



¿Igualdad Procesal?
(tres referencias en el proceso venezolano)

Ángel Zerpa A.*
Octubre de 2009
azerpa@cantv.net

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Magister en la Universidad de Glasgow, Reino Unido. Profesor de Pre y Post Grado en la UCV y en la Universidad Católica "Andrés Bello", de Caracas. Juez Titular miembro de la Corte de Apelaciones Penal de Caracas.

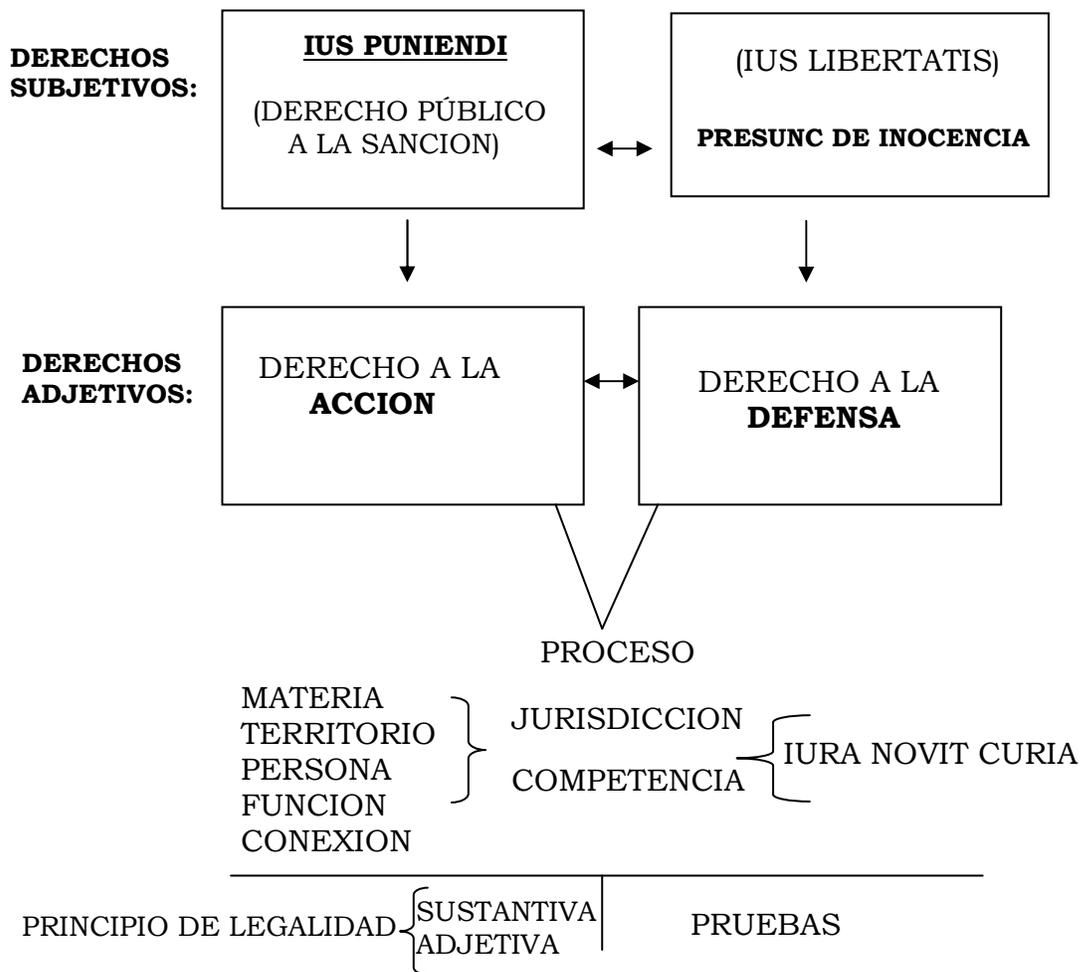
Los *principios procesales* son reglas que estructuran las diferentes fases del proceso de forma tal que se logre el reconocimiento de derechos consagrados en la norma substantiva. Son criterios contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales de la actividad procesal. Estos principios pueden clasificarse en *básicos*, *particulares* y *alternativos*: los primeros son comunes en todos los sectores del derecho procesal dentro de un ordenamiento jurídico determinado; los *particulares* son aquellos que orientan predominantemente un sector del derecho procesal; y los *alternativos* son aquellos que rigen en lugar de otros que representan normalmente a la opción contraria. Dentro de esos "*principios básicos o comunes*" se halla el llamado **Principio de contradicción**: "*óigase a la otra parte*", imponiéndole al juzgador el deber de resolver sobre las promociones que le formule cualquiera de las partes, oyendo previamente las razones de la contraparte, o, al menos, dándole la oportunidad para que las exprese. Se encuentra reconocido, por lo que concierne al accionado, en el llamado *derecho de defensa* y en la *garantía de audiencia* que establecen los Numerales 1 y 3, respectivamente, del Art. 49 Constitucional. De allí que, por lo que se refiere a ambas partes, el principio de contradicción es una de las "*formalidades esenciales del procedimiento*", que no puede ser relajada, invocándose por ejemplo, desinterpretaciones del Art. 257 Constitucional...

*"El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, **uniformidad** y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales" (Resaltado propio)*

De allí que el principio de contradicción alude, fundamentalmente, al derecho que cada parte tiene a que se le conceda oportunidades para intervenir, defenderse y probar a su favor. La cantidad y calidad de posibilidades deben ser iguales, para que se cumpla con el principio, en aras a la reafirmación del derecho a la defensa. Ahora bien **¿defensa, de qué?** . La pregunta nos la hacemos en aras de propiciar una respuesta "*des-sustantivizada*" de dicho derecho a la defensa. Explicemos la tesis: Se tiende a considerar que la invocación del derecho a la defensa es en aras de la exclusiva defensa del accionado frente a la acción. Ello es desmerecer, no solamente el carácter

contradictorio del proceso, sino, fundamentalmente, su carácter *acusatorio*. Así, no debe perderse de vista la razón de ser del tipo de proceso que fundamentalmente tenemos y que se trata de ilustrar con la siguiente gráfica, en la que se hace especial referencia al proceso penal, pero que puede, perfectamente aplicarse a cualquier otro ámbito jurisdiccional:

**Visión “Forense” de la Relación Jurídico-Procesal
 (Sistema Acusatorio)**



Expliquémosla: En las relaciones interpersonales, deambulan casi infinitos derechos sustantivos, que al pertenecerles a alguien, al *sujeto* de ese derecho, pasan a ser, obviamente, *derechos subjetivos*¹: vida, libertad, propio nombre, identidad biológica, posesión, etc. Entendiendo a los *derechos* como *asunción de goce*, estos están concebidos para ser efectivamente ejercidos. Los romanos respetaban la existencia de esos derechos en cabeza de sus titulares: el Derecho regulaba relaciones interpersonales, y relaciones entre personas -naturales o morales-, y cosas. Por tal tipo de relaciones con quien ostentaba *capacidad jurídica* como atributo para tener derechos y contraer obligaciones, las cosas pasaban a denominarse *bienes*. En la Edad Media y a los comienzos de la Edad Moderna, no hubo mayor cambio en el reconocimiento de tales *derechos* -así, con minúscula-, a la gente. Pero era del poder público (monarquía, imperio, señor feudal, metrópolis colonial, etc.) que provenía el reconocimiento de los *derechos a las gentes*; siendo dicho poder de mando, en lo esencial, no regulado por el Derecho porque de él fundamentalmente venía, aludiéndose hasta razones teológicas. La llegada del constitucionalismo trajo como efecto evidente la concepción del Estado como *Sujeto de Derecho*, no solo porque en el pacto social constitucional se le atribuyo a dicho Estado capacidad jurídica, como tenedor de derechos y obligaciones, sino que, literalmente, pasaba a estar dicho poder público a ser *sujeto*, asido, tomado, por el Derecho. Por ejemplo, podía el ciudadano, acudir ante un tribunal, y ganarle en juicio a dicho Estado. Las originarias constituciones de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX (la norteamericana, la francesa, entre otras) entendían la existencia de *Derechos Fundamentales* -que algunos autores, paradójicamente, encierran como *Derechos Humanos de Primera Generación*, o de *Segunda Generación*, como si lo esencial de tales derechos, consustanciado con su exigible aceptación en cualquier momento, admitiera conflictos generacionales-, en su obligación de reconocerlos frente a sus titulares, los ciudadanos. *Pero hasta ahí*: no había una mayor postura de impulsarlos. Y si el nacimiento de aquellas constituciones liberales tuvo como origen las revoluciones

¹ En el ya clásico Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Guillermo Cabanellas de Las Cuevas, se define al "*Derecho subjetivo*", como "...a la facultad que las personas físicas o jurídicas tienen no solo para realizar determinados actos, sino también para exigir que otras personas de igual indole, sin excluir al Estado, no les impidan realizar lo que la ley permite o no prohíbe"... (Buenos Aires, Heliasta, 2000, 312).

políticas e independentistas de fines del dieciocho, otras revoluciones aguardaban en el siguiente siglo: las llamadas *Revoluciones industriales* de la decimonónica centuria siguiente, con el traslado de grandes concentraciones humanas a las urbes y la asalarización del trabajo, trajo la promulgación de constituciones de un *Estado Social*, que no solamente *reconocía* Derechos fundamentales, sino que los *promovía*: trabajo, educación, asistencia medica,...y porque no decirlo, la existencia de un proceso justo como obligación de Estado. La conceptualización de un Estado con *obligaciones*, pero también con *derechos*, racionalizó la justificación del por qué la sanción penal es un derecho cuyo titular es dicho Estado: el *Ius Puniendi*. Su tenencia como derecho sustantivo o subjetivo, en cabeza de un sujeto de Derecho público, provino del llamado *pacto social*, que le otorgó esa prerrogativa al Poder Publico en aras de la protección de derechos comunes, de la comunidad, de la victima como ofendida por la comisión delictiva. Siguiendo a los Iluministas como Beccaria, Rousseau y Montesquieu, la asunción del concepto de *bien jurídico* y el de división de poderes, hizo prosperar la tesis de la diferenciación de dos categorías de derechos, *los sustantivos*, que se debaten dialécticamente, se enfrentan, porque el ejercicio de uno indudablemente afecta el otro. De allí que tenemos (a) la existencia del derecho subjetivo del Estado al *Ius Puniendi* -o derecho a la sanción penal- en un sistema acusatorio en el que se exige la presencia de un tercero decisor que resuelve las pretensiones de partes, enfrentado a (b) la *presunción de inocencia* como otro derecho sustantivo del que es titular el imputado. O para usar el mismo tipo de latinismo para identificar dicha categoría de derecho sustantivo, el *Ius Libertatis* se enfrenta al derecho público a la sanción.

La constatación de la existencia de derechos sustantivos en conflicto, en si mismo, no pasa de ser un saludo a la bandera si el goce efectivo de tales derechos no se aproxima por la vía del ejercicio de las garantías para su disfrute pleno. Y es un concepto básico del Derecho que las garantías son mecanismos a través de los cuales se permite el ejercicio de derechos sustantivos²: es menester separar la esencia del *derecho*

² Cabanellas define a las "Garantías constitucionales" como "Las que ofrece la Constitución en el sentido de que se cumplirán y respetarán los derechos que ella consagra, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los de carácter privado como al de los de índole pública"... . *Ibíd.*, 453.

sustantivo con sus correspondiente *derecho adjetivo*. Uno para cada uno. *Sendos*³ derechos: la plena vigencia del derecho publico a la sanción se ejercita a través de la interposición de la acción, el *derecho a la acción*; de la misma manera entonces que la ejercitación del derecho a la reafirmación de la presunción de inocencia acude al vehículo del *derecho a la defensa*. Pero la bandera del saludo sigue ondeando, aun con esta precisión en la diferenciación entre *sanción* y *acción*, enfrentada a la dualidad *presunción de inocencia* como sustrato, del adjetivo derecho a la *defensa*. Y siguen siendo categorías no asibles, si no hay un escenario preciso, un ámbito en donde tal categoría de derechos sustantivos y adjetivos se debatan. Y este escenario no puede ser otro que *el proceso*⁴. Acertadamente Couture señalaba...

“...para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil”... (Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición, Buenos Aires, Desalma, 1958, p. 64 y 68).

Y el proceso como ámbito para el ejercicio dialéctico se asume como una obligación de Estado, como un *Deber Publico*. Si el órgano de dirección de tal proceso es la instancia jurisdiccional es porque en su seno se debate el conflicto y son los tribunales que deben decidir el reconocimiento del derecho, entonces el proceso ha de ser *jurisdiccional*, en el entendido que la potestad de administrar justicia descansa en tribunales. Y esta facultad ha de competenciarse: (i) *materialmente* (atribuyéndose la especificidad de una materia), (ii) *territorialmente* (el juzgado apto en razón de la variable específica que atienda al factor *espacial*, (iii) *personalmente* (preguntándonos si hay un fuero personal del accionado que conduzca su juzgamiento a un juez natural -sistema de responsabilidad penal del adolescente, enjuiciamiento del altos funcionarios públicos, justicia militar, etc);

³ “...Uno o una para cada cual de dos o más personas o cosas”... . DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA DE LA...

⁴ Conforme al citado Art. 257 de la Constitución de 1999, norma ésta que denominamos “*El carácter instrumental del proceso*”, en su primera frase se asienta que “*El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia*”... **(Resaltado nuestro), ...pero no el único.**

y (iv) *funcionalmente* (existiendo una división del trabajo jurisdiccional en sistemas acusatorios como el nuestro: tribunales de *control*, o de mediación, o de *juicio*, o de *ejecución*; y alzas de apelación y de casación). Tal jurisdicción competencial no es un asunto formalista, en el que basta el simple nombramiento de un juez después de haber participado en un concurso con posibilidad de oposición pública: Es un asunto, repetimos, más esencial. Y es que el ejercicio natural y competente de la jurisdicción es el resultado de demostrar día tras día, en la motivación de sus sentencias, en la falibilidad decisoria cuestionada por recursos declarados sin lugar, que el juez conoce el Derecho, toda vez que, ciertamente, y comparándolo con otros detentores del Poder Público, al Presidente de la República lo legitima el sufragio con el que llegó a dicha posición, al igual que a los parlamentarios o representantes de poderes públicos regionales. Pero la legitimidad jurisdiccional es un asunto de tutelar pretensiones como un quehacer de motivación idónea de los fallos. Es ese exigible *iura novit curia* que le otorga la sapiencia específica al juzgador para resolver conflictos de parte. Y la exigencia de tal conocimiento jurídico, ciertamente, más que ser *asumido*, debe *presumirse*, siendo la existencia de los recursos la objetivización plena del carácter presuntivo de dicho conocimiento jurídico de la instancia, al poder la alzada cuestionar tal *iura novit curia* en la aplicación del Derecho.

La explicación del anterior esquema se sustenta obviamente en: 1) el *principio de legalidad* y 2) el *quehacer probatorio*, toda vez que accediendo a dicha directriz de legalidad, bien sea la *sustantiva* (la procedencia del derecho sustantivo), o la *adjetiva*, (el ejercicio de la acción y de la defensa como actuaciones reguladas por leyes procesales), estas permiten canalizar la respuesta jurisdiccional sobre la base de la aceptación del *silogismo* comparativo de las premisas *mayor y menor, la norma y los hechos* (o el acto procesal), que así se *subsumen*.

Todo este esquema clásico de la relación jurídico procesal expresado en la gráfica de arriba, ha de ser barnizada completamente con la existencia de las garantías constitucionales del proceso, que dejan en un segundo plano dicho esquema chovendiano o carnellutiano -si se excusa la adjetivización- de la relación procesal, para

adentrarla en un ámbito de *Derecho Fundamental*, así, con mayúscula, que lo realiza del simple derecho procesal que el esquema deriva. Diciéndolo con un ejemplo: el concepto de *jurisdicción* no se basta con la simple potestad de *administrar justicia*, sino que la jurisdicción se acopla con el concepto de *tutela judicial efectiva*, en el sentido que el real ejercicio de la jurisdicción es aquella que tutela una respuesta forense después de un trámite procesal (aunque no se conceda el derecho sustantivo o adjetivo reclamado), que debe ser equitativa, razonable, idónea, expedita, tal cual lo ordena el Aparte del 26 Constitucional. Es así entonces que el *derecho a la defensa* que postula el Numeral 1 del Art. 49 Constitucional, **no** es exclusivamente el derecho a la defensa del accionado ante la pretensión que se impone en su contra (aunque fundamentalmente la defensa frente a la acción se asoma como uno de los fines de la Garantía al Debido Proceso). Por ello, el invocar el 49,1 Constitucional también está en mano de los pretensores de la acción, **en defensa de sus correspondientes derechos de acción** si, por alguna patología procesal, ellos se ven menoscabados por la aceptación jurisdiccional a tal menoscabo. El no pensar en la extensión y des-subjetivación del derecho a la defensa en estos términos, sería aceptar una nueva fórmula de discriminación no tolerada por el Principio de Igualdad Ciudadana ante la Ley que regulado en el Art. 21 Constitucional, parte de su Numeral 2 postula que “*La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva*”... . No reconocerse, por vía del Numeral 1 del Art. 49 Constitucional, *el derecho a la defensa de la defensa* en sí misma a favor del accionado (aunque suene cacofónico), pero también el derecho a defender la posibilidad de la acción (en aras de fines tales como la protección de la víctima, en base al Art. 30 de la Constitución), sería reconocer la existencia de partes procesales de primera, y otras de segunda categoría.

Corolario de todo lo anterior es que el ***Principio de igualdad de las partes***, le impone al juzgador el deber de conferir a las partes las mismas oportunidades procesales para exponer sus pretensiones y excepciones, para probar los hechos en que basen aquellas y para expresar sus propios alegatos o conclusiones. Y ello porque las partes en todo proceso deben estar colocadas en un plano de igualdad: ante la Ley tendrán las mismas oportunidades y las mismas cargas. El Estado tendría como función fundamental en

orden a la justicia, el de garantizar la natural igualdad de las partes interesadas en el proceso. Con relación al principio general de igualdad, Alexy ha señalado lo siguiente:

*“...el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: **“Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”**... (Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 386)*

Lo expuesto no significa que el principio comentado exija la aplicación de una igualdad absoluta y total entre las partes que intervienen en el proceso: dicho principio hasta requiere en su aplicación un margen de relatividad. El principio de igualdad de partes constituye uno de los entramados o estructuras básicas del edificio del proceso judicial, pero es totalmente admisible que en ciertas estancias concretas, no esenciales, las posiciones de las partes procesales no respondan a la idea de igualdad.

Las aparentes desigualdades procesales: tres casos venezolanos.

En los 3 casos que abordaremos hay un rasgo común: la existencia de la categorización de “débil jurídico”, que trasciende a una noción de “débil jurídico procesal”, si se nos permite la expresión. Abordémoslos:

a) El In Dubio Pro Operario en la valoración de la prueba en el procedimiento laboral.-

La primera referencia en el ámbito venezolano que queremos destacar es una del proceso laboral donde las excepciones al principio de igualdad procesal se producen con más frecuencia. Una justificación para ello es asumir que este proceso laboral, es un proceso que, en la inmensa generalidad de los casos, es demandado por el trabajador⁵, siendo que intenta compensar la desigualdad sustancial en que el trabajador, social y

⁵ Se nos ocurre una demanda instaurada por el patrono, en lo atinente al perjuicio que pueda invocar éste por el uso que le da un trabajador a un “*invento o mejora*”, cuyo usufructo debe ser solidario o compartido.

económicamente se encuentra. De allí que este principio general de igualdad de partes, en la Jurisdicción Social, cuenta con numerosas excepciones. Y nos estamos refiriendo al conocido principio del “*in dubio pro operario*”... . Como lo afirma el español Latorre...

“...La igualdad legal entre las partes y la libre discusión de las condiciones no eran sino una ficción cuando se extendían al trabajo asalariado en la gran industria. Las masas que emigraban del campo a las ciudades para colocarse como obreros industriales no podían evidentemente discutir las condiciones de trabajo con los patronos, que tenían por regla general abundante mano de obra donde elegir. Por otra parte, y fenómeno fundamental, ese contrato de ‘arrendamiento de servicios’ del obrero con el patrono no era un episodio aislado en la existencia del primero, sino que constituía el eje mismo de su vida y de la de su familia. El trabajador depende económicamente para vivir, de su salario. Su actividad no se traduce, además, en una pura prestación de servicios que deje intacta su libertad personal, sino que le sitúa en una relación de dependencia o subordinación respecto al patrono o sus delegados...” (Latorre, Ángel. Introducción al Derecho. Decimosexta edición, Barcelona, España, 2000, p. 184-185) (Resaltado añadido)

O como en palabras del uruguayo Américo Pla R., ...

“...el legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar económicamente esa desigualdad, o como dijo Couture, “el procedimiento lógico de corregir esas desigualdades es el de crear otras desigualdades” (Pla Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral. T. I, Vol. I, Acali, Montevideo, 1979, p. 39).

Previo a la promulgación de la vigente ley procesal del trabajo en 2002, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (a partir de ahora *T. S. J.*), daba cuenta de ellos, su fallo del 15-3-00, en el sentido que...

“...la sustanciación del juicio laboral se realice dentro de un marco jurídico justo, equitativo y acomodado a la realidad de este tipo de juicio, en razón de la desigualdad existente en la relación laboral, no imponiéndosele al trabajador que demuestre los hechos con pruebas, que en la mayoría de los casos le es difícil, pues el patrono tiene en su poder los documentos que demuestran los detalles y las condiciones en que el trabajador prestó el servicio, (por ejemplo, las planillas de ingreso, pago de salarios, remuneración, disfrute de vacaciones, retiros, despidos, intereses sobre prestaciones sociales, entre otros), por lo que en consecuencia, se le exige al patrono que al contestar la demanda y rechazarla, alegue los hechos ciertos por los cuales la rechaza y los pruebe”...

El 13-8-02 se publicó la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (G. O. 37.504) Como ejemplo de lo afirmado nos encontramos su Art. 10...

“Los jueces del Trabajo apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica, en caso de duda, preferirán la valoración más favorable al trabajador”... (Resaltado propio)

Ante esto, el maestro Devis Echandia, Hernando, en su Teoría General de las Pruebas, I_pág. 27) nos aclara que...

“...La expresión sana crítica fue incorporada legislativamente por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, en relación a la prueba testimonial. Las dos palabras hacen alusión al aspecto subjetivo (crítica: valoración razonada, argumentada) y al aspecto objetivo (sana: comedida, imparcial, fundada en los principios lógicos generales y las máximas de experiencia) que deben concurrir por igual para determinar el valor de convicción de la prueba. Por lo tanto, la apreciación no es libre, en cuanto no puede ser fruto del capricho o atisbo del juez. La apreciación es libre, en cuanto el juez es soberano para valorar la prueba, sin perjuicio de las tarifas legales inseridas en la Ley sustantiva; es razonada, en cuanto esa libertad no puede llevar al extremo de juzgar arbitrariamente, según capricho o simples sospechas. Y es motivada, desde que el juez debe consignar en la sentencia las razones por las que desecha la prueba o los hechos que con ella quedan acreditados, dando así los motivos de hecho”...

Frente al Art. 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, surgió la recapituladora Sentencia 1184 del 22-9-09 de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal...

“...el Derecho del Trabajo se aplica bajo la égida del principio protectorio de orden público para compensar, como dice Perelman, las desigualdades existentes entre los sujetos del contrato de trabajo. Cuadro normativo de interpretación trasladable y aplicable al proceso laboral. Evidentemente, tales disposiciones no deben ser entendidas como presunción de responsabilidad o culpabilidad del patrono...sino simplemente como normas consagratorias de una regla en materia de apreciación de pruebas en el ámbito del proceso laboral, que implica que, en caso de que se susciten dudas presentes al momento de la apreciación de las pruebas, el juez deberá preferir la valoración más favorable al trabajador. En efecto, en ese ámbito procesal, los jueces apreciarán las pruebas según la sana crítica (no presumiendo la culpabilidad del patrono...luego de lo cual, en caso de que existan dudas, deberán preferir la apreciación más favorable al trabajador, ello en virtud del referido principio in dubio pro operario. Así pues, en resumen, el fundamento de las previsiones normativas establecidas en los Art.s 9 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se basa en el legítimo carácter tuitivo del Derecho del Trabajo respecto del trabajador, quien, en definitiva, se presenta al proceso en una situación desventajosa en virtud de la posición desigual, menos favorable, que ha tenido y que sigue teniendo frente al patrono, la cual es compensada por la Ley. Por eso el legislador hace una igualación jurídica de lo que es desigual desde el punto de vista fáctico.

En lo que atañe a la noción de “sana crítica”, particularmente interesante en el ámbito laboral, es la Sentencia 665 del 17-6-04 de nuestra Sala de Casación Social, “La sana

crítica en la apreciación de las pruebas, a que se refiere el Art. 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, conforme a la opinión unánime de la doctrina, implica su examen y valoración razonada en forma lógica y atendida a las máximas de la experiencia, en atención a las circunstancias específicas de cada situación y a la concordancia entre sí de los diversos medios probatorios aportados a los autos, de modo que puedan producir la certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos, como señala el Art. 69 de esa misma Ley”... Y 5 años después, en su Sentencia 128 del 10-2-09, “...ha sostenido la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, que la sana crítica se infringe cuando la sentencia se limita a describir los elementos de autos sin analizarlos en absoluto en su virtualidad probatoria, o cuando su valoración de las pruebas esté en franca contradicción con las pautas lógicas que rigen la investigación de la verdad, o cuando para el establecimiento de los hechos, se hacen aseveraciones que revelen una prematura o irreflexiva formación de la convicción del juez”....

A nuestro entender, la adecuada interpretación que debe darse al Art. 10 de la ley adjetiva laboral venezolana, es que *debe dejarse trabajar a las pruebas ab initio*. Ergo, el curso procesal más inadecuado es querer arropar de entrada con el principio *in dubio pro operario* de origen sustantivo -consustancial con el carácter de débil jurídico en la relación laboral, del trabajador-, la valoración de las pruebas. De allí que si en la apreciación de tales pruebas, bajo el prisma de la lógica, la experiencia y la ciencia (*sana critica*), *aun persiste* la duda razonable toda vez que cuantitativa (el numero de pruebas, por ejemplo) o cualitativamente (su fiabilidad), otorgan un resultado exactamente similar tanto a la postura patronal, como a la postura laboral, entonces, se impondrá la apreciación probatoria residual del *in dubio pro operario* para resolver la contención. Pero nunca el razonamiento en el fallo debe ser el de apreciar, de entrada, el origen *operario* de la prueba como certeza del *favor probationes*. Es meritoria la Sentencia de la Sala Político-Administrativa del T.S.J. N° 325 del 26/2/02...

“...existe un principio en el derecho probatorio, denominado por la doctrina como favor probationes, uno de cuyos aspectos tiene que ver con el favorecimiento de la prueba en cuanto a su producción y estimación; y con el mantenimiento o conservación de la prueba cuando ha sido promovida y evacuada de manera regular, con las debidas garantías dentro del procedimiento. Este principio doctrinario del favor probationes, el cual prescribe

el favorecimiento de la prueba cuando ella fue producida en juicio de manera regular, coadyuva con la finalidad del procedimiento en la realización de justicia y con la labor del órgano jurisdiccional a la hora de sentenciar; en el sentido de la importante función que tiene, en los casos donde puede dificultarse la prueba,(...)El antes mencionado principio del favor probationes junto con la garantía del derecho a la defensa, confluyen con el derecho del justiciable, también de rango constitucional, de acceso a la justicia, que implica en uno de sus aspectos que los procesos no se eternicen y por la otra que las partes puedan llevar al proceso la prueba de sus afirmaciones o alegatos. "

Se nos ocurre un ejemplo: El trabajador que acude en aparente *motus proprio* a una notaria o registro y es quien formalmente *presenta* para su autenticación o registro un contrato de trabajo a tiempo determinado, y con ello en esa oficina registral se le otorga fe pública *erga omnes*, suscribiendo ambos, patrono y trabajador esa voluntad contractual. **Pero...**, al mismo tiempo y comenzando el mismo día del registrado contrato, ambos suscriben el mismo contrato, pero a tiempo indeterminado, como un documento privado, distribuyéndose ambos ejemplares entre ellos. A la hora de la contención, el patrono alegara la finalización del contrato a tiempo determinado y la cesación en termino de la relación laboral; lo que por el contrario el trabajador niega, pidiendo su reenganche, probándolo con su indeterminado contrato suscrito. Es así que, al margen de las consideraciones de derecho sustantivo laboral que puedan conducir a una resolución del asunto, y concentrándonos exclusivamente en el aspecto procesal-probatorio del hecho, el Art 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana, impondrá que, de entrada, no las consideraciones de *las formas sobre la apariencia* o cualquier otro principio del Derecho del trabajo sustantivo sea el utilizable en este momento para resolver la contención, sino, la llamada "*sana critica*". Si ésta es *experiencia, lógica y ciencia*, la *ciencia* del perito grafotecnico hará concluir que las 4 firmas son autenticas: las dos del documento público y las del documento privado aportado por el trabajador. Pero la *experiencia* común hará otro tanto, haciéndonos concluir que el que se toma la molestia de acudir a una oficina registral, presentar para su registro y pagarlo en consecuencia, es porque quiere hacer conocer ante todos una particular voluntad. No debemos olvidar que el contrato de trabajo también es un *negocio jurídico* que comporta como elementos esenciales: *la voluntad, el objeto y la causa*, siendo que no es descartable que un trabajador *quiera*, sin duda alguna, trabajar solo por un tiempo determinado.

Finalmente, *la lógica* también hará lo suyo, toda vez que si la norma tantas veces acotada obliga a apreciar las pruebas vía la sana crítica, es porque rechaza el método tarifado de valoración de la prueba, el que, por ejemplo, le da mayor valor al documento público sobre el documento privado. Pero, es *de lógica*, que en toda autenticación de un documento se imprime un deseo de querer exteriorizar esa voluntad frente a otros.

Ahora bien, el pequeño problema para el patrono en nuestro caso, es su auténtica firma en el documento privado, con lo cual se concluirá sobre su definitiva voluntad de querer asumir una relación laboral a tiempo indeterminado, como consecuencia de asumir el *in dubio pro operario* que ordena su acatamiento residual, el citado Art. 10 de la ley adjetiva laboral venezolana. Pero, nótese lo que a nuestro entender, debió haber hecho el juez laboral: dejar trabajar a las pruebas, analizarlas bajo el prisma de la sana crítica, y después, al verificar que aun con ella, persiste la duda demostrativa, inclinar la balanza hacia lo que demostró el trabajador.

b) El segundo ejemplo: la apreciación del dicho del niño y del adolescente.-

El segundo ejemplo, en esta aparente desigualdad procesal en el ámbito adjetivo venezolano, lo encontramos en la apreciación de las pruebas de los niños y adolescentes en el proceso penal. Este testimonio es absolutamente relevante en los llamados delitos contra la libertad sexual⁶, donde los niños y adolescentes hayan sido

⁶ En lo atinente a la capacidad procesal del niño, niña y adolescente para ser testigo, de acuerdo a la autora española Maria Luisa Alonso-Quecuty...

“...las posiciones existentes respecto al testimonio infantil se podrán agrupar en cuatro categorías, dos de ellas centradas en sus capacidades cognitivas y dos más en su credibilidad. Así tenemos, que el testimonio infantil puede ser considerado:

- ✓ *Cognitivamente competente y por tanto capaz de dar un testimonio exacto de lo sucedido,*
- ✓ *Cognitivamente incompetente y por tanto incapaz de prestar testimonio,*
- ✓ *Con una credibilidad similar a la de los adultos,*
- ✓ *Como incapaz de diferenciar realidad y fantasía por lo que su testimonio debería ser rechazado”...*

(...)

victimias. Es significativa la cifra de delitos sexuales en la que resultan victimas, ilícitos éstos que también mayoritariamente se realizan de manera *clandestina*: prácticamente, la demostración procesal de los mismos, se debate entre valorar el dicho del presunto victimario, y el del menor. De allí que los principios probatorios inherentes a un sistema acusatorio como el venezolano, tanto el de *Licitud del Medio Probatorio*, así como el de *Libertad Probatoria*, se entrelazan -y a veces se enfrentan- con la garantía de protección constitucional a los no adultos, el Principio del *Interés Superior del Niño*. La posibilidad de demostrar una responsabilidad penal -por cierto no de escasa envergadura sancionatoria dada la gravedad de tales delitos- sobre la base fundamental del testimonio del niño, puede tender a suponer una valoración preferencial de la fiabilidad de tal dicho por el tipo de sujeto del que proviene el medio probatorio, lo cual no excluye tampoco la posibilidad de afectar la idoneidad en la desvirtuación de la presunción de inocencia del imputado. Al final del camino, la controversia frente a este tipo de problemas procesales, parece concretarse en inadecuadamente asumir que el llamado principio de interés superior del niño se convierta en una diferenciada pauta de valoración probatoria, incidiendo entonces en desconocer el concepto de duda razonable como circunstancia que se deriva de la noción de *in dubio pro reo*, siendo ambos, el del *interés superior* como el *principio de favorabilidad*, de origen constitucional.

Otro problema crucial es la necesidad o no, de la declaración testimonial del niño o el adolescente en juicio, como testigo, habida cuenta que éste, lógicamente, no querrá enfrentarse presencialmente con el acusado y/o acusada en juicio. Una posibilidad para atisbar la posibilidad de tal incorporación como testigo sin ser enfrentado a aquella presencia, tiende a encontrar repuesta en el constitucional principio del *interés superior del niño*, que previsto en el Art. 78 de la Constitución de 1999 establece que...

“Así, se encontró que estas cuatro categorías de conocimiento se agrupaban en dos grandes teorías implícitas sobre los niños testigos:

- (1) *teoría de aceptación que defiende aquellos que asumen que un niño es cognitivamente competente e incapaz de mentir.*
- (2) *Teoría de rechazo, presente en aquellos que asumen que un niño carece de madurez cognitiva necesaria para prestar testimonio a la vez que se le considera víctima de su incapacidad para diferenciar hechos de fantasías”...*

*“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, **para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones** y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.”* (Resaltado propio)

De pretender encontrarse en este derecho constitucional la justificación a restricciones del deber a declarar contemplado en el Art. 222 del Código Orgánico Procesal Penal (a partir de ahora “COPP”), la letra de esta última Disposición es que hay un **“Deber de concurrir y prestar declaración”**, que tiene todo habitante del país...

*“... **o persona** que se halle en él tendrá el deber de concurrir a la citación practicada por un tribunal con el fin de que preste declaración testimonial, de declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre el objeto de la investigación, y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de su declaración.*

“Se observarán los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República, que establezcan excepciones a esta regla” (Subrayado propio),

Esta disposición, entonces, no alude a excepción alguna al deber testificante, inclusive para el menor, toda vez que es expresa la norma en colocar como destinatario de la misma a *toda persona* que sepa el objeto de la investigación y no hay duda alguna que el menor, jurídicamente, es *persona*, conforme al Art. 16 del Código Civil: *“Todos los individuos de la especie humana son personas naturales”*, individuos de nuestra especie entre los cuales están, obviamente, los menores. La trascrita disposición del COPP en su Único Aparte, alude que si se podrá excepcionar el testigo si así se derivare de instrumentos internacionales, lo cual no es más que un correlato del Art. 23 Constitucional. En tal sentido, es preciso advertir que la **Convención sobre los Derechos del Niño**, (G.O. 34.541 del 29-8-90), establece de manera expresa en el Numeral 2. B. IV de su Art. 40 que el menor **“...no será obligado a prestar testimonio o declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de descargo en condiciones de igualdad”**... (Resaltado propio).

Una interpretación exclusivamente gramatical de la parte inicial de ese Ordinal tendería a propiciar una conclusión que inhabilitaría la posibilidad absoluta de que “...*todo ser humano menor de dieciocho años de edad*”...⁷ pueda testificar. Pero una interpretación por concatenación, es decir, asumiendo la ubicación de la disposición, nos da prístinas luces sobre que dicho Art. 40 de la Convención es para proteger al “...*niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales*” (Numeral 1), por lo que “*Con ese fin*”... (Encabezamiento del Numeral 2), a “...*todo niño del que se alegue que ha infringido las Leyes penales...se le garantice, por lo menos, lo siguiente:*”...(Literal B del citado Numeral 2), y una de esas garantías es, precisamente, la *no confesión coactiva* (del transcrito Numero “IV”).

Y ello porque técnicamente, *la confesión* es un testimonio, ya que de la expresa lectura del Numeral 5 del Art. 49 de la Constitución, la confesión libre siempre⁸ es, obviamente, *declarada* y de acuerdo al Art. 347 del COPP, el imputado, si quiere, *declara*, y tal tipo de acto, el *declarar*, es lo que esencialmente hacen los testigos. La diferencia deviene de la finalidad de uno con respecto al otro: el confesante testimonia su participación porque conscientemente quiere inculparse; el testigo testimonia lo percibido -en principio- sin tener un interés de inculpar o exculpar a nadie, sino que simplemente cumple con un deber frente al Estado. Así, más bien, el legislador del COPP, en su Art. 228, relativo al mecanismo de licitud en la obtención e incorporación del testimonio del menor de 15 años, utiliza una formula de imposición, un verbo que no denota precisamente ambivalencia, carácter potestativo, o variabilidad en el curso de acción, en el sentido que hasta los testigos menores a los quinceañeros, “***declararán***”, pero sin juramento; con lo cual el deber a declarar se acrecienta entonces, frente a los juramentados adolescentes mayores a aquella edad. Aun lo anterior, hay un margen de

⁷ El transcrito Ordinal es a favor del técnicamente denominado por la Convención como “*niño*”, y de acuerdo al Art. 1º *eiusdem*, este es el menor de 18 años.

⁸ A menos que medie incapacidad orgánica para *declarar* queriendo el imputado aun confesar, lo que hará por otros medios que en nada desdigan de la voluntad autoinculpatoria revelando de alguna forma entendible por el juez, los hechos y circunstancias que se aceptan como realizados personalmente.

posición discordante a lo que parece tan incuestionable y ello pasa por verificar cual es el exacto alcance del principio del *interés superior del niño* en una perspectiva de aptitud instrumental para valorar la eficiencia del dicho en proceso del menor víctima. Objetivamente, no puede haber una instrumentación más asertiva de dicho interés superior del niño que el que la ofensa causada a su bien jurídico -entre otros, su libertad sexual, toda vez que ahora si se reconoce el consentimiento de, al menos, el adolescente como circunstancia de atipicidad- **no quede impune.** Y el rechazo a la impunidad no se obtiene más que en un proceso penal. Y para que de este proceso se establezca sin lugar a dudas una responsabilidad penal, esta tiene que ser demostrada. Y la demostración se estructura sobre la base de probar en inmediación, publicidad, contradicción y oralidad (si la fuente de prueba se verbaliza) cómo ocurrieron los hechos y sus circunstancias. Y si el delito es francamente íntimo en su comisión, la imprescindibilidad del dicho del ofendido se antoja insustituible, aun con todo lo injusto que ello se patentiza.

Frente a ello no es descartado entender que la inflación sancionatoria de los delitos sexuales aun cuando, de manera material, no hay esencialmente lesiones orgánicas trascendentes -con todo y la posibilidad de la desfloración-, ni pérdida de vida o propiedad, obedece también a la sobrevenida humillación de la víctima a tener que, además, relatar en proceso lo terriblemente acaecido. Y nadie más que el ofendido es quien está soportando el dolor y el vituperio; y, además, con la imposición pública de no exagerar y limitar sus dichos a lo que le pregunta quien defiende la inocencia del que, en muchos casos -mas común que lo imaginado- ofendió efectivamente la dignidad íntima de alguien. Ahora bien, en lo que atañe al transcrito Artículo constitucional de protección a los niños y adolescentes, en efecto, el T.S.J., entre otras Salas, en la Social, ha abordado la interpretación de dicho principio en sentencias tales como la del 17-5-01 (caso: *Amy Urdaneta y otros*), en el sentido que los jueces están...

*“...en la capacidad, entre otras, de apreciar la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, los adolescentes y sus deberes, la necesidad de equilibrio respecto a las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño y del adolescente, **así como la necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas** y los derechos y garantías de los niños y adolescentes, el necesario*

*equilibrio cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes **frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos...***"
(Resaltado propio),

habida cuenta que el Art. 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (G. O. 5859 Extraordinaria del 10-12-07), preceptúa que...

"El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías"....

"Parágrafo Primero: Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

"a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes;

"b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes;

"c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente;

"d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente;

"e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

"Parágrafo Segundo: En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, **prevalecerán los primeros.**" (Resaltado Propio)

De ahí que creemos que aducir el concepto "*interés superior del niño*" para pretender demostrar una responsabilidad penal sobre la base de excluir siempre el testimonio del menor, o negar la crítica del testimonio en el contrainterrogatorio de parte de la defensa, o el permitir una declaración oculta del menor prescindiendo de la observación de gestos o actitudes que demuestren dudas o imposiciones de otros a través de miradas o señas, ciertamente constituye una objetiva laceración del derecho a la disposición de las pruebas contemplado en el Numeral 1 del Art. 49 Constitucional, la Garantía al Debido Proceso. Y dicho Numeral, en una noción sistémica, precede obviamente al Numeral 2 de la mencionada Disposición que impone que la desvirtuación de la inocencia es una actividad de pruebas cuyo efecto no logrado impulsa a la absolución en virtud de la duda razonable. Ello hace que la balanza jerarquizadora de ambos principios constitucionales se inclinen hacia el derecho a la libertad, con todo lo aparentemente injusto que ello

represente, toda vez que condena penal con prueba ineficiente o inexistente es sencillamente una violación inconstitucional del derecho a la libertad que jamás podría tolerarse en aras, inclusive, del respeto a un interés que aunque justificadamente *superior*, no es *supremo*, siéndolo otros valores como la libertad o la vida (inclusive la de los condenado por delitos sexuales que casi en *tradición penitenciaria*, son vilmente ofendidos corporalmente o en sus propias vidas en nuestros centros penitenciarios). De allí que, precisamente, por lo clandestino del hecho, al menos la posibilidad de contrastar los dichos de imputado y víctima se impone en aras de descartar impunidad, pero también, para reafirmar inocencia. Claro está, que en tal necesidad probatoria, el juez y las partes, deben aguzar sus sentidos e intervenciones en procura de maximizar el cuidado a un interrogatorio “...sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas”..., conforme al Penúltimo Aparte del Art. 356 del COPP, y en mayor escala si esas personas son niños y adolescentes. Por otra no es descartable creer que - inversamente a lo establecido en el Art. 231 del COPP- poniendo al testigo (aquí menor víctima) “...a la vista de quien haya”... de preguntarle, pero sin que aquel vea al preguntante, más bien beneficia la pretensión de sanción, si esta es así demostrada, toda vez la posibilidad de que si el encuentro es frontal se abstenga de declarar el testigo, aun siendo víctima, con lo cual se aúna la tesis absolutoria, siquiera por ineficiencia del medio sino por su no evacuación⁹.

Ahora bien, al margen de esta posibilidad de aptitud, de eficiencia del medio probatorio testimonial, si este proviene de un niño o adolescente, bajo el prisma del conocimiento científico en base a la cognición, debemos ocuparnos ahora en la perspectiva jurídica de la capacidad procesal del menor como testigo en su variante normativa. Así, una de las acepciones de diccionario del vocablo “*capacidad*”, alude a la “*Aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo*” (Diccionario de la Lengua Española, 2001). Ahora bien en el mundo del Derecho, asumiendo la noción de un

⁹ Pero no descartando también, que de darse este resultado no declarativo, precisamente las pautas de lógica, experiencia y hasta de ciencia con la que cuenta el juez para convencerse, habiendo presenciado de manera inmediata lo dubitativo y lo presionado externa o internamente como se comporta el testigo, ello precisamente será lo que le derive un convencimiento jurisdiccional en donde en adecuada apreciación de las circunstancias, no poca probabilidad para la condena, existiría.

clásico entre nosotros, el Dr. José Luis Aguilar Gorrondona, “...*la capacidad es la medida de la aptitud de las personas en relación con los derechos y deberes jurídicos*”...¹⁰. Bajo este prisma, y como se ha referido en base al Art. 222 del Código Orgánico Procesal Penal, hay el legal “**Deber de concurrir y prestar declaración**”, con respecto al testigo promovido. Siendo entonces que la capacidad es una vertiente de la personalidad jurídica por lo que en consecuencia toda persona puede ser sujeto de derechos y obligaciones, hay un especial tipo de capacidad que queremos resaltar, y esa es la llamada “*capacidad procesal*”, que bien definida por ejemplo, por Edilia De Freitas, como “...*la aptitud de realizar actos procesales válidos por voluntad propia*”... (resaltado nuestro)¹¹, mal pudiera admitirse que el actuar como testigo promovido por otro y así admitido jurisdiccionalmente, sea un *acto voluntario*, siendo que, cuando en el proceso penal se alude a problemas de incapacidad procesal, se está refiriendo a los que obran en relación a quienes son *partes procesales*, porque aspiran el reconocimiento de un derecho sustantivo, el de la sanción, *ius puniendi*, auspiciado por el o los acusadores, y el de reafirmación de la presunción de inocencia o el *ius libertatis*, promovido por el imputado.

Así, por ejemplo estará incapacitado para actuar en proceso como imputado, quien en la vigencia del proceso, tenga un “*trastorno mental*”, de acuerdo al Art. 128 del Código Orgánico Procesal Penal, y así podrá éste excepcionarse, obstaculizar de esta manera el ejercicio de la acción, conforme al Art. 28. 4. g *eiusdem*; de la misma manera que la víctima, **no como testigo**, sino como *parte procesal* con aspiración, al menos, de que se le reconozca su derecho a accionar o de *proformar* la acción del acusador público (por

¹⁰ Derecho Civil-Personas, 14^o Edición. Caracas, UCAB, 2001, 199. Por otra parte, para una importante estudiosa nacional del asunto, la profesora Maria Candelaria Domínguez Guillen, advierte que la capacidad “...*es una expresión anfibológica, pues unas veces denota la aptitud de los sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones, y otras veces se emplea para significar el poder que se le reconoce a la mayoría de dichos titulares para realizar actos jurídicos sin el ministerio o autorización de otra persona*”... (en su Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil, Caracas, TSJ, 2001).

¹¹ De Freitas De Gouveia, E., “*La Noción de Capacidad en la Doctrina Jurídica Venezolana*”, en Estudios de Derecho Civil, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona, Volumen I. Caracas, TSJ, 2002, 329.

vía de la denuncia y de la querrela), puede estar incapacitada “...para intentar la acción”, conforme al Art. 28. 4. f de la Ley Adjetiva Penal Venezolana.

Restando entonces precisar dicha capacidad de actuar en el proceso de quien siendo menor de 18 años, su presencia en ese proceso se le es impuesta por su promoción externa, es de realce asumir que de acuerdo al citado Art. 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “*Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos **de derecho***”... (Resaltado propio), por lo que su derecho a actuar con iniciativa de, en el proceso, tiene un preciso basamento constitucional. El problema de la capacidad para testificar de un menor, no es tanto un asunto de licitud en la obtención o incorporación de ese medio probatorio sino un problema de eficiencia del mismo, “...como consecuencia del grado de madurez de entendimiento y de la conciencia de la importancia y efectos que”...¹² sobre el hecho que deba testimoniar, posea el niño y el adolescente en cada caso.

c) El tercer caso: la existencia de una jurisdicción de violencia de género.

El 19-3-07 se publicó en G.O. la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Hasta ahora, en la legislación venezolana, la determinación de la competencia penal en razón de la persona estaba supeditado a la existencia o no de un fuero personal del imputado, pero nunca en función de la condición sexual de la víctima. De allí que conforme a su Art. 115 se crea una jurisdicción especial: “*Corresponde a los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en esta Ley*”... . Vale decir que al margen de este componente adjetivo, también la ley crea específicos tipos penales, cuya aplicabilidad no ha dejado de tener problemas de interpretación y aplicabilidad habida

¹² Yumildre del Valle Castillo Herdó, “*Capacidad jurídica procesal de los Niños, Niñas y Adolescentes. Especial referencia a la prueba de testigos*” en Cuarto Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, UCAB, 2004, 95.

cuenta casos en donde se entrelazan supuestos de hechos delictivos que bordean los tipos ortodoxos del Código Penal, conjuntamente con los establecidos en la Orgánica Ley, así como los descritos en la citada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con lo cual, toda esta incertidumbre, con reales problemas de “*antinomia*” obra en contra de los derechos del imputado, siendo éste, lógicamente, de genero masculino (adolescente u hombre).

Vale decir que la Sala Plena del T. S. J., mediante Resolución N° 53-2007 del 12-1-07 ordenó la implementación de los “*Tribunales contra la Mujer*” y suprimió a los jueces penales ordinarios la competencia para el conocimiento de los delitos que están tipificados en la Orgánica Ley. De allí que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal del T. S. J. ha estado muy activa resolviendo casi 17 conflictos de competencia desde la plena entrada en vigencia de la novísima Ley, hasta Octubre de 2009, planteados entre la jurisdicción ordinaria y la especial, precisando, como lo hizo en su Sentencia 603 del 11-11-08 que “...*la nueva ley sólo prevé como sujeto pasivo a la mujer*”..., o en la 134 del 14-9-09 que esta ley...

*“...tiene como propósito proteger al género femenino del maltrato y la violencia que es ejercida por el hombre agresor, por ser éste el más fuerte, y la mujer más vulnerable, por lo que el sujeto activo en la comisión de los delitos previstos en la referida Ley siempre será uno del género masculino, con modalidades agravadas para el caso de relaciones parentales y afectivas, **y excepcionalmente como sujeto activo personas del género femenino que hayan sido conminadas o instigadas a cometer el hecho por personas del género masculino, de acuerdo al caso en concreto**”...(Resaltado Propio),*

modalidad esta última, la “*instigación o determinación por genero*”, que trastoca no solo todo el esquema igualitario de la participación que contempla el Código Penal, sino que desdice el carácter de jurisdicción de genero, toda vez que materialmente, en el caso acotado, la agresión física en contra de una dama, la causa otra. Por otra parte, en la Sentencia 60 del 12-3-09 de la misma Sala Penal se estableció el criterio que...

“La situación de violencia física entre personas, que mantiene una relación de afectividad, aun si convivencia, se encuentra prevista en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y serán competentes para conocer de estas

causas los Tribunales de...Violencia Contra la Mujer, y aun en aquellos supuestos donde la víctima sufriera lesiones graves o gravísimas de las tipificadas en el Código Penal, la competencia para conocer de estos delitos corresponderá igualmente a estos Tribunales de Violencia Contra la Mujer...

(...)

Aunado a lo anterior, se desprende de las actas que contienen la presente causa, que la ciudadana (se omite el nombre por razones de ley), manifestó en forma voluntaria que mantiene una relación de pareja con el ciudadano..., circunstancia que la hace susceptible de ser víctima de la violencia en el "ámbito doméstico", supuesto expresamente regulado por la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, situación que representa violencia de género."

Frente a lo anterior, la recomendación a los jueces de la especial jurisdicción es entender que la creación de la misma no puede ser un acicate a pronunciamientos viscerales, sexistas, desatendiendo el principio procesal de *igualdad procesal*, que pasa por la valoración eficiente, en *sana crítica* de las pruebas, sin propiciar una especie de apreciación *in dubio pro femina*, no contenido en las norma. No en balde, no debe olvidarse que no es poca cosa lo que está en juego: la impunidad frente atroces hechos realizados por un machismo irracional; pero, también, la sanción de pérdida de libertad que debe siempre sustentarse sobre la base de una probanza eficiente y en atención al constitucional principio del *in dubio pro reo*, contenido en el Artículo 24 Constitucional.
