que se respetarán los plazos y formas procesales, para obtener justicia con prontitud.

Pero no solo se trata de mejorar la ley, lo cual también hay que hacer claro está, se trata de que resolvamos los problemas de fondo del sistema judicial.

¿Es que acaso el nuevo procedimiento de amparo constitucional, nos resolvió el tema de la urgencia en la reparación de la situación jurídica infringida?

Cuando usted acude en amparo a la Sala Constitucional y pueden tardarse meses, para no decir años, en fijarle la audiencia; o cuando usted va a la audiencia de Casación Social y se tardan hasta 18 meses en fijársela, ¿se ha atendido la situación de la celeridad procesal? Y no estamos hablando de reenvío, ni de recurso de nulidad.

Lo que quiero transmitir y con esto concluyo, es que yo puedo estar, en principio, de acuerdo, con eliminar el reenvío para los casos de violación de los requisitos de la sentencia o cuando se está ante una infracción

¹⁶ Sin embargo, ya esta audiencia oral había sido establecida por la Sala de Casación Civil en diciembre de 2017, con la denominada Audiencia de Casación.

de ley. **En el primer caso**, porque no tiene mayor sentido reponer para que se renueve únicamente la sentencia previa corrección del vicio y, en el **segundo supuesto**, porque, cuando se resuelve una infracción de ley, el Juez Superior igualmente debe seguir lo que ordena la Sala de Casación Civil, por lo que, al ser el punto de derecho, ella misma lo podría resolver.

Ahora, para el caso de que como consecuencia de la nulidad de la sentencia casada deban nuevamente analizarse y juzgarse los hechos y, si queremos conservar a los jueces de instancia como los creadores del derecho y a la Sala de Casación como la guardiana de la ley, debemos mantener el reenvío. En este sentido comparto plenamente la posición de quien fuera mi profesor, el maestro Duque Corredor, sobre lo que un Tribunal Supremo debe ser.

Pero como les digo, esto no es lo que nos va resolver el problema, ¿por qué en vez de abocarse al tema del reenvío o del recurso de nulidad, no se abocaron, por ejemplo, a los concursos para ocupar los cargos de jueces? O tantos temas tan importantes, no, por el contrario, violando el Estado de Derecho, la Separación de Poderes, así como la Constitución y la Ley, se dedican a suprimir la institución del reenvío en el ya obsoleto procedimiento civil.

Esto me recuerda a una de las tantas cosas que le dijo Jesús a los Fariseos *...guías ciegos, que coláis el mosquito y os tragáis el camello (Mateo 23:24)*. Esto es exactamente así, tintas de fundamentación de por qué la casación de instancia traerá más justicia, pero socavando los principios fundamentales del Estado Democrático al convertir a la Sala de Casación Civil y a la Sala Constitucional en legisladores positivos.

Queda pendiente nuestra conversación sobre la preocupante supresión de la prohibición de reforma en perjuicio, sin embargo, ya sería abusar del tiempo que me han concedido, por lo que, solo me resta agradecerles y darles ánimo, porque esto que estamos viviendo no termina aquí, de seguro habrá segunda parte. Muchas gracias...”.

Referencias Bibliográficas

ABREU, Alirio y MEJÍA. (2014). **La Casación Civil**. Ediciones Homero. Caracas.

ASAMBLEA NACIONAL. (2010). **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.522. Extraordinario-reimpresión.

ASAMBLEA NACIONAL. (2004). **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.942.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (2009). **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.908. Extraordinario.

BREWER CARIAS, Allan. (2010). **Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law**. En: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2010/07/1062-1008.-Brewer-Carias.-CONSTITUTIONAL-COURTS-AS-POSITIVE-LEGISLATORS.-IACL-Cong.-Exposici%C3%B3n.doc.pdf>. Fecha de consulta 05 de junio de 2018.

BREWER CARIAS, Allan. (2007). **Crónica sobre la ‘In’ justicia Constitucional: La Sala Constitucional y el Autoritarismo en Venezuela**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

BREWER CARIAS, Allan. (1994). El Control Concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes (Estudio de Derecho Comparado). En **Cuadernos de la Catedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías De Derecho Público No. 2**. UCAT. Caracas.

CALAMANDREI, Piero. (1959). **Casación Civil**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

CASAL H., Jesús. (2014). **Constitución y Justicia Constitucional**. UCAB. Caracas.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. (1990). **Código de Procedimiento Civil**. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 4.209. Extraordinario-reimpresión.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. (1976). **Ley de la Corte Suprema de Justicia**. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 1.893. Extraordinario.

CUENCA, Humberto. (1980). **Curso de Casación Civil**. UCV Ediciones de la Biblioteca. Caracas.

DE BALBIN BEHRMANN, Rafael. (1964). **La Concreción del Poder Político**. Universidad de Navarra. Pamplona.

FRANK, Jerome. (1948), “**Cardozo and the Upper-Court Myth**”. **Law and Contemporary Problems**. Vol. 13, núm. 2, pp. 369-390.

HUALDE LOPEZ, Ibón. (2017). **Algunas Consideraciones sobre el Tribunal y el Recurso de Casación Civil Francés**. En: <https://e-revistas>.

uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3618/2186. Fecha de consulta 06 de junio de 2018.

REYES MOLINA, Sebastián. (2016) **Releyendo a... Jerome Frank: Realismo Jurídico Estadounidense y los Hechos en el Derecho**. En: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download>

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 2018. Sentencia del 28 de julio de 2017. En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/201580-RC.000510-28717-2017-17-124.HTML>

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. 2018. Sentencia del 10 de mayo de 2018. En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/211118-0362-11518-2018-17-1129.HTML>

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. 2014. Sentencia del 21 de mayo de 2014. En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/164522-474-21514-2014-13-1030.HTML>

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. 2004. Sentencia del 19 de agosto de 2004. En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1645-190804-04-0824.HTM>

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. 2001. Sentencia del 28 de noviembre de 2001. En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2458-281101-00-3202.HTM>

UROS MAGGI, Daniela. (2011). **La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas.