



**Universidad Monteávila
Comité de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional**

**LA PRUEBA EN EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL CON
ESPECIAL REFERENCIA AL PODER OFICIOSO DEL JUEZ**

Trabajo Especial de Grado presentado para Optar al Grado de
Especialista en Derecho Procesal Constitucional

Autor: Francisco Javier Rio Barrios

Tutor: María Elena Toro

Caracas, julio de 2021

**Universidad Monteávila
Comité de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional**

Caracas, 20 de julio de 2021

Señores
**Universidad Monteávila
Comité de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional**

Referencia: **Aprobación del tutor**

En mi carácter de tutor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Francisco Javier Rio Barrios, titular de la C.I. N° 6.284.761 para optar al grado de Especialista en Derecho Procesal Constitucional, considero que dicho trabajo, cuyo título es: **La Prueba en el Proceso de Amparo Constitucional con especial referencia al Poder Oficioso del Juez**, reúne los requisitos vigentes de esta casa de estudio para ser sometido a la presentación y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

Se suscribe atentamente,

Abog. Esp. ****

DEDICATORIA

A la memoria del Magistrado Humberto J. La Roche

LA PRUEBA EN EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL CON ESPECIAL REFERENCIA AL PODER OFICIOSO DEL JUEZ

Autor: Francisco Javier Rio Barrios
Tutor: María Elena Toro

RESUMEN

La presente investigación se abocó al análisis del poder oficioso del juez sobre la prueba en el procedimiento de amparo constitucional, siendo que se efectuó una revisión exhaustiva del procedimiento de amparo constitucional articulado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de sus sentencias normativas y la adaptación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), a los principios de oralidad, intermediación y publicidad, verificándose que con la excusa de efectuar tal ajuste, la Sala Constitucional se extralimitó en las facultades del juez, ya que desde el inicio de la acción de amparo y aún antes de las admisión de la demanda, le es permitido ordenar práctica de pruebas, a favor del agraviado, a través del despacho saneador, a espaldas de la parte demandada, y por ende en violación al debido proceso. Asimismo, se revisó el alcance de esa facultad en cuanto a la selectividad de la prueba, siendo posible que el juzgador decida desde la demanda de amparo, establecer cuales pruebas son admisibles y cuáles no. De igual manera, se realiza una comparación con las facultades oficiosas del juez en los procedimientos en materia penal, contenciosa administrativa y laboral, observando que aun cuando en esos procesos, hay ciertas facultades oficiosas probatorias, todas están circunscritas al desarrollo del proceso como tal y tienen un carácter excepcional muy marcado. También, se abordó, de manera comparativa, las facultades oficiosas del juez constitucional en los otros procedimientos constitucionales, previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), observando que, en estos, las atribuciones probatorias, están delimitadas a que sea trabada la Litis, lo que las ubica en el ínterin del desarrollo del proceso y no desde su inicio. Esta Investigación utilizó una metodología teórico documental, en la que se revisó el estado del arte en la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Palabras clave: Amparo constitucional. Poder oficioso del juez.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	iii
RESUMEN	iv
INTRODUCCION	7
1.- Planteamiento del problema	11
1.1.- Objetivos de la Investigación	13
1.1.1.- Objetivo General	13
1.1.2.- Objetivos específicos	13
1.2.- Justificación	14
CAPÍTULO I	
PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA TRAMITAR Y DECIDIR LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL CON ESPECIAL REFERENCIA AL PODER OFICIOSO DEL JUEZ EN MATERIA PROBATORIA	16
1.1.- Interposición de la demanda de amparo constitucional	17
1.2.- Inadmisibilidad del amparo constitucional	30
1.3.- Abandono del trámite	36
1.4.- Admisión del amparo constitucional	39
1.5.- Terceros	41
1.6.- Notificaciones	42
1.7.- Poder cautelar del Juez de Amparo	43
1.8.- Actividad probatoria oficiosa del juez de amparo antes de la audiencia constitucional	49
1.9.- Fijación y celebración de la audiencia constitucional	63
1.10.- Sentencia de amparo y sus efectos	73
1.11.- Recursos Procesales	75
CAPITULO II	
SELECTIVIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO CONSTITUCIONAL	82
2.1.- Facultades del Juez de Amparo	91
2.2.- Principios Probatorios aplicables en materia de amparo	92
2.3.- Tipos de pruebas utilizadas en el procedimiento de amparo	
CAPÍTULO III	
RELEVANCIA DEL PODER OFICIOSO DEL JUEZ EN PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL, CONTENCIOSO	98
	98

ADMINISTRATIVA, LABORAL	102
3.1.- Poder probatorio oficioso del juez penal	102
3.1.1.- Inspección en juicio	103
3.1.2.- Interrogatorio del juez	106
3.1.3.- Careo de Testigos	120
3.2.- Poder probatorio oficioso del juez contencioso administrativo	
3.3.- Poder probatorio oficioso del juez laboral	128
CAPITULO IV	
PODER OFICIOSO DEL JUEZ EN LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL AMPARO.	133
4.1.- Control concentrado de la constitucionalidad, control difuso, nulidad de oficios y revisión de oficio.	135
4.2.- El orden público constitucional como fundamento jurídico de la potestad de avocamientos y la distinción de orden público.	138
4.3.- Poder oficioso de acción, investigación y preservación del Tribunal en los Procesos constitucionales en general	143
4.4.- Poder oficiosos probatorio en las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos	144
4.5.- Identificación de los instrumentos en que se fundamenta la pretensión	148
4.6.- Poder oficioso probatorio del tribunal en las demandas de habeas data	150
4.7.- Rol del tribunal en el proceso sumario de corrección de errores materiales	151
4.8.- El hiperactivismo del poder oficiosos probatorio del Tribunal Supremo de Justicia	
CAPÍTULO V	
CONCLUSIONES	155
REFERENCIAS	174

INTRODUCCIÓN

El amparo constitucional constituye el mecanismo de protección de los derechos y garantías constitucionales, para frenar las violaciones o amenazas de violación de los derechos inherentes a todos los seres humanos, sea que esa afectación se produzca por particulares o por los órganos que ejercen el poder público.

Desde que en Venezuela se consagra dicha institución constitucional con la promulgación de la Constitución de 1961, ratificada y ampliada en la Constitución de 1999, ha sido tratada de forma ambigua, oscura y desordenada, lo que se vislumbra de las imprecisiones en su aplicación, ya la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales data de 1988 y en vez de ser reformada para adaptarla a lo previsto en el artículo 27 del texto constitucional, ha sido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de diversas sentencias normativas, la que ha efectuado una mutación inconstitucional del procedimiento de amparo.

Así las cosas, para comprender el amparo, se debe acudir a las diversas decisiones que han sido dictadas para “adaptar” el procedimiento a los principios de oralidad, intermediación, celeridad y publicidad, siendo una de las sentencias fundamentales la nro. 07 de 01 de febrero de 2000, emanada de la Sala Constitucional con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera, caso José Amado Mejías, en la cual se prevé un procedimiento que deja sin efecto, de manera tácita, algunos artículos de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988).

En ese entender, esta decisión (adminiculada con otras) no sólo crea un nuevo procedimiento de amparo, sino que le otorga facultades oficiosas amplísimas al juez que conoce de amparo, basándose en la interpretación de

los artículos 17 y 19 de la referida Ley de Amparo, al punto de establecer que desde el inicio del proceso, una vez recibida la demanda de amparo, puede el juzgador ordenar la evacuación de pruebas a favor del agraviado, con la única limitante de no causarle un perjuicio irreparable al accionante.

Habida cuenta de lo anterior, aun cuando en un procedimiento de amparo, que tiene por finalidad restituir una situación jurídica infringida por violación o amenaza de violación de un derecho constitucional y cuya tutela debe ser inmediata, no es óbice, para que se afecte el debido proceso pautado en el artículo 49 de la Carta Magna en contra del demandado, que debe ser respetado y aplicado a todos los procesos judiciales. En consecuencia, importante señalar que el debido proceso es un límite para los poderes probatorios exorbitantes del juez

En este escenario, se desarrolla la presente investigación, cuyo objetivo fue analizar la prueba en el proceso de amparo constitucional con especial referencia al poder oficioso del juez, vislumbrándose las circunstancias en las cuales el juez puede ordenar la incorporación de determinada prueba y no admitir alguna, aun cuando esta cumple con los requisitos legales en su obtención y más aún, sea pertinente y útil para el proceso.

Dentro de poder oficioso, el juez puede desde el inicio del proceso ordenar pruebas, aun sin que se haya trabajado la *Litis*, lo que no se limita solo a esta etapa, ya que aún en la audiencia oral y después de la misma, también puede decretar la práctica de alguna prueba, lo que invade la esfera de actuación de las partes y afecta de manera grotesca la igualdad procesal, afectando la distribución de la carga de la prueba; el poder oficioso probatorio, debe limitarse exclusivamente a hechos dudosos u oscuros

Ahora bien, la presente investigación se estructuro en cuatro capítulos,

que están constituidos de la siguiente manera: el Capítulo I, Del procedimiento establecido por la Sala Constitucional para tramitar y decidir la acción de amparo constitucional con especial referencia al poder oficioso del juez en materia probatoria, en el cual se abarca todo lo referente a la sentencia nro. 07 de fecha 01 de febrero de 2000, administrada con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, describiendo el procedimiento que debe aplicarse, detallando desde la interposición de la demanda de amparo, sus requisitos, momentos, causales de inadmisibilidad, y acompañamiento del ofrecimiento de las pruebas con las que se demostrarán los hechos que han violentado o amenazado de violentar el derecho constitucional.

Asimismo, se discrimina todo lo concerniente al poder oficioso del juez en materia de amparo constitucional, en las diversas fases del procedimiento, es decir, desde el inicio, durante la audiencia oral y pública, posterior a su desarrollo, hasta arribar al fallo. De igual manera se hace mención a los efectos de la decisión del amparo y su impugnación recursiva.

En el desarrollo del Capítulo II, intitulado Selectividad de la prueba en el procedimiento de amparo constitucional, ya establecidas las facultades probatorias oficiosas del juzgador, se hace mención a la capacidad de determinar las pruebas admisibles, la aplicación de los principios probatorios en materia de amparo y los tipos de pruebas (solo a efecto ilustrativo) que pueden ser utilizadas en los procedimientos de amparo, sin menoscabar el principio de libertad probatoria que rige en Venezuela.

El capítulo III, se titula Relevancia del poder oficioso del juez en procedimientos en materia penal, contencioso administrativa y laboral, en el cual se aborda las facultades del juez en materia penal, siendo que en este ámbito está sumamente delimitada y condicionada dicha facultad

excepcionalísima, siendo posible solo en fase de juicio y a hechos que sean dudosos u oscuros.

Ahora bien, en materia contencioso administrativa se detallan los diversos procedimientos descritos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), en los cuales se observa que si bien el juzgador cuenta con facultades oficiosas, están limitadas al desarrollo del debate, es decir, solo son posibles cuando la Litis ya está trabada, nunca desde el inicio. Algo similar, ocurre con el procedimiento en materia laboral, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), prevé facultades probatorias del juez, pero luego de iniciado el proceso y bajo ciertas condiciones, generalmente, cuando se refiera a hechos oscuros o ambiguos. En ambas jurisdicciones, se prevé el despacho saneador, al inicio del proceso, pero solo con la finalidad de que el accionante corrija errores en la interposición de su solicitud o demanda; y en materia contenciosa administrativa en relación a las pruebas, pero solo referida en este aspecto al documento fundamental de la demanda.

Asimismo, se presenta el capítulo IV, denominado Poder oficioso del Juez en los procedimientos constitucionales distintos al amparo, en el cual se abordan los diversos procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), aplicable, mientras se dicta la ley de la jurisdicción constitucional y en los cuales también se le confiere facultades probatorias al juez, pero con ciertas limitaciones.

Por último, se presentan las conclusiones a las cuales se arribó, luego de una ardua revisión de la información obtenida y su debido análisis hermenéutico. Cerrando con la presentación de las referencias bibliográficas.

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se instaura el Sistema de Justicia Constitucional, cuyo máximo órgano es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, encargada de interpretar las normas y principios constitucionales, siendo vinculantes sus decisiones de carácter interpretativo cuando se refiera a normas y garantías constitucionales, para el resto de las Salas y tribunales del país, con la finalidad de afianzar la uniforme interpretación de la Constitución.

Así las cosas, este Sistema de Justicia Constitucional está conformado por los medios de control de la constitucionalidad, previendo los siguientes: control concentrado, control difuso, amparo constitucional, control de convencionalidad, omisión legislativa, recurso de interpretación constitucional y revisión de sentencias encargados de proteger la Constitución.

En cuanto a la acción de amparo constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como supremo y último intérprete de la Constitución ha dictado varias decisiones que han desarrollado e incluso cambiado el régimen procesal referente a su competencia y procedimiento, modificando la regulación contenida en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988).

Conforme a ello, es pertinente resaltar que el procedimiento a aplicar para la resolución del amparo constitucional, fue modificado en la sentencia N° 7, de fecha 01 de febrero de 2000, emanada de la Sala Constitucional del

Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, caso: José Amado Mejías, previendo la posibilidad de que el Juez que conozca tenga facultades probatorias desde el momento de que se interpone la acción de amparo, durante el desarrollo de la audiencia oral y pública, e incluso posterior, siendo que este poder o facultad podría violentar el debido proceso establecido en el artículo 49 constitucional.

En ese sentido, al tener el juez constitucional poderes oficiosos en materia probatoria, sin límites específicos, se puede violentar o infringir el principio dispositivo, según el cual el Juez debe decidir con los elementos que le traigan las partes, sin poder intervenir, a menos que se refiera a hechos que sean oscuros, dudosos o confusos.

Partiendo de esto, se hace necesario en esta investigación abordar el alcance de ese poder oficioso probatorio del juez en el procedimiento de amparo constitucional, para determinar si son amplios, o por el contrario están delimitados por los principios procesales reinantes en el sistema judicial venezolano, entre ellos, el principio dispositivo, la imparcialidad del juez, la igualdad de las partes, la carga de la prueba.

Ahora bien, el referido tema es relevante por cuanto de la revisión de la bibliografía existente, si bien hay un gran número de autores, que han estudiado y desarrollado lo referente a la acción de amparo constitucional, han abordado su naturaleza jurídica, sus características, su procedimiento, es poco lo que se ha escrito en referencia a las pruebas en la acción de amparo constitucional y las facultades probatorias del juzgador en esta materia.

En ese sentido, valga resaltar que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), prevé en el artículo 17 la

facultad inquisitiva del juzgador para ordenar las pruebas que considere pertinente, siempre que no se le cause perjuicio al accionante y que sea oscuro o ambiguos los hechos alegados, sin establecer los momentos procesales o la manera de su implementación.

Igualmente, si no existe una regulación y límites expresos a esta facultad probatoria, puede el juez incurrir en exabruptos y violaciones al principio de igualdad de las partes, amparado en la consideración de interés público que caracteriza a los procesos constitucionales, y el orden público que regula el procedimiento de amparo constitucional.

Habida cuenta de lo anterior, esta investigación pretende dar respuesta a la incertidumbre sobre el poder oficioso del juez de amparo en materia probatoria, su alcance y límites, así como la comparación de las atribuciones probatorias en otras materias.

1.1.- Objetivos de la Investigación

1.1.1.- Objetivo General

- Analizar la prueba en el proceso de amparo constitucional con especial referencia al poder oficioso del Juez.

1.1.2. - Objetivos Específicos

- Describir el procedimiento establecido por la Sala Constitucional para tramitar y decidir la acción de amparo constitucional con especial referencia al poder oficioso del juez en materia probatoria.
- Examinar la selectividad de la prueba en el procedimiento de amparo constitucional.
- Determinar la relevancia del poder oficioso probatorio del juez en los procedimientos en materia laboral, penal y contencioso administrativo.

- Explicar el poder oficioso del juez en los procedimientos constitucionales distintos al amparo

1.2.- Justificación

El amparo constitucional, es un medio crucial del sistema de justicia en Venezuela, por cuanto es la garantía del respeto a los derechos inherentes al ser humano, reconocidos tanto en los tratados internacionales como en la norma fundamental, así como un límite al ejercicio del poder público y garantía de la supremacía constitucional.

Consagrado desde la constitución de 1961, y ampliado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, sin embargo, es una acción que no ha sido comprendida ni regulada de manera uniforme, por ejemplo, su procedimiento es una especie de simbiosis entre la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) y las diversas sentencias interpretativas o normativas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Conforme a esta falta de uniformidad y claridad en su desarrollo, se ha generado que las acciones de amparo constitucional interpuestas sean cada vez menos factibles de ser admitidas y por ende resueltas, aunado a que se ha obviado una de las características fundamentales, como es la celeridad o brevedad de su solución, dilatando estos procedimientos de manera indeterminada.

Aunado a lo antes mencionado, es preciso explicar un tema subyacente de la acción de amparo constitucional y es lo referente a las facultades del juez del amparo, que van desde el poder cautelar hasta poderes probatorios.

Partiendo de esto, se hace necesario en esta investigación abordar el alcance de ese poder oficioso probatorio del juez en el procedimiento de amparo constitucional, para determinar si son amplios, o por el contrario están delimitados por los principios procesales reinantes en el sistema judicial venezolano, entre ellos, la imparcialidad del juez, la igualdad de las partes, la carga de la prueba.

Ahora bien, el referido tema es relevante por cuanto de la revisión de la bibliografía existente, si bien hay un gran número de autores, que han estudiado y desarrollado lo referente a la acción de amparo constitucional, han abordado su naturaleza jurídica, sus características, su procedimiento, es poco lo que se ha escrito en referencia a las pruebas en la acción de amparo constitucional y las facultades probatorias del juzgador en esta materia.

Habida cuenta de lo anterior, esta investigación pretende ser un pequeño aporte a la sociedad y a la academia, en espera de propiciar una discusión necesaria en cuanto a los principios que rigen el debido proceso en Venezuela y su vinculación y coexistencia con el orden público, el interés público y los poderes oficiosos probatorios concedidos al juez constitucional en materia de amparo constitucional.

CAPITULO I

PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA TRAMITAR Y DECIDIR LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL CON ESPECIAL REFERENCIA AL PODER OFICIOSO DEL JUEZ EN MATERIA PROBATORIA

En el presente capítulo, se abordará el procedimiento que, en materia de amparo, ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia normativa N^o.7/2000, recaída en el caso José Amado Mejía, dictada luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, y que, de acuerdo con su motivación, tenía por objeto adaptar las fases previstas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, a los postulados de la Carta Magna de 1999, referidos -entre otros- a la oralidad, celeridad e inmediatez, es decir, adaptar la ley a la constitución, razón por la cual se está en presencia de una sentencia de carácter persuasivo y no vinculante, conforme a lo preceptuado en el artículo 335 de la carta magna.

Así mismo, se hace referencia a las sentencias de carácter persuasivo más importantes dictadas por la Sala Constitucional, que han modificado el procedimiento del amparo constitucional previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988). De allí que, se estudió el procedimiento de amparo constitucional desde la interposición de la acción, la recepción del escrito contentivo de la acción de amparo por el órgano judicial, su admisión, tramitación, decisión y ejecución del fallo, haciendo especial énfasis en lo referente a las pruebas dentro de este medio de control constitucional, y a la actividad probatoria -de oficio- del juez en dicho proceso constitucional.

En ese sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N°.7 del 01 de febrero de 2000, recaída en el caso José Amado Mejía, en su motivación señaló que modificaba el procedimiento para conocer, tramitar y decidir las demandas de amparo constitucional, para ajustarlos a los principios constitucionales, especialmente, a la oralidad, inmediación, contradicción y celeridad. Entre otras cosas, en dicho fallo se estableció que los tribunales o la Sala Constitucional que conozcan de la solicitud de amparo, de conformidad con lo previsto en los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), admitirán o no el amparo, ordenarán que se amplíen los hechos y las pruebas, o se corrijan los defectos u omisiones de la solicitud, para lo cual se señalará un lapso, también preclusivo.

En dicho fallo, la Sala Constitucional señaló lo concerniente a la admisión de la demanda de amparo, la notificación del agraviado, otras personas como los terceros y el Ministerio Público. Se indicó que, en caso de *Litis* consorcios necesarios activos o pasivos, cualquiera de los *Litis* consortes que concurran a los actos representará al consorcio. Se dispuso lo relativo al acto oral y público, y las consecuencias de la falta de comparecencia al mismo. También expresó que:

(...) el órgano jurisdiccional, en la misma audiencia, decretará cuáles son las pruebas admisibles y necesarias, y ordenará, de ser admisibles, también en la misma audiencia, su evacuación, que se realizará en ese mismo día, con inmediación del órgano en cumplimiento del requisito de la oralidad o podrá diferir para el día inmediato posterior la evacuación de las pruebas (...).

Habida cuenta de lo anterior, se hará un análisis del referido procedimiento de amparo, incluyendo las modificaciones establecidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a saber:

1.1.- Interposición del amparo constitucional

En el procedimiento referido en la sentencia normativa indicada *supra*, se mantiene que la interposición de la demanda de amparo puede hacerse en forma escrita o verbal, tal como lo dispone la Ley especial de la materia.

Dicha demanda puede presentarse ante el tribunal competente o bien ser enviada vía fax, mensaje de datos o cualquier otro medio telemático. Así lo dispuso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia nro. 523 del 9 de abril de 2001 dictada en el caso Oswaldo Álvarez, ratificada en la nro. 55 del 19 de enero de 2007.

Respecto a la ratificación de la demanda de amparo cuando es por vía telemática, la misma debe -según la ley y la mencionada jurisprudencia- ratificarse dentro de los tres (3) días siguientes a que el Secretario o Secretaria haga constar en autos su recepción, so pena de declararse inadmisibles, conforme con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), lo cual ha aplicado la Sala Constitucional en varias oportunidades, entre otras, se puede mencionar la sentencia nro. 523 del 9 de marzo de 2001, recaída en el caso Oswaldo Álvarez.

No obstante, con la situación que afecta a la humanidad por la pandemia del Covid-19 y las medidas de restricción de circulación establecidas por Decreto del Ejecutivo Nacional, se debe considerar que -en Venezuela- es el momento oportuno para tomar en cuenta estas y otras circunstancias, y se modifique -entre otras cuestiones de índole procesal- esa necesidad irrestricta de ratificación personal, luego de hacer uso del internet como medio efectivo de transmisión electrónica de comunicación, ya que ello

puede atentar o limitar el derecho de acción y, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 26 de la Constitución, más cuando el amparo constitucional constituye el único medio judicial que ante un Estado de Alarma, de Excepción o de Restricción de garantías constitucionales no se suspende ni paraliza (*vid.* artículos 27 y 337 de la Constitución) y como, en efecto, puede pasar, esa carga procesal puede ser incumplida por el justiciable, por una causa no imputable a él (cierre de una vía principal), ante la vigencia de esta situación de emergencia sanitaria.

Así las cosas, la solicitud debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), a saber:

- 1. Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada, con indicación del domicilio procesal o electrónico a los efectos de las notificaciones. También se indicará quien actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del instrumento conferido;*
- 2. Lugar de residencia o domicilio, tanto del agraviado como del presunto agravante;*
- 3. Suficiente señalamiento o identificación del agravante, y si es posible indicar las circunstancias de su localización.*
- 4. Señalamiento de los derechos o garantías constitucionales violados o amenazados de violación;*
- 5. Narración del hecho, acto, omisión y demás circunstancias que motiven la demanda de amparo;*
- 6. Cualquier explicación complementaria relacionada con la situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional.*

En la demanda de amparo, se deben indicar -según la jurisprudencia de la Sala Constitucional- los medios de prueba que se producirán en la audiencia constitucional, porque se trata de la actuación en la cual la parte accionante señala las pruebas que ofrecerá y, que servirá para que su contraparte en la notificación que haga el Tribunal, se informe a los fines de ofrecer contraprueba de su defensa, es decir, pueda ejercer el control y la

contradicción de la prueba que tienen su fundamento constitucional en el derecho a la defensa con la finalidad de contrarrestarla.

Esta indicación en la demanda de amparo, de las pruebas ofrecidas puede ser la promoción en el libelo de testimoniales e inspección judicial, así como remisión de las documentales, reproducciones fotográficas, como lo hiciera a título ilustrativo la parte demandante en el proceso decidido en sentencia N°. 1453/2006, caso Fundación Oftalmológica Venezolana.

Ahora bien, en este punto es importante distinguir el elemento indispensable para verificar la admisibilidad de la demanda, que no es otra cosa, que el instrumento fundamental y las pruebas ofrecidas por el agraviado para demostrar él la lesión o amenaza de lesión a sus derechos y garantías constitucionales. Es decir, en otras palabras, el instrumento fundamental de la solicitud de amparo constitucional es una cosa, y por otra parte, los medios de prueba que el presunto agraviado consigne en el proceso de amparo son otra cosa, -pueden coincidir o no-. Su objetivo en el proceso es distinto, pues el instrumento fundamental le sirve al juez para verificar la admisibilidad de la demanda ejercida, mientras los medios de prueba son los que servirán para demostrar a las partes, sus alegaciones y defensas. Sin embargo, en los casos cuando el amparo se incoe contra vías de hecho, es evidente, que solo se contará con los medios de prueba de la lesión o amenaza de lesión de los derechos constitucionales.

En los supuestos de demandas de amparo incoadas contra una omisión de pronunciamiento, por ejemplo, de un ente, podría pensarse que el escrito donde se haya efectuado la petición a éste, es el documento fundamental y; al mismo tiempo, es la prueba de la lesión constitucional, pero, lo cierto es que, efectivamente, es el documento fundamental para admitir la demanda de amparo por violación al derecho de obtener una respuesta oportuna

(artículo 51 constitucional), siendo un ejemplo de prueba para demostrar la denunciada omisión de pronunciamiento, la prueba de informes tendente a demostrar en los libros del ente que no se produjo -en el lapso legal- la respuesta respecto a esa petición, o bien consignar a los autos copia certificada del propio expediente administrativo, si se trata de un ente público, esto podría ser a título ilustrativo con relación a solicitudes de permiso o autorización que deban ser emitidas por un órgano del Estado.

Por lo que se estima, que la interpretación realizada por la Sala Constitucional en la jurisprudencia normativa señalada *supra*, se contrapone con la garantía de la igualdad de las partes en el proceso, al colocar al demandado o agraviante desde el inicio del proceso, en conocimiento de las pruebas ofrecidas por el demandante o agraviado, mientras que éste deberá esperar a la oportunidad de la audiencia oral y pública, para conocer las pruebas aportadas por el agraviante y controlarlas, lo cual evidencia un trato desigual en condiciones de tiempo para la preparación de una buena defensa, oposición o impugnación del material probatorio, lo que genera un desequilibrio procesal.

De allí que, en una futura reforma de la ley, se debería incluir la fase de promoción de pruebas de las partes, del cumplimiento de la carga procesal del demandante de acompañar el instrumento fundamental en que apoya su demanda que, como bien sabemos, para el caso de los amparos contra sentencia, será el acompañamiento de copia certificada de la misma o simple, si la certificada no fuere posible en esa oportunidad obtenerla o que se abandono está interpretación de la Sala y se mantenga el procedimiento pautado en la ley orgánica.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha desarrollado el criterio jurisprudencial sobre la omisión de presentar el

documento fundamental de la demanda de amparo, en la sentencia N°. 3270, del 24 de noviembre de 2003, en el caso Silvina Alida Camejo de Bartolini, el cual ha ratificado en distintas oportunidades, entre otras, en la decisión nro. 778 de fecha 3 de mayo de 2004, pronunciada en el caso Keivis José Suárez, en la que la Sala Constitucional -expresamente- sostuvo, lo siguiente:

Se evidencia de autos, que el accionante, en el momento en el cual interpuso la acción de amparo constitucional, únicamente consignó el escrito libelar, sin aportar copia simple o certificada de la decisión que accionó ni ninguna otra prueba que considerara pertinente (...).

Por su parte, en la decisión nro. 407 del 30 de marzo de 2012, recaída en el caso María Carolina Merchán Franco, la Sala Constitucional señaló – textualmente- que:

(...) la parte actora no señaló que existiese algún impedimento para consignar las copias de la decisión adversada, por lo que no cumplió el deber de consignar el documento fundamental de su demanda de amparo, el cual era un requisito indispensable para que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado (...) se formase un criterio para proceder a pronunciarse sobre la admisibilidad (o improcedencia) de la acción, toda vez que debía verificar si suplir la carga procesal que tenía la accionante, la veracidad de lo alegado en la solicitud de amparo.

La Sala Constitucional ha señalado con carácter vinculante la posibilidad de presentar la demanda de amparo con una impresión del sistema *iuris*, en aras del acceso a la justicia, pero debiendo cumplir con la exigencia de presentar la copia certificada en la oportunidad de la audiencia oral y pública, so pena de su inadmisibilidad (ver, sentencia nro. 721 del 9 de julio de 2010).

Para el supuesto de que la demanda se interponga de forma verbal, se exigen, en lo posible, los mismos requisitos a que se refiere el artículo 18 de

la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (ver, a título de ejemplo la demanda de amparo decidida en sentencia nro. 302 del 19 de marzo de 2012, caso Frank García y otros), pero el acta que contiene el ejercicio de la demanda la llena el secretario del tribunal con los datos e informaciones que aporte el demandante.

En el caso de que la demanda resulta ininteligible o no llena los requisitos señalados en el mencionado artículo, se procede a notificar al demandante para que la corrija dentro del lapso de cuarenta y ocho (48) horas que, conforme a lo dispuesto por la Sala Constitucional en la sentencia nro. 930 del 18 de mayo de 2007, es de dos (2) días -a favor del justiciable- atendiendo al principio *pro actione* y a los derechos de acceso a la justicia como a la tutela judicial efectiva.

Esa orden de corrección debe ser motivada y precisa en el sentido de que el Juez va a indicarle al demandante cuál o cuáles de los requisitos exigidos ha omitido o aparece oscuro en su libelo. De no consignar la corrección en el lapso referido o bien presentándola se mantienen los defectos, la demanda será declarada inadmisibile, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Este despacho saneador está previsto también en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), para otros procesos de naturaleza constitucional ante el máximo Tribunal del país, lo que revela la intención del legislador de dar oportunidad de subsanación en este tipo de procesos de naturaleza constitucional al justiciable requirente, en aras de garantizar el derecho de acción como parte de la tutela judicial efectiva.

En la actualidad para la interposición de la solicitud del amparo, no se

requiere la asistencia de abogado, para todos los demás actos del procedimiento deberá estar asistido o representado por abogado o abogada, dado lo prescrito en el artículo 4 de la Ley de Abogados (1967), que establece:

Artículo 4: Toda persona puede utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses. Sin embargo, quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor, como demandado o cuando se trate de quien ejerza la representación por disposición de la Ley o en virtud de contrato, deberá nombrar abogado, para que lo represente o asista en todo el proceso.

Si la parte se negare a designar abogado esta designación la hará el Juez. En este caso la contestación de la demanda se diferirá por cinco audiencias. La falta de nombramiento a que se refiere este artículo será motivo de reposición de la causa, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al Juez de conformidad con la Ley.

Sobre el requisito de la asistencia de abogado a que se refiere el artículo 4 de la Ley de Abogados antes citado, la Sala Constitucional hizo una interpretación normativa en sentencia nro. 472 del 19 de julio de 2000, ratificada en sentencia nro. 176 del 10 de marzo de 2015, disponiendo entre otras cosas que:

(...) el artículo 4 de la Ley de Abogados, no contempla una realidad, cual es que el accionante no pueda pagar los honorarios a que tiene derecho el abogado conforme al artículo 16 de la Ley de Abogados, en materias donde no hay instituciones, procuradores o defensores públicos, que actúen judicialmente en pro de los ciudadanos. Si no se trata de personas declaradas pobres, lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Abogados en la práctica viene a ser una traba a la garantía de acceso a la justicia establecida por el artículo 26 de la Constitución de la República de Venezuela.

...Omissis...

Si se interpreta literalmente el artículo 4 de la Ley de Abogados, se estaría ante el absurdo de que quien pretende gozar de la justicia gratuita, contemplada en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, tendría que hacer su petición, la cual según el

artículo 176 eiusdem, debe acompañar a la demanda, al menos asistido por abogado, y si no consigue quien lo represente o asista por carecer de recursos para pagar los honorarios, se verá impedido de solicitar el beneficio de pobreza, y de que se le admita la demanda, a veces necesaria para interrumpir una prescripción en progreso. Interpretar de esta forma el artículo 4 citado, resultaría un absurdo, y partiendo de lo particular a lo general, ello demuestra que a quien acciona, no le es aplicable el artículo 4 de la Ley de Abogados como requisito que deba llenar su demanda o solicitud, motivo por el cual el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, para el proceso civil y las otras causas que por él se rigen, no lo toma en cuenta como causa de inadmisibilidad de la demanda, como tampoco lo hace el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ni el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Por lo tanto, será después de admitida una demanda, cuando el juez procurará el cumplimiento del artículo 4 de la Ley de Abogados (...).

Entonces revisada la interpretación efectuada por la Sala Constitucional de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Abogados, surge en este punto, algunas interrogantes, como por ejemplo, las siguientes:

- ¿Cómo es que el agraviado que no es abogado y no está asistido de abogado puede interponer un amparo constitucional si, con la interposición de la solicitud, debe consignar los medios de prueba que acrediten la violación del derecho o garantía constitucional vulnerada?
- ¿Puede ese presunto agraviado al no ser abogado tener un buen manejo de las pruebas que debe consignar y debe promover en esta oportunidad de manera preclusiva dentro del proceso de amparo constitucional?
- ¿Cómo cumplir con las exigencias del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, si no se conoce ni se cuenta con la técnica jurídica propia de un titulado en leyes?

- ¿Cómo conoce ese justiciable que se identifica como presunto agraviado, cuál es el tribunal competente para conocer de su solicitud de amparo, sin generar por su desconocimiento jurídico, una dilación indebida del proceso?

En la actualidad está previsto que, si el agraviado o el agraviante, en la primera oportunidad que actúa en juicio, acredita no poseer recursos para sufragar la asistencia jurídica, el juez debe solicitar -sin dilación- a la Defensa Pública la designación de un defensor o defensora.

Por la forma en que está estructurado el sistema de justicia debería el justiciable que lo requiera, poder contar con la asistencia de un profesional de la Defensa Pública, incluso desde la oportunidad de la interposición, si ello fuese necesario, porque tal y como lo reconoce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en los fallos antes citados, el Estado Venezolano tiene a disposición de los justiciables a la Defensoría Pública, cuyo objeto principal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública (2008), es garantizar la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la defensa en las diversas áreas de su competencia, así como está dedicada a prestar a nivel nacional un servicio de defensa pública, en forma gratuita a las personas que lo requieran, sin distinción de clase socio-económica.

Para el cumplimiento de esa competencia se crearon, entre otros, con diversas competencias, los Defensores Públicos o Defensoras Públicas ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los que se les atribuyen, en el artículo 94 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública (2008) las siguientes competencias:

Son atribuciones de estos funcionarios o funcionarias las siguientes:

- 1.- *Orientar y asesorar en la materia de su competencia*
- 2.- *Ejercer la defensa y asistir a las audiencias convocadas por la Sala Constitucional, en las acciones de amparo ejercidas por el Defensor Público o Defensora Pública contra las decisiones de los Tribunales de Segunda Instancia que amenacen o violen derechos o garantías constitucionales, comunicando de inmediato los resultados de la audiencia al Defensor Público o Defensora Pública que ejerció la acción de amparo.*
- 3.-*Ejercer el recurso de revisión contra las decisiones y procedimientos que de acuerdo al ordenamiento jurídico se ventilen ante la Sala Constitucional, cuando se denuncie la violación de principios fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en aquellas causas en las cuales sea parte.*
- 4.-*Intervenir en la defensa cuando se haya solicitado el avocamiento a una causa determinada, porque se presume la violación de principios y garantías constitucionales, contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos o convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la Ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala.*
- 5.-*Ejercer la defensa de las apelaciones realizadas contra las sentencias de amparo constitucional y de la acción autónoma de amparo, contra las sentencias que dicten los Tribunales Superiores como Tribunales de Primera Instancia, que decidan sobre la acción de reclamo para garantizar los principios constitucionales.*
- 6.-*Realizar seguimiento de los recursos de revisión intentados contra las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás Tribunales de la República.*
- 7.-*Realizar seguimiento de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los Tribunales de lo Contencioso administrativo, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal, con ocasión a la interposición de acciones autónomas de amparo constitucional.*
- 8.-*Ejercer la defensa de la acción autónoma de amparo constitucional realizada contra las sentencias de última instancia dictadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, cuando su conocimiento no estuviera atribuido a otro Tribunal.*
- 9.-*Mantener informada a la dependencia competente de la Defensa Pública en relación a cualquier cambio de jurisprudencia de la Sala Constitucional.*
- 10.- *Las demás que le atribuya esta Ley y su Reglamento.*

Esta amplitud de ejercicio del derecho de acción, en muchos casos cuando ha sido ejercida la demanda por el justiciable sin la ayuda técnica del profesional de Derecho, las estadísticas han demostrado que existe una gran cantidad de decisiones, declarando la inadmisibilidad de amparo con fundamento en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), por no haberse llenado los requisitos del artículo 18 de dicha Ley, al no proceder correctamente a corregir con el despacho saneador.

Igualmente, existe una inmensa cantidad de decisiones declarando la incompetencia de los tribunales para conocer una demanda de amparo al punto de generar decisiones de la Sala Constitucional como última instancia constitucional resolviendo cuál es el tribunal competente para conocer del amparo incoado (conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), lo cual genera una dilación indebida en el inicio del conocimiento y trámite del amparo por el juez naturalmente competente.

En este punto, con mucho respeto se debe reconocer que para muchos de los profesionales del Derecho es difícil la determinación del tribunal competente, bien porque los derechos constitucionales vulnerados sean afines a varias materias, o bien por la inexistencia de un tribunal en el lugar, que impone la aplicación del artículo 9 de la Ley que rige la materia más los señalamientos que ha efectuado la Sala Constitucional en la sentencia nro. 1555 del 8 de diciembre de 2000, dictada en el caso Yoslena Chanchamire, pues para una persona no titulada en Derecho será aún más complicada esa determinación, lo que colisiona con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional.

La jurisprudencia ha previsto que los amparos constitucionales interpuestos por niños, niñas o adolescentes sin asistencia o representación legal, deberán notificarse a los órganos de asistencia jurídica del menor, tal como se ha dispuesto entre otras, en sentencia de la Sala Constitucional nro. 1053 del 7 de mayo de 2003, recaída en el caso Ahmed Ben Tahar Azeddine, con lo cual se pretende cubrir la requerida falta de asistencia técnica de un profesional del Derecho (vid. Artículo 4 de la Ley de Abogados).

Ahora bien, es necesario acotar que la Sala Constitucional en la práctica se comporta como si existiera una presunción legal a favor del agraviado en la demanda de amparo constitucional, una presunción legal *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Siendo que de un análisis de la sentencia de la Sala Constitucional esto no es permitido y menos aún de un examen del contenido de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo que esa presunción no está sustentada ni en la ley, ni en las sentencias que fijan el procedimiento de amparo constitucional.

Como se plasmará más adelante, para solicitar con la demanda, el otorgamiento de medidas cautelares no se requiere llenar los presupuestos procesales tradicionalmente exigidos, lo que se explica por la existencia o reconocimiento de dicha Sala, de esta presunción de violación de derecho y garantía constitucional a favor del que se identifica como agraviado. Esto sin sustento normativo, genera una evidente desigualdad procesal que conduce a la pérdida de la imparcialidad del juez.

Y por ello, se puede pensar que por esta razón, el juez constitucional, se atreve usando -en forma errada y abusiva- el despacho saneador de la solicitud de amparo, en algunas oportunidades, para requerir -de oficio- al presunto agraviado que consigne pruebas de sus alegatos, y en otras oportunidades, el juez las incorpora o evacua de oficio, a favor del presunto

agraviado, ejerciendo una actividad probatoria oficiosa, antes de la audiencia oral y pública, lo cual va en detrimento de los principios de igualdad de las partes, de imparcialidad y del debido proceso, que está obligado a garantizar por mandato constitucional y conforme lo establece expresamente el artículo 11 del Código de Ética del Juez y Jueza Venezolano.

1.2.- Inadmisibilidad de la demanda de amparo constitucional.

La inadmisibilidad de la demanda de amparo constitucional se declara cuando se configuran alguna de las causales señaladas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), supuesto en el que no hay lugar a tramitación alguna, por lo que el juez pronunciará fallo declarando inadmisibile la demanda de amparo.

El artículo 6 *ut supra* señalado, establece ocho causas por las cuales puede ser declarada inadmisibile una demanda de amparo, las cuales serán explanadas a continuación, asimismo, se hará mención a una sentencia ilustrativa, sobre la aplicación de la referida causal, a saber:

- 1.- Que haya cesado la violación o amenaza de violación del derecho o garantía constitucional alegado, declarada –entre otras- en sentencia nro. 1113 del 22 de junio de 2001, pronunciada en el caso Eugenio Ramón Estanga.
- 2.- Que la amenaza sea imposible o irrealizable por el imputado o señalado como presunto agravante en la demanda de amparo, en sentencia nro. 326 del 29 de marzo de 2001, al decidir el caso Frigorífico Ordaz S.A.
- 3.- Que la situación sea irreparable, a la cual se ha referido la Sala Constitucional, en distintas oportunidades, entre ellas, en sentencia nro. 455 del 24 de mayo de 2000, recaída en el caso Gustavo Mora.
- 4.- Que las acciones u omisiones alegadas como violatorias hayan sido

consentidas en forma tácita o expresa por el solicitante de amparo; y respecto al cual se ha pronunciado la Sala Constitucional en sentencia nro.778 del 25 de julio de 2000, dictada en el caso Todo Metal C.A.

La excepción a esta causal es la existencia del orden público, lo cual fue analizado en sentencia nro. 150 del 24 de marzo de 2000, recaída en el caso José Gustavo Di Mase Urbaneja.

5.- Que se utilicen las vías ordinarias que ofrece el ordenamiento jurídico o que contando con ellas no se haya agotado su ejercicio; que ha sido fundamento de la declaratoria de inadmisibilidad de amparos por la Sala Constitucional, como por ejemplo en sentencia nro. 2077 del 21 de agosto de 2002, dictada en el caso José Antonio García García.

6.- Que se trate de decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ha sido objeto de diversos pronunciamientos, entre otros, en sentencia nro. 694 del 7 de abril de 2003, pronunciada en el caso Joaquín Eduardo Oliveira Peña.

7.- Ante la suspensión o restricción de garantías constitucionales. Esta causa debe ser objeto de revisión, dado su colisión con el postulado contenido en el artículo 337 de la Constitución de 1999, en consecuencia, podría estarse en presencia de una inconstitucionalidad sobrevenida, ya que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es anterior a la vigencia de la Constitución.

8.- Que esté pendiente de decisión una acción de amparo en iguales circunstancias, aplicada por la Sala en sentencia nro. 1614 del 29 de agosto de 2001, en el caso soportes Eléctricos (Sopelca C.A.).

Estas causales previstas por el legislador en la ley especial de la materia, conllevan para su declaratoria -a criterio de este investigador- un examen de fondo del asunto planteado, tan es así que la jurisprudencia ha afirmado que pueden ser declaradas como cualquier causal de inadmisibilidad, en todo estado y grado del proceso, y ello nos conduce a la

conclusión de que, indefectiblemente, el Juez para declarar la existencia de alguna de esas causas reguladas en el artículo 6, referidas entre otras, a que cesó la lesión, que se hizo irreparable, que se consintió tal lesión, por ejemplo, debe analizar las pruebas traídas al proceso.

A título ilustrativo, se puede sostener la violación del derecho de propiedad por la construcción de un muro aledaño, y para que el Juez declare la inadmisibilidad de la demanda de amparo, fundada en la causal contenida en el numeral 3 del artículo 6 citado, constatando que la situación se hizo irreparable, debe necesariamente analizar las pruebas traídas por las partes al proceso, lo que involucra un análisis del mérito del asunto planteado.

Otro ejemplo, en el cual se denuncie la omisión de pronunciamiento de un órgano administrativo respecto a una solicitud de un particular, y se alegue la violación del derecho de petición y oportuna respuesta, para verificar si hay caducidad o no de la acción, el Juez debe revisar los documentos acompañados por el demandante, e incluso aquellos que pueda en su defensa traer al proceso el titular del ente denunciado como agravante, ello para computar el lapso de seis meses desde la fecha en que se formuló la petición ante ese órgano.

Estos ejemplos y muchos más evidencian que estas causales previstas por el legislador no pueden ser declaradas *a priori*, sin un examen de las actas que conforman el expediente y como tal, un análisis sobre el fondo del asunto planteado.

Distinta situación acontece con las causas previstas en otras normas procesales, como la inepta acumulación de acciones a que se refiere el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil (1990) o para el caso del Tribunal Supremo de Justicia, las previstas en el artículo 133 de la Ley

Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), no acompañar el documento fundamental de la demanda prevista en el artículo 128 de dicha Ley, que al ser normas de aplicación supletoria según el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, son aplicables a las demandas de amparo, siendo verdaderamente la legitimación, la inepta acumulación, la litispendencia, la cosa juzgada, la no consignación del documento fundamental, los verdaderos motivos procesales para inadmitir *ab initio* la demanda.

Así, a título ilustrativo, procede la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda de amparo cuando el juez detecta una inepta acumulación (se ejerce un amparo conjuntamente con una revisión constitucional, por ejemplo), o cuando el poder acompañado a la demanda de amparo no fue otorgado para actuar en el mismo, sino, en otro juicio, como puede ser aquel en el que se produjeron las violaciones a derechos y garantías constitucionales denunciadas. Así lo ha declarado la Sala Constitucional, en las sentencias nros. 728 y 741 del 8 de mayo de 2008, 803 del 14 de mayo de 2008, 923 del 11 de junio de 2008, 1000 del 27 de junio de 2008 y 103 del 18 de febrero de 2009.

En los procesos de amparo, el justiciable puede -según la jurisprudencia de la Sala citada *ut supra*- incoar la demanda sin estar asistido o representado de abogado, pero para los demás actos debe contar con esa asistencia o representación, pues el *ius postulandi* o derecho de hacer peticiones en juicio, deberá ser ejercido por un abogado que detente su representación, a través de un poder auténtico y suficiente. En los procesos donde el abogado no asista a la parte, es necesario demostrar la representación suficiente, pues en caso contrario, el juez debe declarar inadmisibile la demanda (ver, entre otras, sentencia nro. 1316 de fecha 3 de

junio de 2006).

Ha quedado demostrado en la práctica que, por desconocimiento del órgano judicial competente, de la materia afín a la situación jurídica denunciada, se producen malas praxis que generan declinatorias de competencia, que dilatan su conocimiento, tramitación y decisión.

Igualmente, generan -como se explano antes- un mal llamado despacho saneador que prolonga el pronunciamiento sobre la admisibilidad de la demanda, en contrariedad a la celeridad y urgencia con que deben los jueces examinar las demandas de amparo, cuyo carácter es la inminencia o urgencia de protección, siendo además -como se indicó- que el juez constitucional mucha veces se sustituye en el demandante, ejerciendo sus facultades probatorias de oficio, en la oportunidad de aplicar el despacho saneador, para incorporar al proceso el documento fundamental de la demanda de amparo o bien pruebas de las violaciones denunciadas, lo cual es contrario a la Constitución, a la ley vigente y a la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional respecto al procedimiento, pues es una carga prevista en cabeza del demandante

Con ese ejercicio errado y abusivo permitido por la Sala Constitucional, pues ella misma lo ha efectuado en un sin fin de oportunidades, se desnaturaliza el objeto del despacho saneador comúnmente previsto en normas adjetivas (ej. Ley Orgánica Procesal del Trabajo, 2002) para esclarecer los hechos denunciados en la demanda, y no para dar una oportunidad adicional para la consignación del instrumento fundamental que indefectiblemente conlleva a la inadmisión de la misma por omisión de su presentación, toda vez que su lapso es preclusivo o, bien ha sido utilizado para sustituir e incluso adelantar las pruebas a favor de la parte demandante, rompiendo con ello la igualdad procesal, la imparcialidad y el debido proceso

que debe reinar en el amparo constitucional como en cualquier otro proceso judicial.

En las demandas de amparo ejercidas en protección de intereses colectivos, es importante tener clara la legitimación activa para evitar la declaratoria de inadmisibilidad al inicio como lo sería por ejemplo, en el caso de una demanda con el objeto de obtener el servicio de asfalto de una urbanización, que puede, indistintamente, ser ejercida por el Alcalde del Municipio en cuestión, por el Fiscal del Ministerio Público, por un propietario de una vivienda en la urbanización que trate o bien por el Presidente de la Asociación de Vecinos, para lo cual es importante distinguir que tiene la legitimación activa, la persona que tiene la representación de ese colectivo o grupo determinado o determinable.

Aquí también es importante la expresa atribución del Defensor del Pueblo en el artículo 280 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009), para la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías constitucionales, así como para la protección de los intereses colectivos y difusos, así como el desarrollo de esa atribución de rango constitucional en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (2004).

De allí, que sean estas causas las verdaderas razones para declarar la inadmisibilidad de la demanda de amparo, como sucede en otros procesos (civiles, penales, laborales), y no las que hacen casi un hecho imposible el logro de la admisión de la demanda de amparo por parte de los justiciables, como una revisión estadística puede arrojar respecto al número de amparos inadmitidos, pues la jurisprudencia ha mantenido la aplicación de esos motivos que requieren examen de fondo y que el legislador señaló en el mencionado artículo 6.

Por otra parte, se disiente de la excepción prevista por el legislador respecto al orden público, en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) porque con ello pareciera distinguir los derechos constitucionales previstos en nuestra Carta Magna, siendo que todos son derechos de naturaleza fundamental, como bien lo ha sostenido la Sala Constitucional en la sentencia nro. 828 del 27 de julio de 2000, caso Seguros Corporativos (Segucorp), al indicar lo siguiente:

(...) el amparo constituye un mecanismo para proteger la situación jurídica de un ciudadano, desde la perspectiva del goce y ejercicio de los derechos fundamentales, que el acuerdo social ha incorporado a la Constitución para garantizar el orden político y la paz ciudadana. Luego, esta protección, que se extiende a los intereses difusos o colectivos (en el artículo 26 de la Constitución se expresa que toda persona tiene derecho de acceder a los órganos de la administración de justicia, incluso para hacer valer los derechos e intereses colectivos o difusos) en la medida que sea expresión de derechos fundamentales, no tiene por objeto el reconocimiento de la existencia de los valores constitucionales, sino la restitución a la persona afectada en el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales (...).

La propia elasticidad a la aplicación de esa excepción por parte de la Sala Constitucional, a casos relacionados con arrendamientos de inmuebles donde habiten niños, o que se discutan por ejemplo, derechos laborales, derechos a la salud, da la razón a este investigador respecto a que la caducidad como limitante del derecho de acción, no debe operar en este tipo de demandas, tal y como sucede, con el ejercicio de las revisiones constitucionales, lo que en la práctica ha generado la sustitución del uso del medio judicial de amparo por la revisión constitucional para la protección de derechos y garantías constitucionales frente a sentencias definitivas, como una estrategia de litigio para eludir la aplicación de la causal de inadmisibilidad por caducidad.

1.3.- Abandono del Trámite

Esta circunstancia no está prevista en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), vino a ser analizada y se han determinado sus efectos por la jurisprudencia normativa de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al estudiar la puesta a derecho y la falta de impulso procesal de las partes, en la sentencia del 6 de junio de 2001, recaída en el caso José Vicente Arenas, el cual -según la misma Sala Constitucional- tiene por excepción que una de las partes haya actuado (ver, lo dispuesto en sentencia N° 1489 del 31 de julio de 2006, recaída en el caso Antonio José Briceño Sánchez), o bien que se afecte el orden público (v. sentencia nro. 1 del 12 de enero de 2009 que ratifica la de 2001 en cuanto a la declaratoria de terminado el procedimiento pues la acción no afecta más allá de los intereses particulares de la parte actora).

Desde la interposición si transcurre el lapso de seis meses sin impulso procesal, el Juez declarará el abandono del trámite, pero la excepción a esta declaratoria ocurre cuando el Tribunal considera -como se apuntó- que los hechos alegados afectan el orden público, noción a la cual se ha referido la Sala Constitucional en sentencia nro. 1689 del 19 de julio de 2006, ratificada en la nro. 2197 del 23 de noviembre de 2007, y en la nro. 1 del 12 de enero de 2009, antes señalada.

En este punto, es preciso asentar lo que debe ser entendido por orden público y orden público constitucional, el primero ha sido definido por Benítez (2013) como:

...el conjunto de normas jurídicas positivas, establecidas por el legislador de manera impositiva y prohibitiva, que tienen como finalidad fundamental facilitar y promover el interés general así como el fomentar el desarrollo de actividades individuales y colectivas, dentro de un determinado contexto social, que por

garantizar la tranquilidad y la paz social no pueden ser renunciadas, ni relajadas por convenio expreso o tácito alguno. (p. 24).

Y el segundo debe ser entendido como “una herramienta (función) jurídica cuya finalidad esencial es garantizar la hegemonía e integridad de la supremacía de la Constitución” (v. sentencia de fecha 09 de marzo de 2000, caso José Zamora Quevedo).

Conforme a lo previsto en el único aparte del artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) y, en sintonía con el criterio persuasivo establecido por la Sala Constitucional en la sentencia nro. 827 del 3 de diciembre de 2018, caso Germán Macea Lozada, se impone a la parte demandante una multa de cinco mil bolívares (Bs.5000,00) pagaderos a favor de la tesorería nacional, en cualquier institución financiera receptora de fondos públicos, cuyo comprobante, deberá ser consignado directamente en el expediente, haciendo uso del correo certificado o electrónico, o vía fax (vid. sentencia nro. 0297 del 16 de agosto de 2019, caso Inversiones 88.990 A.H. C.A.), dentro del lapso de cinco (5) días siguientes a su notificación.

Con motivo de la pandemia de Covid-19 que afecta a la humanidad, la Sala Constitucional dispuso en sentencia nro. 91 del 12 de agosto de 2020, caso Luis Ferdinando Rodríguez Pereira, respecto a esta consecuencia de la falta de impulso procesal, que no aplica el abandono del trámite durante el Estado de Alarma.

Dada esta circunstancia excepcional, se debería aprovechar la oportunidad para suprimir de los procesos de amparo, en forma definitiva, la aplicación de esta teoría limitante del derecho de acceso a la justicia y, a la

vez, violatoria del principio de legalidad sancionatoria, pues se establece una multa incluso por la falta de impulso procesal, siendo que -en la mayoría de los casos con el respeto que merecen los jueces y los Magistrados- la falta de acción es del órgano judicial, quien tiene pendiente los pronunciamientos sobre la admisibilidad de las demandas de amparo propuestas, y pretender del justiciable la realización de un sinfín de diligencias para solicitar el pronunciamiento que están llamados a dar por ley, constituye una carga injusta que colisiona con lo dispuesto en los artículos 26, 27 y 257 de la Constitución.

Para evitar el uso desmesurado de este medio de protección judicial por parte de los profesionales del Derecho, se estima deben aplicarse las normas vigentes que permiten el control (por ejemplo, el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil), sin que ello obste a que a través de normas más actualizadas se prevean otras consecuencias frente a la actuación de los profesionales del Derecho, basadas en principios de ética judicial, probidad y lealtad, sin que afecte al justiciable, quien pide la asesoría mediante asistencia o representación del abogado, quien tiene conocimiento técnico y es quien debe evitar hacer un uso abusivo, colusivo o inapropiado del amparo constitucional, como medio judicial de tutela urgente e inmediata, pues es quien cuenta con las herramientas para conocer las normas contenidas en las leyes, la jurisprudencia e incluso la práctica común en los tribunales de la República.

1.4.- Admisión del amparo constitucional

Interpuesta la acción de amparo constitucional o subsanada, en el caso de que se haya ordenado su corrección, el tribunal deberá pronunciarse acerca de su admisión.

En el fallo de admisión, se ordenará la notificación del señalado como agravante con copia de la demanda y orden de comparecer, así como del tercero interesado, si es el caso. También, se ordenará la notificación del Ministerio Público, tal y como lo dispone el artículo 15 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), a menos que sea éste el agravante; y de cualquier otra autoridad relacionada con la materia objeto de la demanda de amparo, como podría ser la Procuraduría General de la República, o bien un Ministro, si fuese el caso.

Se notificará también a la Defensoría del Pueblo cuando la demanda versare sobre derechos e intereses colectivos o difusos, así lo ha efectuado la Sala Constitucional a título ilustrativo en el caso referido a personas con enfermedades visuales que requerían con urgencia trasplante de córnea (ver, sentencia de admisión de fecha 3 de septiembre de 2004, caso Fundación Oftalmológica Venezolana).

Es importante acotar que los derechos colectivos y difusos desde el 2010, encuentran cauce a través de las demandas de protección reguladas en los artículos 147 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010); no obstante, antes de dicha fecha y desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se protegieron estos derechos únicamente a través de acciones de amparo, cuyo trámite diseñó, también, la Sala Constitucional en la sentencias nro. 656 del 30 de junio de 2000, recaída en el caso Dilia Parra Guillén y nro. 3342 del 19 de diciembre de 2002, en el caso Félix Rodríguez.

También de relevancia resulta señalar que, en la actualidad, existiendo un procedimiento especial, para tramitar esas demandas para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos, no se elimina la posibilidad de que se puedan intentar acciones de amparo constitucional por violación de

derechos y garantías constitucionales de estos intereses, es decir, ambos procedimientos para la protección de estos intereses buscan objetivos diferentes; y es un error, a criterio de este autor, pensar que en caso de violación de derechos y garantías constitucionales se deba tramitar a través del procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), al existir un procedimiento especial para estos casos, como es el procedimiento del amparo constitucional.

Así, ha ocurrido, por ejemplo, con varias demandas de amparo incoadas en el año 2014, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en protección de los intereses colectivos de los habitantes de varios municipios, en contra de los alcaldes de esos municipios, para obligarlos a que mantuvieran las vías libres de residuos, escombros y de cualquier elemento que pudiera ser usado para obstaculizar la vialidad urbana (ver, entre otras, sentencia de la Sala Constitucional dictada el 9 de abril de 2014).

1.5.- Terceros.

Respecto a los terceros, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sostuvo en su sentencia nro. 320 del 4 de mayo de 2000, recaída en el caso: Seguros La Occidental, que conforme a lo dispuesto en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil (1990) en su numeral 3, los terceros que tengan interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretendan ayudarla a vencer en el proceso, pueden hacerse parte en el juicio donde actúa la parte con quien van a coadyuvar.

En la sentencia dictada el 1° de febrero de 2000, en el caso: José Amando Mejía, dicha Sala reconoció que las partes de la causa donde se dictó la sentencia objeto de amparo constitucional, tienen ese interés, sin

necesidad de prueba alguna, pues es obvio que dicho interés emerge del texto del propio fallo impugnado, con lo cual no existe sustitución de la carga de probar esa cualidad.

Cuando el proceso de amparo contra sentencia adquiere esta dimensión, no puede considerarse que se trata de una queja entre un particular contra el poder público, ya que la intervención del otro particular en defensa de sus intereses y derechos subjetivos personales, haciendo causa común con el tribunal que emitió el fallo, convierte la causa de amparo en un proceso entre particulares, en lo relativo a los intervinientes ajenos a los poderes públicos.

Los terceros coadyuvantes deberán demostrar su interés legítimo y directo para intervenir en los procesos de amparo de cualquier clase antes de la audiencia pública, así lo dispuso la Sala Constitucional en sentencia nro. 2677 del 12 de agosto de 2005, caso Sincrudos de Orientes Sincor S.A.

En ese sentido, es preciso que se establezca de manera expresa, la etapa de intervención del tercero coadyuvante de una de las partes en el proceso de amparo constitucional, para que éste dentro del lapso probatorio pueda promover los medios con los cuales pueda apoyar a la parte que coadyuva, y que la contraparte cuente con la posibilidad real del control y contradicción de dichos medios probatorios.

1.6.- Notificaciones.

Las notificaciones podrán ser practicadas por alguna de las siguientes formas:

6.1.- Personalmente, con acuse de recibo que sea firmado por los destinatarios o destinatarias o por su representante legal.

6.2. Mediante boleta u oficio que sea dejada por el o la Alguacil en el domicilio procesal del sujeto de que se trate, luego de lo cual dicho funcionario dejará constancia escrita de haberla practicado.

6.3. Mediante correspondencia postal que sea efectuada a través de correo público o privado.

6.4. Mediante boleta que sea enviada a través de medios telemáticos, en cuyo caso el secretario o la secretaria dejará constancia en el expediente de haberla practicado.

Cuando fuese imposible efectuar la notificación por cualquiera de los medios señalados, ésta se practicará mediante la fijación de un cartel en la secretaría del tribunal (ver, sentencia de la Sala Constitucional nro. 908 del 3 de junio de 2008).

En este punto, es importante acotar que, si bien es una avance realizar las notificaciones en este proceso inspirado en la celeridad procesal, vía telefónica, como lo ha estado practicando la Sala Constitucional en numerosas oportunidades, lo cierto es que su utilización no debe ir en desmedro de la seguridad y certeza jurídica que requiere la parte, para cumplir con los actos y cargas procesales, por lo que debe uniformarse el modo de hacerlo y de dejar constancia de inmediato en el expediente, para que no genere ningún tipo de dudas el cómputo que con ocasión al mismo, se haga por parte del Tribunal, en este caso, por el Secretario del mismo.

1.7.- Poder cautelar del juez de amparo

En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el tribunal podrá acordar, aún de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las

circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.

En la sentencia nro. 0156 del 24 de marzo de 2000, pronunciada en el caso Corporación L'Hotels, la Sala Constitucional consideró que el decreto de medidas cautelares en el proceso de amparo:

(...) queda a criterio del juez de amparo si lo estima o considera procedente para la protección constitucional sobre la cual gravita la inmediatez del daño. Es más, no permitiendo la estructura del proceso de amparo una específica oposición a la medida que se pide con la solicitud de amparo, el juez debe analizar muy bien los efectos que puede causar la medida que decreta, teniendo en cuenta la actuación de los afectados y el carácter reversible de lo que decreta, en el sentido de que si el accionante no tuviese razón, la medida no perjudica al accionado. Esto sin perjuicio de la responsabilidad proveniente por error judicial.

Respecto a este poder cautelar, se ha sostenido que en aplicación a este criterio, la Sala Constitucional ha acordado principalmente medidas cautelares conservativas, es decir, de efectos negativos, que tienen como finalidad evitar que se modifique la situación jurídica existente, mientras se tramita y decide el amparo, como podría ser por ejemplo la suspensión de la ejecución del fallo hasta que se resuelva el amparo constitucional.

Ahora bien, es preciso acotar que este poder cautelar amplio, donde conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional no se deben demostrar los presupuestos procesales que se exigen en todos los procesos para que se acuerden medidas cautelares, como son la presunción del buen derecho, el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, y el riesgo de que no se sigan causando daños y perjuicios al presunto agraviado, conlleva una desigualdad desde el inicio del proceso, ya que obra como una presunción de verdad a favor del demandante en la acción de amparo, en algunos casos, como cuando se decretan medidas de efectos positivos, aunado a la posibilidad de que el juez *ab initio* ejerza su potestad probatoria

oficiosa, puede incidir -entre otros principios- en la imparcialidad requerida constitucionalmente así como en la capacidad subjetiva que deriva de la ley, pues en los procesos de amparo constitucional no es admisible la recusación del juez, como, expresamente, lo dispone el artículo 11 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), que reza:

*Artículo 11. Cuando un Juez que conozca de la acción de amparo, advirtiere una causal de inhibición prevista en la Ley, se abstendrá de conocer e inmediatamente levantará un acta y remitirá las actuaciones, en el estado en que se encuentren, al tribunal competente. Si se tratare de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la Sala convocará de inmediato al Suplente respectivo, para integrar el tribunal de Amparo. **En ningún caso será admisible la recusación.** (Negrillas del autor).*

Dicha disposición en lo que respecta a la prohibición de ejercicio de la recusación como fórmula para controlar la capacidad subjetiva del juez, puede -mientras se mantenga vigente- ser objeto de control difuso conforme lo dispone el artículo 334 de la Constitución, por cuanto viola abiertamente el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, lo que lesiona también la garantía constitucional al juez natural, consagrada en el artículo 49, numeral 4 del Texto Fundamental. Se observa entonces como muestra de que -en este tipo de procesos- por ser garante de derechos y garantías es cuando menos debe establecerse una prohibición para el control de la capacidad subjetiva del juez de amparo, y se trae a colación que en la República Dominicana, la Ley No. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. No. 10622 del 15 de junio de 2011, prevé esa posibilidad de recusación, sin que pueda señalarse que la misma dilata el procedimiento, para lo cual, se reproduce lo establecido en el artículo 73 de la Ley referida, que reza:

Artículo 73.-Recusación o Inhibición. En caso de recusación o inhibición del juez apoderado el presidente de la cámara o sala de su jurisdicción, o el presidente de la corte de apelación

correspondiente, o el presidente de la jurisdicción especializada o ese tribunal en pleno, deberá pronunciarse sobre el juez que habrá de conocer la acción de amparo, en un plazo no mayor de tres días.

Por otra parte, es pertinente resaltar, de otorgarse una medida cautelar basada en una prueba traída por el juez y no por la parte demandante, se genera *per se* un claro desbalance a favor de ésta, afectando desde el inicio la presunción de inocencia que debe operar a favor del presunto agraviante, el cual tiene raíz constitucional como el derecho a la igualdad de las partes, con ello la imparcialidad del juez y, con ésta su competencia subjetiva para decidir el fondo del asunto.

Pues como ha reconocido la propia Sala Constitucional, para otros procesos, se puede recusar al juez por las causales establecidas en el Código de Procedimiento Civil (1990) de manera taxativa, o por cualquier otra conducta, que evidencie, que el juez perdió objetividad, es decir, todas aquellas conductas del juez que lo hagan sospechoso de parcialidad, y un ejemplo claro de esta conducta sería el caso que, el juez a través de sus facultades oficiosas se abrogue cargas probatorias que son de las partes, o que utilice esas facultades oficiosas para ordenar la evacuación de pruebas de hechos que, como se verá más adelante no son dudosos ni oscuros, con la intención de ayudar alguna de las partes, en el proceso de amparo constitucional.

De allí que, aunque la Ley especial de amparo expresamente prohíbe la recusación, ello no menoscaba el derecho que tiene la parte afectada, para solicitar al juez que aplique un control difuso de la norma, a los fines de que se inhíba argumentando que dentro del derecho a un juez natural, también, es exigible la garantía de la imparcialidad, pues esa garantía constitucional implica un juez predeterminado por la ley independiente, idóneo, e imparcial.

De este modo, si el juez no acepta inhibirse, es decir, omite inhibirse luego de haber utilizado facultades oficiosas probatorias exorbitantes, que pongan en tela de juicio su parcialidad hacia alguna de las partes, sin lugar a dudas, el camino procesal aconsejable a la parte perjudicada, es el ejercicio de una demanda de amparo constitucional para restablecimiento de la situación infringida, por lesión al derecho a ser juzgado por el juez natural, logrando como mandamiento que el juez sea excluido del conocimiento de la causa por estar comprometida su imparcialidad (ver en este sentido, sentencia de la Sala Constitucional nro. 2140 de fecha 07 de agosto de 2003, Caso: Milagros del Carmen Giménez).

En criterio de este investigador, el juez que recaba la prueba (como razón o argumento para demostrar algo), en este estadio del procedimiento, adelanta su inclinación a favor de una de las partes, en este caso, a favor del demandante de amparo, suciendo la carga que a éste, por ley, le corresponde de traer al proceso las pruebas de las violaciones alegadas en su demanda de amparo máxime cuando los hechos no han sido expuestos en su totalidad, pues no ha quedado trabada la *Litis*.

Ejemplo de esto podemos dar con el caso de *Directv*, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, amplió las medidas cautelares decretadas con la admisión de la demanda de amparo por derechos colectivos, sin que nadie se lo solicitara, cuyo contenido evidencia un ilimitado uso de la discrecionalidad de esta potestad, y aunque pudiera pensarse en el resguardo de un interés público, lo cierto es que en la motiva no existen tales razones ni tampoco un análisis de prueba que sustente ese decreto cautelar de ampliación (ver, decisión del 22 de mayo de 2020, nro. 64) donde -entre otras medidas- se ordenó a la Bolsa de Valores, suspender cualquier comercialización de título por parte de la empresa demandada. Y

como evidencia del exceso en que incurrió dicha Sala, y que las medidas cautelares fueron desproporcionadas, así como un adelanto de su posición en el caso, se observa el levantamiento de las mismas en reciente sentencia nro. 0241/2021 de la Sala Constitucional.

En este tema del poder cautelar del juez constitucional en los procesos de amparo constitucional, produce inquietud el hecho de la imposibilidad de ejercicio por parte del afectado con la cautelar decretada de oponerse a la misma, lo cual, ha basado la Sala Constitucional en la circunstancia de que, en estos procesos, no deben haber incidencias procesales pues se ha considerado que choca con la brevedad y celeridad que la Constitución impone para dichos procesos de tutela urgente.

Sin embargo, tal imposibilidad lesiona abiertamente el derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 constitucional, pues, nada obsta para que el órgano judicial abra un cuaderno de medidas donde ambas partes actúen en resguardo al debido proceso, igualdad y defensa, pues, es claro que en una gran cantidad de decisiones el juez ha otorgado cautelares que coinciden con la petición de fondo, y generan luego en el demandante un desinterés total por la resolución de fondo, al verse victorioso con la medida decretada incluso, con la ejecución de la misma, y la imposibilidad de oposición, con lo cual el demandado queda -en este supuesto- atado de manos y en absoluta indefensión.

Esta circunstancia puede ser corregida, bien delimitando la naturaleza de las medidas susceptibles de decretar o bien permitiendo la oposición a las mismas, para resguardar los derechos a la igualdad y defensa de las partes, así como limitando la actuación del juez a decretar a instancia de parte o de oficio las medidas cautelares que se estimen necesarias para precaver un posible restablecimiento, con la decisión de fondo, de la situación jurídica que se denuncia infringida, vetando al juez de la posibilidad de recabar

prueba para ser utilizada a favor del otorgamiento de la cautela, pues con ello pone en evidencia su inclinación hacia una de las partes, afecta su imparcialidad y viola la igualdad que debe reinar en todo estado y grado del proceso.

1.8.- Actividad probatoria oficiosa del Juez de amparo antes de la audiencia constitucional.

La Sala Constitucional ha sostenido en la sentencia nro. 522 de fecha 8 de junio de 2000, dictada con ocasión al caso Rafael Marante, la potestad probatoria oficiosa del juez constitucional antes de la audiencia oral y pública, así como la potestad de ordenar de oficio la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros, mediante autos para mejor proveer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988).

De dicha sentencia se deriva a favor de los jueces en los procesos de amparo constitucional, una ilimitada potestad oficiosa probatoria, como se desprende del trabajo “Límites de la actividad probatoria oficiosa del juez en el proceso laboral”, al referirse a la iniciativa probatoria oficiosa del juez antes y después de la audiencia (Acevedo, 2008, pp. 14-17).

Para referirse a este poder de iniciativa probatoria dentro del proceso de amparo constitucional, es importante partir del concepto de prueba, como “Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas” (Ossorio, 1973, p.625).

E, igualmente, es menester referirse a la regla de la Sana Crítica, toda vez que es el método de valoración usado por el juez constitucional, como lo ha referido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, en la sentencia nro. 7 del 1 de febrero de 2000.

En derecho procesal se designa así el medio de apreciación de las pruebas más difundido en la doctrina y ordenamientos modernos. Se opone al sistema de las pruebas legales y tasadas y, en cierto modo, es coincidente con el sistema de las libres convicciones.

Reglas de la sana crítica. Consiste en dejar al juez formar libremente su convicción para apreciar y valorar las pruebas, pero obligándole a establecer fundamentos de la misma. Además en la sana crítica entra en juego, el juicio razonado en la apreciación de los hechos. (Calvo, 2011, p.762).

Respecto a este principio de valoración probatoria, se encuentra un especial análisis del profesor Rivera (2008) quien, refiere que el jurista Jorge Fabrega en la obra Teoría General de la Prueba, coloca las siguientes características al sistema de la sana crítica:

a) El juez debe examinar la prueba racionalmente, con arreglo a las normas de la lógica y de la experiencia. b) La prueba debe haber sido practicada y aportada al proceso de acuerdo a las formalidades legales. c) Examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con los otros y examen en conjunto. d) Para que sean apreciadas las pruebas, se requiere que revista los elementos esenciales y que sean incorporados válidamente al proceso (p. 483).

Partiendo del concepto de prueba, y del significado de la sana crítica como principio de valoración probatoria en los procesos constitucionales como el amparo, puede señalarse que ese poder de iniciativa probatoria que se consagra como ilimitado según la jurisprudencia de la Sala Constitucional, esto es, desde el inicio del proceso de amparo al juez constitucional, que estriba en la posibilidad de que éste le solicite al actor o bien requiera de

algún ente u órgano, algún recaudo que lo ilustre sobre las afirmaciones del presunto agraviado en apoyo a su petición, incluso, le permite recabar el documento fundamental, conlleva -indefectiblemente- una sustitución de la carga procesal inicial que corresponde a éste como actor.

Lo anterior, evidentemente, no aplica cuando se trata de amparos contra normas autoaplicativas al operar el principio *iura novit curia*, pero, no pasa así con los amparos contra actos normativos donde el documento fundamental es el acto donde se aplicó la norma que se cuestiona y cuya consignación corresponde como carga procesal al demandante de amparo y, por ende, no debe el juez recabar en ejercicio de esa facultad oficiosa probatoria, tal acto impugnado.

Esta potestad oficiosa probatoria del Juez genera desde el inicio un desequilibrio procesal entre las partes, que afecta el derecho a la igualdad de las partes en el proceso, lo cual colide en forma franca con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), así como derecho al control de la prueba, como expresión del derecho a la defensa, pues, aun cuando, se pueda sostener que a dicha prueba le es aplicable el principio de comunidad de la prueba, según el cual una vez que los medios de prueba se introducen en el proceso, no son de uso exclusivo del promovente sino que, por el contrario, conforman parte integral del proceso en sí, ya al incorporar el propio administrador de justicia, antes de que queden establecidos los hechos controvertidos medios probatorios, genera una grave transgresión al debido proceso, pues son esos medios de prueba los que van a crearle a él como rector del proceso la convicción acerca de la verdad.

Así, por ejemplo, en un caso donde el agraviado establezca que se le cercena su derecho al libre tránsito por cuanto se le impide salir de su

vivienda, ya que el agraviante le bloquea su salida con maderas y palos, pero no promueve ninguna prueba de ello y el juez ordena de oficio una inspección a la vivienda, siendo precisamente, el argumento del agraviado por lo que resulta fácil inferir que el juez al ordenar la evacuación de oficio de esa inspección judicial, que no fue promovida por el demandante, lo está favoreciendo al asumir su carga probatoria.

Ahora bien, en referencia a este punto, algunos autores establecen que al desplegar el juzgador esta actividad, sea al inicio del proceso o durante la audiencia oral y pública, no se produce un favorecimiento a alguna de las partes, ya que ni siquiera el juez podía saber el resultado de la prueba de oficio, aunado a que la misma sería adquirida por el proceso, conforme al principio de comunidad de la prueba. Y adicionalmente, argumentan que lo importante es que, de esas pruebas oficiosas, se les otorgue a las partes la oportunidad para ejercer el control y contradicción de esa prueba oficiosa.

No obstante ello, este investigador es del criterio que, cuando el juez constitucional ejerce ese poder oficioso probatorio, al inicio bajo la justificación de un despacho saneador o antes de la audiencia constitucional, cuando aún no han quedado trabados los hechos controvertidos, rompe con el principio de igualdad de la parte, con el principio de imparcialidad, y el principio de la carga de la prueba.

Se considera entonces, que el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) que establece las facultades probatorias oficiosas en modo alguno puede romper el principio de igualdad de las partes dentro del proceso de amparo constitucional que, como antes señalamos, se encuentra previsto en el artículo 21 de la misma ley, por lo cual debe existir una interpretación armoniosa entre ambas disposiciones legales.

Se debe afrontar la realidad de que el juez venezolano en la actualidad no posee suficiente capacidad para asumir este enorme poder probatorio oficioso que, se estima, en forma excesiva le otorgó la Sala Constitucional en su interpretación normativa, ya que decidir sin reglas claras y específicas para proceder en forma inquisitiva siendo el Director del proceso, afecta el principio de igualdad entre las partes, el principio de la carga de la prueba y el principio del juez natural, dentro del cual se encuentra que el juez debe ser idóneo, independiente e imparcial; debiendo una interpretación ajustada a la realidad conducir al cumplimiento de esos principios y garantías constitucionales dentro de este proceso de naturaleza constitucional.

Ahora bien, distinto es el supuesto (excepcional) en el que al inicio alguna de las partes solicita al juez constitucional se evacúe una prueba que pueda desaparecer, motivando fundadamente dicha circunstancia, para lo cual, se considera, el juez constitucional está facultado para acordarlas a petición de parte, antes de la audiencia oral y pública, solo para el caso de que exista fundado temor de que el medio de prueba pueda desaparecer, y en consecuencia, sea urgente su evacuación antes de la audiencia oral y pública, para lo cual pudiera aplicarse por analogía lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal (2012, artículo 289) que se refiere a la prueba anticipada en el proceso penal, y que podría perfectamente aplicarse al proceso de amparo constitucional, por ser norma adjetiva supletoria.

Cabe aquí la mención a la sentencia nro. 1049, de fecha 30 de julio de 2013, emanada de la Sala Constitucional, que estableció con carácter normativo que los Jueces con competencia en materia penal, podrán emplear la práctica de la prueba anticipada para preservar el testimonio de los niños, niñas y adolescentes en juicio, ya sea en condición de víctima o en calidad de testigos, para lo cual deben solicitar previamente la opinión

motivada del Fiscal del Ministerio Público o de cualquiera de las partes. Lo mismo puede pasar en un amparo constitucional, incluso teniendo una participación más activa el Ministerio Público, como parte de buena fe.

Recabar una prueba es distinto que apreciarla, por ello la sana crítica debe servir al Juez constitucional para la calificación jurídica de la acción y para la valoración probatoria a la hora de decidir el caso, más no para la justificación del ingreso de las pruebas al proceso, donde son las partes quienes juegan un papel preponderante para la fundamentación de sus alegaciones, siendo el criterio de este investigador que este ingreso debe ser en la fase de promoción de pruebas, que pueda establecerse delimitada a la de evacuación y no como se reguló por la Sala Constitucional, en una sentencia en sustitución a la labor propia del legislador como órgano del Poder Legislativo Nacional, competente para adecuar las leyes a las necesidades de la población y a la realidad existente.

La Sala Constitucional no sólo ha interpretado en forma excesiva lo atinente al procedimiento para tramitar las demandas de amparo, pues generó un procedimiento de naturaleza dispositiva con altos toques de función inquisitiva en temas probatorios, y aunque no se tenga una visión *iuspositivista* sesgada, lo cierto es que esta mezcla lo que genera es un claro desequilibrio procesal, que deja en tela de juicio a la dama ciega que debe ser la justicia.

Desde el inicio de su funcionamiento, la Sala Constitucional con uso inadecuado de la facultad de interpretación consagrada en el artículo 335 constitucional, se arrogó un monopolio sobre la materia de amparo en el más alto tribunal de la República, excluyendo a las otras Salas del mismo Tribunal, al dictar la sentencia nro. 1, del 20 de enero de 2000, caso Emery Mata Millán lo cual choca abiertamente con el artículo 27 de la Constitución,

lo cual advirtió el Magistrado que salvó su voto en ese fallo, y lo ha hecho reconocida doctrina en la materia constitucional, por ejemplo lo afirmado por Brewer Carías (2011), al afirmar sobre ese fallo que la Sala Constitucional:

... interpretó erradamente los principios constitucionales resolvió concentrar exclusivamente en la propia Sala Constitucional, las competencias para conocer de las acciones de amparo que venían conociendo las otras salas, en única instancia, contra altos funcionarios nacionales, conforme al artículo 8o. de la Ley Orgánica de Amparo, o contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, así como las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas por esos mismos tribunales cuando conocieran de acciones de amparo en primera instancia (...). (p.)

Esta posición no niega la existencia de una disposición en la Constitución de 1999 a favor de la Sala Constitucional como máxima instancia de la jurisdicción constitucional, para establecer criterios vinculantes para ella y para todos los órganos judiciales de la República, en aras del afianzamiento de los principios de certeza, seguridad jurídica y uniformidad de la jurisprudencia (como puede referirse a título ilustrativo cuando sostuvo con carácter vinculante, que la limitación de folios para ejercer el recurso de control de legalidad en materia laboral, contraría la norma constitucional de acceso a la justicia).

Lo que no se comparte es el uso de esta potestad de interpretación vinculante para trastocar la esfera de competencia del órgano legislativo nacional, aun cuando la dinámica social, política, económica, cultural, entre otras, requiera se hagan reformas totales o parciales a leyes de la República, pues, ello debe hacerse con el cumplimiento de las formas establecidas en el Texto Constitucional para la formación de actos normativos; cumplimiento sin el cual el acto está afectado de invalidez, de lo cual compete conocer y ejercer dicho control a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

Justicia, que bajo la Constitución de 1961 ejercía la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

De allí, que se sostenga dentro de un proceso constitucional donde se debate la existencia o no de violación a derechos y garantías constitucionales, es cuando el juez debe abstenerse de sustituirse como lo permite la jurisprudencia de la Sala Constitucional en alguna de las partes para la obtención de la prueba respecto a la situación jurídica existente, pues tal y como lo reconoce dicha Sala en la sentencia nro. 522 del 08 de junio de 2000:

(...) la situación jurídica es un estudio fáctico en que se encuentra una persona debido a los derechos subjetivos o intereses jurídicos que considera tiene. Dicha situación es por ello subjetiva y se alega sin que exista declaración judicial previa alguna que la reconozca, pudiendo perderse tal situación jurídica sí por las vías ordinarias se la discute, ya que quien alega en el amparo, podría no tener el derecho o el interés en que funda la situación.

Esta afirmación que se hace no debe confundirse con la obligación que tiene el juez, de buscar la verdad de los hechos alegados, pero con el material probatorio aportado por las partes y que puede complementarse con aquel que, él como Director de ese proceso constitucional, pueda recabar si es necesario dentro de la fase probatoria, no antes de ella, poniendo sus conocimientos y máximas de experiencia, y con los límites claros.

Ejemplo de esta actividad probatoria oficiosa, a nuestro juicio abusiva antes de la audiencia oral y pública, la encontramos en decisión reciente de la Sala Constitucional del 14 de mayo de 2021, recaída en el caso Junta de Condominio del Centro Comercial Vista Place, donde luego de declararse competente para conocer de la demanda de amparo ejercida contra una sentencia de un Juzgado Superior, dictó un fallo para recabar información, fundamentándose en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre

Derechos y Garantías Constitucionales (1988) y en el artículo 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010).

Además, el juez como director del proceso debe apreciar todas las pruebas en el amparo bajo la sana crítica y no, como lo establece la Sala Constitucional, distinguiendo que las documentales se harán por la regla de la tarifa legal, y las demás pruebas por el sistema de la sana crítica, pues ello genera un proceso engorroso que choca abiertamente con la celeridad que debe imperar en la tramitación de este medio de protección diferenciada; ya que por ejemplo, si alguna de las partes, consigna un documento público, la forma de impugnación del mismo es a través de la tacha de falsedad, lo cual va a ocasionar una incidencia dentro del proceso de amparo constitucional, para el trámite procedimental de la tacha documental, no acorde con el principio de celeridad que caracteriza esta clase de procesos, y en franca violación de la normativa de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), que prohíbe las incidencias procesales dentro del proceso de amparo constitucional.

Los jueces de amparo tienen la obligación de señalar la forma en que se evacuarán las pruebas libres que hayan sido promovidas, por ejemplo, señalar la forma en que se sustanciará el desconocimiento o impugnación de una prueba libre como lo sería la reproducción impresa de un correo electrónico (ver, artículo 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil concatenado con el artículo 4 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas). Ello, por cuanto la omisión de este proceder que si es su obligación, genera el quebrantamiento de formas procesales, y un menoscabo del derecho a la defensa de las partes, no puede atribuirse la omisión de la evacuación a la parte, cuando el Juez como Director del proceso no ha establecido la forma de incorporar dicha prueba.

Sobre el ejemplo traído a colación la Sala de Casación Civil del Tribunal

Supremo de Justicia, ha sostenido que los correos electrónicos o *e-mail* que sean consignados en actas en formato impreso, con la finalidad de demostrar hechos alegados o refutados por las partes en juicio, deben ser valorados de conformidad con el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001) y el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil (1990) (sentencia del 1 de julio de 2015).

La circunstancia de estar en un proceso de naturaleza de interés público, no puede servir de excusa, para desconfigurar la cronología en que deben producirse los actos procesales en consecución de la verdad, pues esta búsqueda debe llevarse a cabo sin violar el principio de legalidad de los mismos, que garantiza el cumplimiento del debido proceso, como está consagrado en el artículo 49 de la Constitución, más cuando la Sala Constitucional ha desarrollado la tesis -por vía del artículo 335 constitucional- de la procedencia *in limine Litis* de las demandas de amparo, cuando los asuntos son de mero derecho, en sentencia nro. 993 del 16 de julio de 2013, caso Daniel Guédez Hernández; criterio que se ha desviado al ser aplicado a causas que, como su lectura denotan, no son de mero derecho, y requerían del cumplimiento de la etapa probatoria para la resolución del asunto acorde con la Constitución y la ley de la materia vigente.

En los procesos de amparo constitucional se plantea la violación de derechos y garantías constitucionales, con ocasión a la actuación u omisión de una persona natural o jurídica que afecta la situación jurídica de otra persona natural o jurídica, por ello se estima siempre existen hechos controvertidos, que generan la indefectible necesidad de la apertura a pruebas del proceso y el cumplimiento de esta fase en modo alguno debe chocar con el principio de celeridad que debe imperar en estos procesos de tutela urgente.

Por ello, se estima, al contrario de lo sostenido por la Sala Constitucional, que ningún amparo constitucional es de mero derecho, toda vez que no se trata de una acción objetiva de protección directa de la Constitución como lo es la acción de nulidad o de omisión por inconstitucionalidad de un acto u omisión, sino se trata de una acción subjetiva de protección de derechos y garantías consagrados en la Constitución, por eso se insiste requiere una reforma legislativa que tome en consideración estos aspectos procesales, donde la jurisprudencia buscando solución a la situación en concreto planteada, ha trastocado en varias oportunidades el principio de legalidad de las formas de los actos procesales.

Entonces, mantener como se ha venido haciendo la posibilidad de ejercer esa iniciativa probatoria oficiosa del juez constitucional antes de la audiencia constitucional e incluso antes de la admisión de la demanda de amparo, genera una desigualdad procesal en el aporte y control de los medios probatorios, que colisiona con la igualdad como derecho previsto en el artículo 21 constitucional y con la igualdad procesal expresamente regulada en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil (1990), norma supletoria aplicable a estos procesos por disposición del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988).

En reciente sentencia dictada el 14 de mayo de 2021 recaída en el caso Marcos Antonio Quevedo Urbina, con ocasión a la demanda de amparo incoada por éste contra el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, con ocasión de la presunta abstención de darle respuesta a su mandante sobre una solicitud de restitución internacional de su hijo, la Sala Constitucional dispuso, también, recabar información, y señaló como encargadas de recibir dicha información a dos magistradas del Alto Tribunal, quizá en este caso tendría algo más de relación con el interés público, recabar para decidir un caso que puede trastocar la esfera internacional,

aunado a la posibilidad de preservar el interés superior del niño.

El ejercicio de este poder probatorio oficioso del juez *ab initio* pone en tela de juicio su imparcialidad y objetividad para conocer, tramitar y resolver el asunto constitucional planteado, siendo importantes estos principios en este tipo de proceso, pues la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), prohíbe expresamente la recusación como fórmula de control de la capacidad subjetiva del juez. Además de que obra contra la celeridad y brevedad con que esta acción debe conocerse y decidirse, por lo que esa iniciativa oficiosa probatoria del juez antes de que quede trabada la *litis*, también colide con el hecho de la prohibición de incidencias en este tipo de proceso.

Por ello, se asevera con firmeza que la carga de la prueba de la existencia de las violaciones a derechos y garantías constitucionales corresponde al demandante, quien se identifica como agraviado y según la jurisprudencia de la Sala Constitucional debe en su solicitud de amparo, indicar los medios de prueba que se producirán en la audiencia constitucional, así como identificar al agraviante.

En ese sentido, el demandado es en la oportunidad de la audiencia cuando -según el criterio vinculante- deberá suministrar prueba, de que no existe tal violación o que los hechos narrados o las circunstancias descritas por el demandante no ocurrieron como este las ha planteado en su demanda de amparo, debiendo –en criterio de este autor- una futura reforma legal consagrar la posibilidad de escrito de contestación del demandado, si se quiere en un tono similar a lo dispuesto en lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988).

No obstante, puede preverse ese escrito de defensa del demandado, con la posibilidad de que en dicho escrito, el demandado promueva las pruebas en la cuales fundamente su defensa, como lo establece el artículo 24 de la ley orgánica que rige la materia, pero actualizando las formas de presentación de ese escrito de defensa, a las herramientas tecnológicas existentes en la actualidad, para que esa defensa contenida en la contestación de la demanda, luego sea desarrollada en la oportunidad de la audiencia oral y pública.

Este escrito en modo alguno contradice el principio de oralidad, porque como ya se señaló, debe presentarse en una fase anterior a la audiencia oral y pública, para que en este acto, al igual que el demandante, el agraviante, exprese en forma verbal sus alegatos y presente las pruebas que van a ser evacuadas en la audiencia oral y pública en caso de ser admitidas, así como pueda ejercer el control de la prueba ofrecida por el demandante, y viceversa, lo que es cónsono con lo pautado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009).

Por consiguiente, resulta necesario que la reforma legal tenga en consideración la igualdad de circunstancias para ambas partes, pues si bien en la sentencia vinculante donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, trata de adecuar el procedimiento de amparo constitucional a los principios constitucionales de inmediación, oralidad, celeridad y contradicción, deja en desbalance la situación del demandante frente al demandado, quien desde que es notificado tiene conocimiento de las pruebas ofrecidas por el demandante, mientras que éste, debe esperar hasta la oportunidad del acto oral y público para conocer las pruebas que promueva la parte demandada (lo que también sucede en el caso del amparo contra amparo), y en consecuencia, poder contradecir los alegatos y controlar las pruebas del demandado, de modo que en condiciones de

tiempo, existe una evidente desventaja para la preparación de la defensa así como para el ejercicio del control y contradicción de la prueba.

En criterio de este investigador, al ajustar el procedimiento a la oralidad, no puede significar que obre en desmedro de una de las partes, y se permita de alguna forma el factor sorpresa en un proceso donde se discute la existencia o no de vulneración a derechos y garantías constitucionales. Tampoco se pretende desconocer el interés público que subyace en este tipo de demandas, que en el fondo buscan salvaguardar la supremacía constitucional prevista en el artículo 7 constitucional, pero, justamente en la búsqueda de esa verdad procesal y en aras de garantizar la supremacía del Texto Fundamental, los jueces deben respetar el debido proceso constitucional.

Se estima de suma relevancia jurídica distinguir que, en materia de pruebas, los jueces y con mayor razón los que conocen de demandas de amparo constitucional, deben realizar tareas atinentes a su función de director del proceso, incluso pesquisante en la búsqueda de las fuentes de pruebas que determinan con precisión y exactitud la cuestión de hecho, pero, debe hacerlo respetando las etapas del proceso, para no enervar principios, derechos y garantías constitucionales en su labor de administrar justicia, y como el proceso debe ser instrumento para el logro de la misma, como bien lo indica el artículo 257 de la Carta Magna, el juez debe garantizar el debido proceso, la igualdad de las partes, la inmediación, la contradicción, el cumplimiento de los lapsos procesales y la imparcialidad como garantía del derecho al juez natural.

El juez constitucional al dirigir un proceso de amparo basado, entre otros principios procesales, por la oralidad debe cumplir varias etapas, que van desde recibir los alegatos y la promoción de las pruebas de las partes,

conservar las mismas en el expediente, el cual debe llevar de manera correcta la foliatura; pronunciarse sobre la admisión o no de la demanda, fijar el hecho o hechos controvertidos, evacuar las pruebas admitidas y valorarlas, donde juega un papel fundamental su autonomía, pero, no su arbitrariedad o abuso de poder, por ello contrario a lo que el maestro Cabrera y otro sector reconocido de la Doctrina (Rodrigo Rivera)“consideran respecto a la posibilidad del juez de interpretar los movimientos corporales y las actitudes de las partes o del público en la audiencia oral y pública como medios de prueba, se estima en relación a ese punto, con mucho respeto, que el Juez es un profesional del Derecho y no un profesional con conocimientos de psicología, por lo que suponer que puede descifrar o deducir de allí comprobaciones, es caer en aspectos de orden muy subjetivos que coliden con el principio de imparcialidad que debe reinar para la toma de decisiones ajustadas a derecho.

Anticiparse a la fase probatoria, sustituir lo que es la carga procesal del actor respecto al documento fundamental que debe consignar para apoyar su demanda e incluso otros recaudos en los que funda su pretensión, menoscaba –como antes se apuntó- el principio de presunción de inocencia referido a que una persona se presume inocente hasta que se pruebe lo contrario, que obra en estos casos para el señalado como agravante, pues, se anticipa a la fase probatoria donde deben respetarse las garantías constitucionales y legales para la promoción y evacuación, en aras del respeto al debido proceso a que se refiere el artículo 49 de la Carta Magna, al cual se ha referido expresamente la Sala Constitucional en la sentencia nro. 97 del 15 de marzo de 2000, recaída en el caso Agropecuaria Los Tres Rebeldes, como aquél proceso que reúne las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva.

1.9.- Fijación y celebración de la audiencia constitucional.

Al día siguiente de que conste en el expediente haberse practicado la última de las notificaciones, el tribunal fijará, mediante auto, el día y la hora en la cual tendrá lugar la audiencia constitucional, en dicho acto las partes expondrán en forma oral sus alegatos, teniendo el derecho a réplica o contrarréplica.

Al inicio de la audiencia constitucional, el Tribunal expondrá los términos de la solicitud de amparo y ordenará, si fuera el caso, la evacuación de las pruebas. Asimismo, deberá resolver cualquier incidencia en relación con el control y contradicción de la prueba. Las pruebas traídas *inaudita alteram parte* por el demandante deben ser ratificadas en la audiencia, precisamente para resguardar la tutela judicial efectiva, pues cuando fueron señaladas por el promovente, la contraparte, esto es el agraviante, no tenía conocimiento de ello, por lo que es necesario para garantizar el ejercicio del control y la contradicción de la prueba y con ello salvaguardar el derecho a la defensa, la ratificación de los medios probatorios en la oportunidad procesal antes señalada por parte del agraviado.

En todo caso, si no fuere suficiente la audiencia fijada para agotar el debate, ésta continuará en la oportunidad que fije el Tribunal y así cuantas veces fuere necesario hasta agotarlo.

La actuación del juez no sólo es ilimitada en el ejercicio de esa facultad oficiosa probatoria, sino que es discrecional en lo que respecta a la publicidad del acto oral y público, pues ha sostenido la Sala Constitucional en sentencia nro. 2489 del 18 de diciembre de 2006, recaída en el caso Henrique Capriles Radonski, que el acceso de cámaras de televisión en las audiencias será discrecional del juez, sin que la negativa de la misma

implique que se esté vulnerando la garantía de la publicidad de la audiencia.

Asimismo, la inasistencia a la audiencia constitucional de la parte demandada produce los efectos previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) que refiere a la aceptación de los hechos denunciados, y la incomparecencia de la parte demandante se entenderá como desistimiento de la demanda y se dará por terminado el proceso, a menos de que el Tribunal considere que el asunto afecta al orden público.

Sobre el alcance de la noción de orden público en el amparo, la Sala Constitucional ha sostenido en sentencia nro. 1207 del 6 de julio de 2001, recaída en el caso Ruggiero Decina y otros, que se refiere a la amplitud en que el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes. Por ello en casos donde un agraviado alega que un hecho, actuación, omisión o amenaza ocasionó una supuesta violación constitucional a su persona, sólo se consideraría de orden público, a manera de excepción de las normas procedimentales de los juicios de amparo, cuando el Tribunal compruebe que, en forma evidente, y a consecuencia del hecho denunciado por el accionante, se podría estar infringiendo, igualmente, derechos o garantías que afecten a una parte de la colectividad diferente a los accionantes o al interés general, o que aceptado el precedente resultaría una incitación al caos social, si es que otros jueces lo siguen.

Como se ha visto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sostiene una amplia facultad probatoria, como también se observa era la inquietud de la doctrina antes de la entrada en vigencia de la ley que rige esta materia, porque autores como Santana (1985) al referirse al amparo

constitucional y su medio probatorio, indicó lo siguiente:

En materia probatoria debe consagrarse en el órgano una suficiente capacidad de escrudñar, por cualquier medio, la situación o las circunstancias, trayendo cualquier fuente de prueba mediante mecanismos que aseguren el control por los interesados y que logre la comprobación de la verdad en el caso. En todo momento debe estar en capacidad de interrogar a los interesados o terceros conocedores, sin que existan fueros que eximan de ese deber, de solicitar y obtener informaciones de particulares, de practicar reconocimientos y ordenar pericias y de recolectar cualquier clase de documentos o rastros. Debe haber forma de acercarse a los hechos mediante los estudios necesarios de entes o personas capacitadas y dedicadas al análisis de este tipo de problemas, que puedan determinar sobre el aspecto cautelar o definitivo del asunto (p. 91).

Por ejemplo, podría ser el que se ordene antes de dictar la decisión, escuchar la opinión dada por un niño, niña o adolescente, para su debida apreciación, como lo hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia nro. 900 del 30 de mayo de 2008.

No obstante, luego del transcurrir de los años, de que aún permanece vigente una ley que quedó obsoleta por responder a otro momento social, histórico, económico y a un tiempo constitucional distinto, incluso la sentencia nro. 522/2000, ya que han transcurrido desde su pronunciamiento más de 20 años, junto con los hechos de la actualidad referidos a las medidas sanitarias por el Covid-19, los avances tecnológicos y la realidad de la sociedad, exigen y así firmemente se estima, que -en los procesos de amparo constitucional- donde su principal característica debe ser dar tutela en forma urgente, deben respetarse las fases del proceso y; en consecuencia, debería reformarse la ley, en búsqueda de una modificación del procedimiento para conocer, tramitar y decidir las demandas de amparo constitucional para ajustarlo a las necesidades actuales y al respeto de las garantías y principios constitucionales.

En esta reforma de la ley especial de la materia desde el órgano legislativo nacional, se considera importante que se tome en cuenta que, si bien en la actualidad, no se ha prohibido ninguna prueba, lo cierto es que debe quedar claro en las modificaciones que se hagan a dicha Ley, lo concerniente a que los medios de prueba promovidos deben ser acordes con la brevedad y celeridad que requiere este proceso de naturaleza constitucional, por lo que las pruebas que sean de difícil evacuación por el tiempo que las mismas conllevan o la dificultad de su realización, se declararán inidóneas o impertinentes para este tipo de procesos.

Así mismo, debe quedar claramente determinado en desarrollo a lo dispuesto en el artículo 49 constitucional que las partes deben tener una etapa para –en igualdad de condiciones de tiempo- promover pruebas para ejercer su defensa y acceder a las de la contraparte, con el fin del control y contradicción de las mismas por los medios que la ley disponga.

Por ello, debe establecerse en el procedimiento que se innove, que la actividad o iniciativa probatoria oficiosa del juez sólo es posible en la fase correspondiente a la audiencia oral y pública para complementar o bien para aclarar los hechos dudosos u oscuros, antes de dictar el fallo correspondiente, sin que pueda el juez sustituirse en la parte demandante recabando al inicio del proceso de amparo, una prueba del hecho alegado; o bien que se use con posterioridad a la culminación de la audiencia, como ha pasado en infinidad de causas, y se quede en suspenso la resolución, al haber dictado un auto para mejor proveer, al no verificarse la efectiva ejecución de la prueba ordenada en el mismo.

En el procedimiento actual, una vez concluido el debate, el tribunal decidirá inmediatamente y anunciará oralmente los términos del dispositivo

del fallo, si -con la intervención de las partes- hay confesiones expresas o bien con lo aportado queda suficientemente enterado para resolver el fondo del asunto planteado.

De manera que, si no hay hechos dudosos u oscuros, el Juez no debe utilizar sus facultades oficiosas en materia probatoria dentro del proceso de amparo constitucional en estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988). Ahora bien, si existen hechos dudosos u oscuros, debe motivar en el auto que dicte, cuál o cuáles medios probatorios requieren ser evacuados, para aclarar tales hechos dudosos u oscuros. Por ejemplo, si los hechos quedaron claramente comprobados, no puede llamar a testigos para confirmar lo probado, si previamente no motiva sobre cuáles hechos oscuros o dudosos estos vendrían a deponer.

Por ejemplo, podría suceder dado el uso de las herramientas de la tecnología y, en especial, la digitalización de documentos, que el juez constitucional, antes de calificar su valor probatorio, se encuentre con situaciones dudosas o insuficientes respecto al documento probatorio digital, en cuyo caso, podrá ejercer esta facultad probatoria oficiosa, para tener la certeza jurídica de la viabilidad y coincidencia del documento digital frente al documento fuente.

Por ello, es importante tener en cuenta que en materia de violación del derecho a probar, es posible la revisión constitucional de los fallos proferidos en un proceso de amparo constitucional, así lo ha sentenciado la propia Sala Constitucional con base en lo dispuesto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución, al observar que un juzgado procedió a dictar la sentencia de mérito sin que constara en autos los resultados de los informes solicitados, la causa pasó al estado de dictar sentencia sin la respectiva evacuación de

dicha prueba, la cual fue admitida en el *iter* procesal correspondiente, lo cual sin lugar a dudas vulneró el derecho a la defensa del accionante en amparo.

Se piensa así, porque si al utilizar sus facultades oficiosas ayuda a una de las partes, rompe el principio de igualdad establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), según el cual “en la acción de amparo los jueces deberán mantener la absoluta igualdad entre las partes y cuando el agraviante sea una autoridad pública quedarán excluidos del procedimiento los privilegios procesales”.

Si las partes promovieron prueba suficiente, no hay necesidad para evacuar ninguna prueba a través del ejercicio de esas facultades oficiosas, lo contrario sería romper con el principio de legalidad y también el de celeridad, al generar en el proceso un retardo en su conclusión.

No obstante, si existe un hecho dudoso u oscuro, el Juez deberá motivar la necesidad de la evacuación de esa prueba, porque no sólo puede quebrantar el principio de igualdad sino el de imparcialidad y; en consecuencia, lesionar sin lugar a dudas el debido proceso establecido en el artículo 49 constitucional.

Así, a título ilustrativo se tiene que la Sala Constitucional en decisión nro. 680 del 9 de julio de 2010, para decidir una apelación en un proceso de amparo contra la decisión que negó la medida de libertad condicional, acordó oficiar al Juzgado en Funciones de Ejecución, para que dentro del lapso fijado remitiera informe detallado del estado actual del proceso de ejecución del penado, advirtiéndole de que el incumplimiento a ese requerimiento, se sancionaría con multa establecida en el artículo 23, numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010). Igualmente, estimó

necesario notificar a la defensa del accionante, para que informase sobre las condiciones de salud reales de su defendido.

En este punto, es interesante la lectura del Código Orgánico Procesal Penal (2012) que -en un proceso también de orden público y de interés público- establece que estas facultades oficiosas sólo pueden ser ejercidas para hechos nuevos, y de acuerdo al artículo 342, el Tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

De allí que, es perentoria, la reforma de la ley que atienda a ajustar el procedimiento al cumplimiento de los principios procesales constitucionales, en estricto apego al Texto Fundamental, pues son numerosas las causas donde los jueces de amparo constitucional en forma errada hacen uso de esa potestad probatoria oficiosa prevista en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), poniendo en tela de juicio su imparcialidad, rompiendo la igualdad de las partes y colocándose en riesgo de ser denunciado ante la Inspectoría General de Tribunales, por incurrir en alguna de las causales referidas en el Código de Ética del Juez y Jueza Venezolana.

Culminada la audiencia constitucional, el texto íntegro del fallo deberá ser publicado dentro de los cinco días siguientes. El mandamiento de amparo deberá cumplir las siguientes exigencias formales, conforme a lo pautado en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988):

1. Mención concreta del agravante;
2. Determinación precisa de la orden a cumplirse, con las especificaciones necesarias para su ejecución;
3. Plazo para cumplir lo resuelto cuando la naturaleza del mandato de la decisión impida su ejecución inmediata.

Esta fase del procedimiento cobra importancia para este estudio, pues siendo el amparo una acción de tutela de derechos y garantías constitucionales donde su principal característica es ser atendida con eficacia la denuncia formulada, estimamos que ante una ley que data de 1988, y una jurisprudencia vinculante de más de veinte años, se debe reformular el procedimiento y hacerlo cónsono con el rasgo principal de ser una vía de tutela judicial urgente.

Como, efectivamente, hasta ahora en este proceso no se admiten incidencias procesales como la regulación de competencia, la recusación, cuestiones previas, entre otras, se considera debe limitarse la potestad probatoria oficiosa del juez, únicamente, como complemento al momento del acto oral y público donde luego de obtener de las partes, sus alegaciones y pruebas, puede ejercer su poder de dirección para complementar la información, a los fines de dictar una sentencia apegada a derecho, ya que permitir que queden cabos sueltos en esa fase, donde la intermediación y la contradicción juegan un papel preponderante, sería como absolver la instancia, lo cual involucra no solo su responsabilidad sino su ética a la hora de juzgar.

Siendo preciso resaltar lo señalado por Farías (2005), referente a la imparcialidad del juez, a saber.

La justicia como sistema más que un poder que se ejerce, es un servicio que se presta a la sociedad. La esencia del concepto consiste, por lo tanto, en considerar la obligación de servir como el fin de la facultad jurisdiccional, mientras el poder, formado por la autoridad que la ley le confiere, es un medio al servicio del cumplimiento de esa finalidad fundamental.

El tema de la imparcialidad es un principio básico, toda vez que concierne a la esencia de la función judicial tanto como a la posibilidad concreta de su adecuado funcionamiento. La

independencia es externa, en la medida en que ninguna influencia extraña, ni pública ni privada, debe interferir en la realización del acto soberano de juzgar y dictar sentencias.

Quizás su expresión más sensible e importante sea la independencia interna, en tanto que el superior jerárquico del juez, no debe decidir bajo ningún punto de vista en la autonomía de quien debe decidir (p. 222).

En atención a ello, se estima importante la celeridad como principio procesal en estos procesos, precisamente vinculado a la inmediación y recepción del juez del arsenal probatorio de los hechos, que decida con esas exposiciones frescas, aunque éstas se graben y guarden en un soporte material para su posterior reproducción, pero la vivencia del momento le permite analizar el caso con todas sus aristas y sentenciar con lo acontecido en ese debate oral y público, en forma clara y precisa, sin lugar a tergiversaciones o confusiones.

Por eso, se sostiene que esa iniciativa probatoria oficiosa del juez no debe producirse antes de que la *Litis* quede trabada, pues para buscar esa verdad los hechos deben haber quedado establecidos por las partes, ya que la facultad oficiosa probatoria sólo se puede materializar ante la existencia de hechos dudosos u oscuros, en consecuencia, antes de la audiencia oral y pública, no pueden existir hechos dudosos u oscuros, ya que la parte demandada promueve sus pruebas en la oportunidad de la audiencia oral y pública. Y de requerirse la preservación de una prueba por temor fundado de que la misma pueda desaparecer, pues será a requerimiento fundado de la parte, que el juez podrá evacuar una prueba en forma anticipada, como se explicó anteriormente.

Adicionalmente, como refuerzo de la argumentación anterior, dentro de la audiencia oral y pública las partes pueden admitir hechos, y en este sentido ya no pueden ser el mismo objeto de prueba, ya que la prueba es solamente sobre los hechos controvertidos.

Por ello, al utilizar la facultad oficiosa probatoria antes de la audiencia oral y pública cuando aún no existen hechos controvertidos, afecta la imparcialidad y la objetividad del juez, la igualdad de las partes, y violenta la presunción de inocencia del demandado, tal y como se expresó con anterioridad.

En este mismo orden de ideas, el juez para ejercer su función de administrar justicia lo debe hacer en forma expresa, precisa y positiva de acuerdo a lo alegado y probado por las partes, lo cual es un requisito fundamental de validez de una sentencia, como se desprende de lo establecido en el artículo 243, ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil (1990), aplicable en forma supletoria de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

De allí que, la sentencia de amparo definitivamente firme que esté afectada de tal vicio de nulidad, puede ser perfectamente impugnada a través del ejercicio de la solicitud de revisión constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al encuadrar en el supuesto establecido en el artículo 25, numeral 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), como ocurrió por mencionar un ejemplo en la sentencia nro. 699 del 4 de junio de 2015, en la cual se anuló la sentencia de amparo objeto de revisión constitucional por haber incurrido en un exceso, al igual que la decisión de primera instancia, al entrar a decidir la acción de amparo sin tomar en consideración el alegato del señalado como agravante sobre su falta de cualidad para ser demandado, y que fue fundamentada en la legislación vigente.

1. 10.- La sentencia de amparo y sus efectos.

La sentencia firme de amparo producirá efectos jurídicos respecto del derecho o garantía objeto del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente correspondan a las partes.

La desestimación de la demanda de amparo no afecta la responsabilidad civil, penal o administrativa en que hubiese podido incurrir el autor del agravio, ni prejuzga sobre ninguna otra materia.

El mandamiento de amparo deberá ser acatado por todas las autoridades de la República o los particulares. En caso de incumplimiento, se incurrirá en desacato a la autoridad, respecto a lo cual también la Sala Constitucional ha establecido un procedimiento por vía de jurisprudencia normativa en la sentencia nro. 245 del 9 de abril de 2014, al señalar el carácter jurisdiccional del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual se ha aplicado en distintas oportunidades, incluso su poder abusivo ha sido objeto de control por vía de la consulta prevista para las decisiones de instancia, como se puede observar (en sentencia nro. 27 de julio de 2015).

Este es otro de los motivos de peso que deben llevar al órgano legislativo nacional a una revisión urgente de la ley vigente, de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la realidad existente para adecuar y dictar una normativa clara que reúna en un solo cuerpo un procedimiento célere para conocer, tramitar y decidir las demandas de amparo, así como las disposiciones que regulen las situaciones como las originadas con la ejecución de los fallos, y su posible incumplimiento como lo es el desacato a la orden impartida en la sentencia que decreta el mandamiento de amparo.

Se estima un punto también delicado y que debe ser revisado, referido a la potestad abiertamente discrecional, que el juez constitucional tiene en la decisión pronunciada, de hacer la calificación de la demanda de amparo constitucional como temeraria, lo cual ha sido analizado por la Sala Constitucional, entre otras, en sentencia nro. 955 del 16 de junio de 2008, la cual ratificó lo sostenido en las sentencias nros. 1455 del 29 de noviembre de 2000 y 2754 del 01 de diciembre de 2004, con imposición de sanciones, por ejemplo el de un día de arresto y remisión al Tribunal Disciplinario de la copia del fallo por ser el actor, abogado y haber actuado en nombre propio como lo dispuso en sentencia nro. 1621 del 24 de octubre de 2008.

Igual consideración se tiene respecto a la posibilidad que tiene el juez constitucional de calificar el desistimiento como malicioso, pues es netamente discrecional dicha calificación, sujeta únicamente a su sano criterio (v. sentencia nro. 831 del 27 de julio de 2000), sin que se haya previsto que el sancionado por tal declaratoria, ejerza previamente a esa calificación su derecho a la defensa, lo cual viola flagrantemente el artículo 49 constitucional.

1.12.- Recursos procesales.

Contra la decisión dictada en primera instancia se oirá apelación en un solo efecto, dentro del lapso de tres (3) días siguientes a la publicación del texto íntegro de la sentencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) y la interpretación que sobre dicho artículo realizó la Sala Constitucional en la sentencia nro. 501 del 31 de mayo de 2000, recaída en el caso Seguros Los Andes, S.A.

Ese lapso de tres (3) días para apelar deben ser computados por días

calendarios consecutivos, excepto los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santo, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales y los declarados no laborables por otras leyes, ello a los fines de salvaguardar el derecho a la recurribilidad de las sentencias y a la defensa (ver, sentencia nro. 69 del 10 de febrero de 2009).

Dicha disposición preveía la consulta obligatoria, la cual fue suprimida por la Sala Constitucional, en sentencia nro. 1307 de fecha 22 de junio de 2005, dictada en el caso Ana Mercedes Bermúdez, lo cual si bien atendió al recargo significativo de causas, que conllevaban un retardo procesal mayor de dicha instancia judicial, lo cierto es que tal derogatoria en criterio de este investigador, debió ser efectuada por el medio constitucional y legal previsto para ello, como lo es la reforma de ley, con el cambio parcial en la disposición que la consagra; o a través de la nulidad por inconstitucionalidad de dicho artículo, pues su consagración en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), obedeció al resguardo del principio de doble instancia en un proceso de protección constitucional cuya naturaleza es de orden público.

De allí, que la supresión de esta garantía compete al Poder Legislativo Nacional y no a la gama de desarrollo garantista que puede ejercer la Sala Constitucional a través de la jurisdicción normativa que le atribuye el artículo 335 de la Carta Magna.

La segunda instancia en amparo, sólo es posible cuando se ejerce el recurso de apelación, siendo necesario que el tribunal de la primera instancia remita junto a los autos de la misma, el cómputo de los días transcurridos, para que la alzada pueda verificar la admisibilidad de la misma (ver, Sentencia N° 221 del 28 de febrero de 2008 que ratifica la N° 3027 del 14 de octubre de 2005).

Ejercida la apelación, la parte recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en sentencia nro. 442 del 4 de abril de 2001, dictada en el caso Estación de Servicio Los Pinos S.R.L., contará con un lapso preclusivo de treinta (30) días a partir del recibo de las actas procesales por la alzada para fundamentar, de manera facultativa, el recurso de apelación, lapso que tiene el tribunal de alzada para sentenciar.

Dentro de ese lapso, se debe argumentar lo conducente a favor o en contra del fallo de primera instancia, siendo criterio de este autor, que las pruebas en la segunda instancia de un proceso de amparo constitucional, deberán traerse en ese lapso y no deberían versar sobre los hechos que debieron demostrarse en primera instancia, sino sobre hechos relacionados con la causa que permitan al juez confirmar la declaratoria de nuevas violaciones.

Si se ofrecen en segunda instancia nuevas pruebas sobre los mismos hechos denunciados y ya el juez de primera instancia ha declarado con lugar el amparo, dado que lo que buscaría demostrarse con estas pruebas sería que la situación jurídica lesionada y protegida por el mandamiento se mantiene igual.

Por el contrario, si se traen pruebas para demostrar que ya ese hecho lesivo no existe, esto es, si el agravante incorpora pruebas en segunda instancia que demuestren a este nuevo juez que la lesión ya no existe, indefectiblemente ello conllevaría a declarar la inadmisibilidad al constatarse que cesó la violación.

Por ello, el juez de segunda instancia está llamado a revisar la sentencia de primera instancia no el proceso en sí, por lo que no debe convertirse en primera instancia y permitir promover pruebas sobre los

mismos hechos, pues para ello tomamos ejemplo de lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) que prevé los trámites en segunda instancia, señalando un lapso para recibir alegatos y para decidir, y excepcionalmente permitiendo llamar a una audiencia cuando la complejidad del caso así lo requiera.

De allí que esa norma que es de aplicación supletoria ante el máximo Tribunal de la República bajo un término amplio como lo es la complejidad del caso, llamar de nuevo en segunda instancia a las partes para un acto oral y público, pero esto es la excepción no la regla, ejemplo de ello lo hizo la Sala Constitucional en sentencia nro. 0004 del 3 de febrero de 2021 (ver voto salvado), creando inseguridad jurídica, pues para un caso en concreto cambia en forma irregular el procedimiento establecido por ley y reformado por ella misma en la sentencia vinculante referida al inicio de este estudio. Lo que a todas luces, crea una clara desigualdad entre los amparos, ya que dependiendo del tribunal competente se aplicará una norma u otra, es decir, si conoce la Sala Constitucional, será posible utilizar como ley supletoria la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pero si conoce otro tribunal, solo le es permitido aplicar lo concerniente a la Ley Orgánica de Amparo y el Código de Procedimiento Civil de manera supletoria.

Tampoco se considera que ese juez de alzada deba ingresar nuevas pruebas sobre los mismos hechos, sino que esa posibilidad de las partes de probar debe ceñirse a algún hecho nuevo dentro del mismo proceso de amparo, para demostrar lo antes explicado o bien, para denunciar que la contraparte o un tercero, generó otras lesiones, lo que pueden dar lugar más bien al llamado amparo sobrevenido.

Este amparo sobrevenido es aquel que se ejerce contra las actuaciones de las partes, de terceros, de auxiliares de justicia o de funcionarios judiciales diferentes a los jueces, cuando las violaciones a derechos y

garantías constitucionales surgen en el curso de un proceso. Que se haga referencia en este punto, no quiere decir que este tipo de amparo se pueda ejercer sólo en segunda instancia, pues en la primera instancia también puede acontecer lo referido.

A título ilustrativo, podemos mencionar la sentencia nro. 639 del 22 de junio de 2010, donde se ejerció un amparo contra la Secretaría del Tribunal, el juez que esté conociendo la causa, es quien lo sustanciará y decidirá en cuaderno separado.

En un proceso de amparo constitucional, la Sala Constitucional ha estimado que no existe violación al derecho a la defensa de las partes, de un juez de segunda instancia que ordenó la evacuación de una inspección judicial, producto de la solicitud de una de las partes en dicho proceso, pues consideró que se encontraba dentro del lapso para decidir y ambas partes estaban a derecho (ver, sentencia nro. 341 del 26 de marzo de 2001).

Ahora bien, es distinta la situación cuando ante el juez de alzada, lo que se quiere demostrar es que la decisión de primera instancia que declaró inadmisibile el amparo incoado –sin haberlo tramitado- no está ajustada a derecho, para ilustrar a la segunda instancia que no se encuentra la demanda incurso en la causal señalada por el tribunal *a quo*. En este supuesto, estimamos que, de demostrarse la admisibilidad, debe reponerse la causa al estado de que el juez de primera instancia decida dar trámite al amparo, no siendo posible que la alzada al conocer la apelación sobre la inadmisibilidad, para ahorrar tiempo, decida sobre el fondo del asunto planteado, pues ello quebrantaría el principio de la doble instancia, de la recurribilidad de las decisiones, y por ende la defensa de las partes en el proceso.

El ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva como se infiere del artículo 26 constitucional abarca además del derecho de acceso a la justicia, y el de obtener una sentencia ajustada a derecho y una efectiva ejecución, el derecho a alegar y probar con los límites impuestos por el legislador.

Establecer mecanismos tecnológicos, no puede conllevar a la restricción del derecho a la defensa de la parte, sea agraviada o agraviante, el sistema virtual que se implemente para el procedimiento de amparo constitucional debe garantizar los derechos a una tutela judicial efectiva de los justiciables, la imparcialidad y la igualdad para actuar en el proceso, máxime cuando se trata de un medio extraordinario, que conforme a la Constitución debe ser breve y eficaz.

En el sistema de carga procesal, las partes deben suministrar al juez las pruebas para demostrar la verdad de sus alegaciones, y quien no las suministre no está colaborando con la búsqueda de esa verdad.

Las reglas de la sana crítica son garantía de idónea reflexión, son "...unas reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia" (Couture 1978, p. 195).

Esa actividad oficiosa del juez debe, en garantía a los principios de seguridad jurídica, imparcialidad e igualdad de las partes en el proceso, tener un límite preciso, pues de hacerlo en cualquier momento podría generar – como ya se señaló- indefensión a una de las partes, al impedir el ejercicio del debido proceso, soslayar una posible contradicción y con ello afectar la valoración de la misma por un juez que puede poner en tela de juicio su imparcialidad como constitucionalmente está previsto para que se cumpla la

garantía a ser juzgado por el juez natural (artículo 49, numeral 4 de la Constitución), así como atentar contra la seguridad y certeza jurídica.

El proceso debe ser el medio a través del cual se logre la justicia, gozando de todas las garantías que la Constitución y las leyes de la República otorgan.

Estimamos que se puede trabajar en un proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que se ajuste a la realidad actual, desde el punto de vista tecnológico con el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) como nuevas herramientas que brindan la informática, a través de la internet; social; cultural, de salud, de la economía, imponiendo cambios en la forma de tramitar este medio judicial de protección constitucional, de suma importancia, que debe caracterizarse no sólo por su brevedad y eficacia, sino en el proceso marco de respeto de los principios constitucionales al acceso a los órganos de justicia, a la igualdad de las partes, al debido proceso, a la legalidad y formas de los actos procesales, a la imparcialidad de los jueces, a la inmediación, contradicción, control de las pruebas, y efectividad en la ejecución de la decisiones, pero para ello debemos adentrarnos como ya señalamos en el estudio empírico de nuestra realidad judicial, para que la actualización y ajuste del procedimiento no sea generador de incertidumbre jurídica ante la expectativa plausible del justiciable de obtener una sentencia ajustada a derecho.

CAPITULO II

SELECTIVIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Abordar el tema de la prueba en el procedimiento de amparo constitucional reviste cierta complejidad, pues, si bien es cierto hay actividad probatoria; la misma se ve limitada por varios factores, como son la naturaleza de la acción de amparo en relación a la urgencia del proceso por ser una acción tutelar de emergencia. En este sentido, sólo se pueden promover y evacuar medios probatorios que se consideren necesarios para la resolución de la controversia, siempre que no generen una demora en el proceso.

Así las cosas, es preciso traer a colación que el amparo debe ser entendido como:

...una acción de carácter extraordinario, por lo que su procedencia está limitada sólo a casos en los que sean violados a los solicitantes de manera directa, inmediata y flagrante derechos subjetivos de rango constitucional o previstos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, para cuyo restablecimiento no existan vías procesales ordinarias, eficaces, idóneas y operantes". (Sentencia N° 80, Sala Constitucional, 09/03/2000)

De una manera similar, es considerado como un medio procesal que tiene por objeto asegurar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. (Zambrano, 2007, p. 77). En ese sentido, el amparo se erige como el mecanismo para garantizar la protección a los ciudadanos,

frente a la violación o amenaza del ejercicio y goce de un derecho constitucional de la restitución de la situación jurídica infringida, o por lo menos de la que más se asemeje a ella.

Por consiguiente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dejado sentado que la naturaleza de la acción de amparo está concebida como una protección de derechos y garantías constitucionales, por lo que el ejercicio de la acción está reservado para restablecer situaciones que provengan de las violaciones de tales derechos y garantías. (Sentencia N° 657, Sala Constitucional, 04/04/2004) Siendo que la misma Sala ha establecido que la sentencia de la acción de amparo es restitutoria, por consiguiente:

Sin que exista la posibilidad de que a través de ella, pueda crearse, modificarse o extinguirse una situación jurídica preexistente, en razón de lo cual, la acción de amparo no procede cuando no pueda restablecerse la situación jurídica infringida, esto es cuando no puedan retrotraerse las situaciones de hecho a la condición que poseía antes de producirse la violación denunciada. (Sentencia N° 2933, Sala Constitucional, 10/10/2005).

En efecto, como se sabe, en este tipo de procesos el juez en rigor no declara el derecho, sino que se encarga de verificar su amenaza o violación y en función de eso determina la medida que resulte más aplicable al derecho fundamental involucrado. Desde esta perspectiva, la controversia está dirigida, en primer lugar, a determinar la presencia del acto lesivo al derecho fundamental y, en segundo término, sobre la base de ello, decidir la medida que permita cautelar su vigencia efectiva.

Así las cosas, la acción de amparo está prevista en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009), que reza:

Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías

constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto....

Siendo que el constituyente estableció la necesidad de que el procedimiento para el trámite de la acción de amparo constitucional sea prioritario sobre cualquier otro asunto, por la urgencia de restituir el goce de un derecho constitucional, ordenando que el referido proceso sea expedito, oral, público, gratuito y sin formalidades.

De hecho, normativamente, el proceso de amparo es un proceso de tutela urgente y perentoria, pero nada de ello quiere decir que su finalidad sea, por antonomasia, impedir que la actuación probatoria comprometa ese carácter de urgencia. La finalidad de los procesos de tutela de derechos es, y sigue siendo, uno de configuración positiva: proteger el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y a ella debería reconducirse toda restricción que se le oponga. Lo contrario es entender al proceso constitucional como un fin en sí mismo, y no como lo que en realidad es: un instrumento al servicio de los derechos fundamentales. (López, 2012, p. 1).

2.1.- Facultades del Juez de Amparo

Como es sabido, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional interpretó el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reformando el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), a través de sentencia de carácter normativo N^o.7 del 01 de febrero de 2000, recaída en

el caso José Amado Mejía, adaptándolo a la vigente Constitución, sobre todo a los principios del proceso oral, contemplados en los artículos 26 y 27 constitucionales, y en particular al principio de inmediación que rige los procesos orales. Estableciendo dos procedimientos, el primero es el aplicable al amparo contra sentencia, en el cual las formalidades se reducirán al mínimo, exigiendo como medio de prueba fundamental la copia certificada de la decisión contra la cual se ejerce el amparo, o por lo menos la copia simple con la obligación de presentar la certificada el día de la audiencia; y el segundo hace alusión al resto de las modalidades de amparo. (Sentencia N° 7, Sala Constitucional, 01/02/2000)

En ese sentido, resulta pertinente resaltar que este procedimiento de amparo constitucional, además de adaptarse a los postulados constitucionales, prevé unas innovaciones referentes a las facultades probatorias de las partes y del juez, las cuales constituyen cambios significativos en cuanto al principio dispositivo que rige los procesos en Venezuela, pero más aún al otorgarle al juzgador amplios poderes probatorios oficiosos, como consecuencia del principio inquisitivo.

En ese sentido, el principio inquisitivo convierte al juez en director del proceso judicial, para dejar de ser un simple operador jurídico. Este principio inquisitivo tiene gran importancia por cuanto permite al juez desplegar “*sus conocimientos y experiencias jurídicas, sus capacidades, su cultura general, en otras palabras, es aquí donde trasciende la “silueta” del juez director del proceso como operador decisivo del mismo*”. (Badell, 2020, p. 445).

Lo que se justifica desde la óptica que la consecución de la justicia es uno de los fines y valores del Estado, por ende no puede estar supeditada la administración de justicia a la actividad de las partes, ciertamente, las facultades oficiosas que se conceden al juez en los procesos constitucionales, con especial referencia a la acción de amparo, tiene sus

límites en los principios constitucionales que regulan el proceso como es el caso del derecho a la defensa y el debido proceso entre otros, para impedir la perversión de la función jurisdiccional con la extralimitación de la actividad probatoria oficiosa del juzgador. Adicionalmente, es necesario señalar, que las facultades discrecionales que en tal sentido se les confieren a los jueces en temas probatorios han de circunscribirse necesariamente a lo debatido por las partes.

En cuyo caso, no se refiere a que el juez aun cuando ha de ajustarse a lo alegado y probado en el proceso deba permanecer inerte ante la duda de certeza que le suscite la actividad de las partes, por cuanto es el director del proceso debe optar por aclararla (siempre conforme a las disposiciones que regulan su actividad) en búsqueda de la verdad que debe prevalecer. Por tanto, la intervención del juez cuando hace uso de las prerrogativas reconocidas por la ley, no puede interpretarse como una intromisión en la esfera privada y particular de las partes, ya que aun cuando éstas puedan disponer del derecho material sobre el cual litigan, no pueden disponer del proceso y del objeto del mismo que no es otro que el de servir de conducto a través del cual el Estado administra justicia. (Medina, 2011, p.p. 23-24).

Por otra parte, en cuanto a la solicitud de amparo, además de los requisitos previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), se debe efectuar la promoción de los medios de prueba con los que se comprobará la existencia y violación o amenaza de violación del goce o ejercicio de un derecho constitucional, previendo que esto constituye una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad probatorio, no sólo de la oferta de las pruebas omitidas, sino también de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos, con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviére y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose entre los instrumentos a producir los auténticos.

(Sentencia 07 del 01 de febrero de 2000)

En este particular, valga acotar que el accionante sólo tiene esta oportunidad para promover los medios que sustenten su pretensión, siendo que desde el inicio del proceso, puede el juez ejercer sus facultades oficiosas, ya que al recibir la solicitud de amparo, conforme a las previsiones del artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), puede ordenar su corrección ante la falta de alguno de los requisitos previstos para ser procesados, e incluso en referencia a las pruebas promovidas, recomendar la promoción de otras, es decir, efectuar una especie de despacho saneador.

Habida cuenta de lo anterior, se amplía lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales, referente al carácter inquisitorio del Juez de amparo, que señala:

Artículo 17. El Juez que conozca de la acción de amparo podrá ordenar, siempre que no signifique perjuicio irreparable para el actor, la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros. Se entenderá que hay perjuicio irreparable cuando exista otro medio de comprobación más acorde con la brevedad del procedimiento o cuando la prueba sea de difícil o improbable evacuación.

Esta facultad probatoria del juzgador constituye una aplicación del principio de dirección del proceso, que lo habilita a ordenar la evacuación de pruebas que considere necesarias para esclarecer los hechos dudosos u oscuros, con las limitaciones de no ocasionarle un perjuicio irreparable al agraviado, el cual debe ser entendido como la implementación de una prueba que requiera un trámite de mayor tiempo, obviando la existencia de una que sea acorde con la urgencia y brevedad del procedimiento de amparo, asimismo, prevé el legislador que se refiere a cuando el juez acuerda la práctica de una prueba de difícil o improbable evacuación.

Valga resaltar que esta facultad oficiosa del juez, no se corresponde con autos para mejor proveer, sino que está referido a dos actuaciones específicas, como son:

- a) Ordenar a las partes ampliaciones o complementos de pruebas: En este supuesto basado en el artículo antes transcrito concatenado con el artículo 19, ambos de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el juez de amparo, le solicita al actor, aún antes de admitir el amparo que amplíe sus pruebas o las complemente.
- b) Hacer uso de iniciativas probatorias oficiosas, lo que lo autoriza la naturaleza de orden público de este proceso: En este supuesto, y con base en el artículo *ut supra* señalado, no se refiere a las pruebas promovidas por el actor, sino a las ampliaciones o verificaciones que ordena el juez de oficio. (Sentencia 522, 08 de junio de 2000).

Esta actividad oficiosa probatoria del juzgador, se encuentra limitada por dos situaciones, a saber:

- a) Prueba que requiere un tiempo para su práctica que atenta contra la urgencia del procedimiento de amparo: En este supuesto, el juzgador debe tomar en consideración la urgencia y brevedad del trámite del amparo constitucional y corresponderá a la parte señalar al juez el perjuicio que se le ocasiona con la fijación de la práctica de esa prueba en específico.
- b) Prueba de difícil o improbable evacuación: Se corresponde con la aplicación de la práctica de una prueba cuya evacuación es complicado realizar, e incluso poco factible su correcta evacuación, por lo que también le corresponde a la parte señalar al juzgador la afectación a su pretensión.

Aunado a esas dos situaciones, es necesario recalcar que el juez solo puede ordenar estas pruebas necesarias, cuando deba esclarecer los hechos por dudosos u oscuros, constituyendo una condición para el ejercicio del poder oficioso, debe el Juez justificar su actuación.

De la revisión de este artículo, se observa que se “estableció el criterio de la prueba necesaria, que, a juicio de esta Sala corresponde al criterio de prueba suficiente”. En ese entender las pruebas en el amparo tienen que tener las características de ser una “(...) prueba inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o cuando se contesta” (López, 2008, p. 565).

Resultando preciso señalar que conforme a lo pautado en el artículo 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todos los procesos están regidos por la libertad probatoria, siendo que las pruebas obtenidas en contravención del debido proceso serán consideradas nulas, previendo el principio de exclusión de las prueba obtenida ilegal o ilícitamente, como únicas limitantes al derecho a la prueba, en referencia a este principio de libertad probatoria, la Sala Constitucional ha establecido:

(...) el legislador procesal cuando estableció (véase el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil) que las partes pueden hacerse valer de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, que consideren conducente para la demostración de sus pretensiones, lo hizo con el propósito de que el debate probatorio fuese lo más amplio posible, haciendo permisible de este modo una mejor apreciación de los hechos por parte del juez y la consecución de una decisión basada en la verdad real y no sólo formal; procurándose, además, de este modo de una justicia más eficaz. (Sentencia 3332, del 04 de noviembre de 2005).

En ese entender, al no haber limitaciones, el Juez constitucional y las partes, pueden utilizar cualquier medio probatorio admitido en derecho,

siendo que la Sala Constitucional ha señalado en referencia al procedimiento de amparo, que:

El principio de libertad de medios regirá estos procedimientos, valorándose las pruebas por la sana crítica, excepto la prueba instrumental que tendrá los valores establecidos en los artículos 1359 y 1360 del Código Civil para los documentos públicos y en el artículo 1363 del mismo Código para los documentos privados auténticos y otros que merezcan autenticidad, entre ellos los documentos públicos administrativos. (Sentencia N° 07 del 01/02/2000).

Conforme al cual el principio de libertad probatoria constituye el derecho de las partes de probar sus alegatos con los medios probatorios existentes, sin más limitaciones que la licitud en su obtención, la pertinencia y necesidad para demostrar el hecho; sin embargo en el procedimiento de amparo se encuentra además la limitante de la urgencia y brevedad del trámite; por lo cual es preciso revisar si en las amplias facultades del juzgador esta la selectividad de la prueba, el no admitir la prueba por considerar que afecta la celeridad del proceso por lo que se arriba a la conclusión que existe una limitación al principio de la libertad probatoria dentro del proceso de amparo constitucional.

Así las cosas, esta facultad del juzgador le da un amplio espectro de acción, por cuanto como director del proceso y garante de la brevedad del procedimiento y la consecución de la justicia, puede no admitir por impertinente un medio de prueba promovido por las partes o por un tercero, por considerar que su evacuación atenta contra la finalidad del amparo y más aún de establecer la prueba que considera idónea, por lo que resulta necesario el establecimiento de límites a este poder, que no atente contra el principio de imparcialidad del juzgador y la pretensión de la parte que resulta afectada, la cual tendrá los mecanismos para atacar esta decisión, siempre que no se corresponda con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

Justicia, conociendo en primera y última instancia.

Ahora bien, lo importante en este supuesto es que la prueba o medio de prueba que promueva el juzgador no atente contra los derechos de las partes a oponerse, conocer y contradecir la prueba; siendo que en los procedimientos de cualquier naturaleza, puede el juzgador no admitir una prueba por no ser útil, pertinente, necesaria y lícita, lo que debe fundamentar y que puede ser atacado por las partes.

2.2.- Principios probatorios aplicables en materia de amparo

Valga resaltar que los principios generales de la prueba en la teoría del proceso son aplicables al procedimiento de amparo, por ende tanto el juez como las partes deben observarlos al momento de promover, admitir y valorar las pruebas. Siendo esgrimidos en el cuadro que se presenta, siguiendo la clasificación propuesta por Badell (2020):

PRINCIPIOS PROBATARIOS		
1.- <i>Principio de la legalidad de las formas procesales:</i> Se refiere a que el juez constitucional debe apearse a las normas procesales y probatorias establecidas en la ley.	2.- <i>Principio Inquisitivo:</i> Consiste en que el juzgador es el director del proceso y debe estar activo en el desarrollo del mismo, está llamado a esclarecer las dudas en busca de la verdad.	3.- <i>Principio de la Libertad probatoria:</i> Consiste en que las partes y el juez deben gozar de libertad para obtener todas las pruebas que sean pertinentes, de forma que pueden hacer uso de todos los medios probatorios o que, aun sin estar regulados, no estén expresamente prohibidos.
4.- <i>Principio de la necesidad de la prueba:</i> Se refiere a que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, deben estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de las partes o por el juez, sin que este último pueda remplazarlas con su conocimiento	5.- <i>Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba:</i> Se desprende la obligación de los jueces de admitir los medios de prueba establecidos en las leyes, y, además, todos aquellos medios probatorios no prohibidos expresamente por la ley y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus	6.- <i>Principio de la comunidad de la prueba:</i> Consiste en que las pruebas admitidas pertenecen al proceso y no a las partes; es decir, que el acervo probatorio que alguna de las partes lleven al proceso no es para su beneficio exclusivo, por lo que el juez debe apreciarla por lo que de ella se deduce o demuestra y no por su origen.

privado.	pretensiones.	
7.- <i>Principio de la lealtad probatoria:</i> Conmina a las partes a no usar las pruebas para ocultar o deformar la realidad o para inducir al juez a engaño.	8.- <i>Principio de la contradicción de la prueba:</i> Conforme a este principio se le debe brindar a la parte contra la que se opone una prueba la oportunidad de controlar su evacuación y contradecirla con otro medio probatorio.	9.- <i>Principio de igualdad de oportunidades:</i> Supone que las partes deben disponer de idénticas oportunidades para promover y hacer que se evacúen sus pruebas, así como para contradecir las promovidas por su contraparte.
10.- <i>Principio de pertinencia de la prueba:</i> Exige que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio de prueba que se pretende usar y el hecho que se precisa demostrar.	11.- <i>Principio de la facilidad de la prueba:</i> Comporta la carga para una de las partes de suministrar la prueba que está en su poder –aun cuando dicha prueba no la favoreciera– porque le resulta más fácil traerla al proceso que a su contraparte.	12.- <i>Principio de relevo de pruebas de hechos negativos:</i> En referencia a este principio, antes se señalaba que los hechos negativos no se probaban, pero los hechos negativos sí pueden y deben probarse. El hecho negativo supone o implica siempre un hecho afirmativo que es su antítesis o que está implícito en la negación.
13.- <i>Principio de alteridad de la prueba:</i> Significa que las partes no pueden crearse pruebas en su propio beneficio. Nadie puede producir una prueba limitando la posibilidad de que el adversario o contrincante ejerza el debido control y contradicción de la prueba, ni puede tampoco omitirse las formalidades y la oportunidad para la promoción y evacuación de las pruebas, ni obviarse el cumplimiento de todo el régimen jurídico que gobierna los distintos medios de pruebas.		

Fuente: El Autor (2021).

Siendo que los referidos principios deben ser debidamente acatados por el juzgador y las partes en su actividad probatoria, dentro del procedimiento de amparo constitucional.

2.3.- Tipos de pruebas utilizadas en el procedimiento de amparo

En ese sentido, se revisará de manera somera, los tipos de pruebas más comunes utilizadas en procesos constitucionales, aplicable también al procedimiento de amparo constitucional, las cuales han sido clasificadas, de la siguiente manera:

1.- *Medios para producir la prueba por escrito:* Dentro de la cual ubica las

siguientes:

- a) Medios probatorios de instrumentos: haciendo especial énfasis en los instrumentos públicos, instrumentos privados e instrumentos administrativos, sean en soporte de papel o electrónicos, siendo que en cuanto a su promoción, admisión y evacuación, se regirá por lo previsto en el Código de Procedimiento Civil (1990) y otras leyes aplicables.
- b) Medios probatorios de expediente público: Consagrando en este apartado al expediente público legislativo, en el cual se debe contener todo lo referente al proceso de formación de las leyes; el expediente público administrativo, por medio del cual se documenta todo lo relativo a la tramitación del acto administrativo, sea de efectos particulares o generales y el expediente público judicial, contentivo de todas las actuaciones que conllevan a la emisión de la sentencia.
- c) Mecanismo procesal de copia de documentos: Referido a la copia fotostática de los documentos contentivos de los hechos litigiosos; cuya promoción conlleva como requisito la información específica y detallada del lugar donde se encuentran, que debe ser una oficina pública, bancos, asociaciones gremiales, sociedades mercantiles o civiles y similares, a las que se les pueda exigir la certificación del documento.
- d) Medio probatorio de informes: Se refiere a la información sobre hecho litigiosos que consta en oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles y similares, a los que se le requiere de un informe sobre los hechos litigiosos que presuntamente constan en sus archivos. No se refiere al informe que estaba previsto en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), el cual fue desaplicado por la Sala

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en razón de la preponderancia del principio de oralidad.

- e) Exhibición de documentos: se le requiere al juzgador que se le exija a la contraparte o a un tercero que exhiba un documento, establece como requisito que se especifique los datos exactos del documento, de no hacerlo será manifiestamente impertinente y no se producirá la admisión de la prueba.

2.- *Medios para obtener declaraciones:* En el desarrollo del juicio, las declaraciones las efectúan dos tipos de categorías de sujetos: las partes y terceros; cuya promoción, admisión, evacuación y valoración se realizará conforme a las previsiones del Código de Procedimiento Civil y otras leyes vigentes.

- a) Confesión: Constituye la declaración de una de las partes sobre los hechos controvertidos, que le es desfavorable a su pretensión y favorable a los intereses de la contraparte.
- b) Juramento: Se refiere a la declaración de una de las partes, el cual tiene dos modalidades: decisorio y estimatorio.
- c) Testimonio: Es la declaración de terceros que no tienen interés en las resultados del proceso.

3.- *Medios Probatorios para lograr opinión calificada:* Obedece a la necesidad del juez de obtener información calificada sobre ciencias o conocimientos que no conforman su bagaje intelectual y para obtener certeza sobre los mismos requiere de expertos en el área.

- a) *Experticia*: Se refiere a la opinión calificada de una persona versada en una ciencia, arte u oficio, que coadyuva al juzgador a llegar a una convenimiento sobre un hecho o situación específica.

4.- *Medios probatorios de aprehensión de los hechos a través de los sentidos*: Constituye la captación de los hechos controvertidos de manera sensorial.

- a) *Inspección Ocular*: Consiste en la percepción de los hechos o del estado de los lugares y cosas, de manera directa por el juzgador a través de la vista.
- b) *Inspección Judicial*: Permite la captación de los hechos, estado de las cosas, lugares, personas y documentos, de forma directa por el juez. (Hernández-Mendible, 2011, p. 145)

Del análisis efectuado a la referida ponencia del doctor Hernández-Mendible (2011), se debe establecer que en el procedimiento de amparo constitucional, en principio, son aplicables cualquiera de los medios de pruebas antes señalados, para la consecución de la justicia y la restitución de la situación jurídica infringida. Por cuanto, la prueba no es solo un elemento que el accionante debe acompañar con la demanda para demostrar la afectación de su derecho constitucional, que requiere de tutela urgente y que, por lo tanto, el proceso constitucional es la vía idónea; sino que ahora se ha convertido en la piedra angular del proceso, al ser el insumo necesario para la construcción del caso desde los hechos, muy a pesar de las resistencias que esta forma de entender el Derecho halla en nuestra cultura jurídica. (Sevilla, 2010, p. 5).

Ahora bien, en el caso del procedimiento de amparo constitucional, no solo se le han otorgado amplios poderes discrecionales probatorios al juzgador, sino que se ha previsto la posibilidad que si en la celebración de la

audiencia oral y pública, y gracias al principio de inmediación, se obtiene de los alegatos de las partes elementos probatorios suficientes para generarle certeza, procede a decidir sin ordenar la apertura del lapso de evacuación de las pruebas, tanto las promovidas por el actor, como por el agraviante, incluso las establecidas por él, todo esto amparado en la urgencia del trámite de amparo y aduciendo que el amparo no produce cosa juzgada material sobre la situación jurídica señalada por el actor.

Habida cuenta de lo anterior, es preciso analizar la circunstancia que se presenta cuando el órgano jurisdiccional niega la admisión de un medio probatorio que no sea “manifiestamente” ilegal, ni impertinente, siendo esa una interpretación contraria a la ley o contraria al principio *pro probatione*, por lo que incurre en una violación constitucional, pues desconoce nada menos que una de las manifestaciones del derecho constitucional al debido proceso y a la defensa, como lo constituye el derecho a la prueba. (Hernández Mendible, 2011, p. 152).

Siendo que el derecho a la prueba se manifiesta en la posibilidad de proponer o promover todos los medios probatorios, que aunque no estén regulados en el ordenamiento jurídico, no estén prohibidos de manera expresa por la ley y que no sean considerados manifiestamente impertinentes; que se acepten los medios probatorios; que el medio probatorio sea efectivamente aportado o evacuado y que además todos los medios probatorios ofrecidos, admitidos y producidos sean valorados razonadamente en la sentencia que expida el órgano jurisdiccional.

Así las cosas, esa facultad del juez a no admitir un medio de prueba por considerar que atenta contra la urgencia del procedimiento, conculca el derecho constitucional a la prueba, por ende dicha decisión puede ser recurrida, o incluso atacada a través de una acción de amparo. En ese entender, es procedente atacar la decisión del juez de amparo, que en el

trámite o en la decisión de esta figura tutelar de derechos, abusando de sus facultades inquisitivas, proceda a conculcar derechos constitucionales de las partes.

Por consiguiente, el juez en funciones constitucionales cuenta con amplios poderes oficiosos en materia probatoria, que van desde el inicio del proceso al admitir o no las pruebas del actor, hasta efectuar actividad probatoria de oficio, seleccionar las pruebas que considere pertinentes, claro bajo el entendido que es para esclarecer los hechos dudosos u oscuros y con los límites de no causarle un perjuicio al actor; sin embargo, estos poderes están delimitados al cumplimiento de los principios que rigen la prueba y a las garantías que integran el debido proceso constitucional, entre los cuales se exige el derecho a un juez imparcial, por lo que el juez constitucional debe actuar apegado a los mismos.

En consecuencia, esta facultad del juzgador no es absoluta ni está limitada solo al procedimiento de amparo, ya que puede ser aplicada a los otros procedimientos constitucionales, por cuanto, el juez ha sido dibujado como el director del proceso activo, que debe y tiene que buscar la verdad, aunque siempre dentro del marco de la legalidad que es el respeto a los principios procesales y al debido proceso constitucional.

CAPÍTULO III

RELEVANCIA DEL PODER OFICIOSO DEL JUEZ EN PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

3.1.- Poder Oficioso Probatorio del Juez Penal

El proceso penal conforme a las previsiones del Código Orgánico Procesal Penal (2012), ha sido dividido en cuatro fases, que configuran el *iter* procesal penal, todas ellas amparadas bajo el principio fundamental de la oralidad. Lo que significa que el legislador desarrolla un sistema procesal que procura la imparcialidad y la justicia en el proceso, evitando la concentración de funciones en el juez.

En ese sentido, la primera fase del proceso se denomina preparatoria y consiste en la investigación de los hechos, por el titular de la acción penal, es decir, el Fiscal del Ministerio Público, es quien se encargará de establecer una vinculación entre el delito cometido, la víctima y el posible victimario, culminando con la presentación del acto conclusivo respectivo.

En esta fase existe un control jurisdiccional por parte del Juzgador, consistente en garantizar en las diversas partes del proceso el pleno ejercicio del derecho a la defensa y el acceso a las pruebas; sin embargo, no puede intervenir ordenando la práctica de diligencias de investigación, que no hayan sido solicitadas por las partes.

Habida cuenta de lo anterior, si el acto conclusivo presentado por el Fiscal del Ministerio Público es una acusación, surge así la segunda etapa

del proceso, llamada fase intermedia o preliminar, cuyo acto fundamental lo constituye la audiencia preliminar en la que se delimitará el objeto del proceso, de tal manera que en ésta se determina si hay elementos suficientes para decretar el enjuiciamiento de la persona imputada o decretar el sobreseimiento del proceso.

En el supuesto, de que el Fiscal del Ministerio Público formule la acusación, éste sería el acto fundamental de la actuación del juez dentro de la etapa intermedia del proceso penal, quien está obligado a ejercer el control formal y material de la acusación presentada y determinar la probabilidad de una condena en juicio. El juez de control, revisa los elementos de convicción y medios de prueba traídos por las partes, establece su eficacia para el juicio y la determinación de responsabilidad penal, sin embargo, su competencia está limitada a admitirla, total o parcialmente, ordenar su subsanación o desestimarla, descartando la actividad probatoria del Juez penal en fase de control ya que se encuentra opuesta a sus funciones, al respecto Rivera (2015) señala tajantemente "El juez de control no busca pruebas, ni suple deficiencias de los fiscales, es un juez de control de garantías". (p.275).

Ahora bien, de ser admitida en la audiencia preliminar la acusación presentada por el Ministerio Público, nace la fase de juicio, donde se desarrolla el debate y se observa la actividad probatoria, que llevará al Juez a emitir una sentencia. Siendo en esta etapa, donde el Juez de Juicio, de manera excepcional y bajo ciertos supuestos, puede ordenar la práctica de alguna prueba o experticia de oficio.

Al respecto Pérez Sarmiento (2011) señala:

En el sistema acusatorio la búsqueda de la verdad <verdadera> sólo puede acometerse dentro de la actividad probatoria de las partes. Esto quiere decir que el Juez o Tribunal cognoscente tiene

que buscar material probatorio que haya sido alegado por las partes al proceso o que sea sugerido por la actividad de aquellas, pero nunca sobre la base de la actuación oficiosa descontrolada. (p. 47).

Valga recalcar que el proceso penal tiene como fin primordial, como fin último, la justicia, es decir, su norte es la verdad. Sin embargo esto no es óbice para que el juzgador supla la actuación de las partes y atente contra la garantía de la imparcialidad del juez. Sobre esto, Cafferata (1998) expresa lo siguiente:

Para garantizar en verdad la imparcialidad del órgano jurisdiccional y la igualdad entre acusador y acusado debe, por un lado, encargarse la investigación preparatoria al Ministerio Fiscal, bajo el control de un juez (que no podrá investigar) y, por otro, acordarle al Ministerio Público la responsabilidad de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la acusación, restringiendo al máximo las atribuciones de investigación autónomas del tribunal de juicio. (p.p. 105-106).

No obstante, el proceso penal vigente es de corte eminentemente acusatorio, sin embargo, faculta al juez para practicar nuevas pruebas según lo estatuido en el artículo 342 del Código Orgánico Procesal Penal (2012): "...el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba...", al respecto Delgado Idrogo (2001), explica:

Las particularidades características de este sistema fundamentalmente acusatorio (no acusatorio puro), indican que el perfil del juez se inclina hacia un sujeto procesal neutral, pero no una posición aislada, nunca es el juez una estatua de piedra ante lo que se ventila en su foro, lo cual supone una ampliación del radio de acción del juez que como se verá, también se constata en la actividad probatoria" (p.7).

Entendiendo que dicha atribución siempre es bajo tutela legal, derivada de aspectos oscuros desarrollados en el debate probatorio y que necesiten

ser aclarados, sin invadir la actividad probatoria propia de las partes, pero a su vez sin dejar al Juez como un simple observador, situación que se justifica en el sentido mismo del proceso y la búsqueda de la justicia.

Esta Libertad Probatoria, se ve limitada de un lado por la licitud y en otro lado por la legalidad en la forma en que la actividad probatoria es incorporada al proceso, de forma tal que dentro del análisis procesal el Juez penal exclusivamente en fase de juicio, está facultado para asumir de oficio la incorporación de pruebas distintas a las aportadas por las partes, está facultado excepcionalmente, como lo establece el artículo 342 del Código Orgánico Procesal Penal (2012):

Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

Lo que significa que en el desarrollo del debate pueden surgir circunstancias nuevas que necesiten ser aclaradas, puntos oscuros que ameriten luz para obtener por vías jurídicas la verdad de los hechos y con ello la justicia en la aplicación del derecho. Al respecto, Delgado Salazar (2004), aclara lo siguiente:

Por supuesto, como la misma norma lo expresa, es una facultad muy excepcional, cuando los nuevos hechos surgidos en esa audiencia realmente lo justifiquen, para lo cual el Juez debe actuar prudencialmente y con sujeción al principio de imparcialidad, siendo clara dicha norma en señalar en su última parte que no se puede reemplazar por este medio la actuación de las partes. (p.107).

Se justifica debido a que debe versar sobre hechos nuevos y que guarden una relación directa con el objeto y la responsabilidad penal contenida en la acusación fiscal. Ahora bien, valga acotar de manera somera,

las diversas actividades probatorias que puede efectuar el Juez de juicio en el proceso penal ordinario, a saber:

3.1.1.- Inspección en Juicio:

Conforme a las directrices del último párrafo contenido en el artículo 341 del Código Orgánico Procesal Penal (2012):

Si para conocer los hechos es necesaria una inspección, el tribunal podrá disponerla, y el Juez o Jueza ordenará las medidas para llevar a cabo el acto. Si este se realiza fuera del lugar de la audiencia, el Juez o Jueza deberá informar sucintamente sobre las diligencias realizadas.

La cual Igual debe ser ejercida excepcionalmente, y versa esta facultad sobre la posibilidad de tener conocimiento de forma directa sobre algunas circunstancias que implican lugar de los hechos, espacio, luz, dimensiones, entre otros aspectos necesarios para formar criterio en el juzgador. Sobre ello, declara Rivera (2015):

La inspección judicial versa sobre hechos que son aprehensibles por los sentidos y que no requieran conocimientos especiales. Estos hechos pueden estar impresos en personas o cosas, o incluso puede tratarse de dimensionar un lugar y ver la ubicación real de los objetos señalados en la inspección ocular realizada en un principio por los funcionarios actuantes. (p. 854)

Siendo de suma importancia, por cuanto la apreciación *in situ* de circunstancias que integradas con los demás medios de prueba permiten verificar la coherencia o articulación de la teoría del caso de alguna de las partes.

3.1.2.- Interrogatorio del Juez:

Es la facultad que tiene el juez de interrogar en juicio al imputado, testigos y expertos, lo que está previsto en el artículo 330 del Código

Orgánico Procesal Penal (2012), a saber:

Después de las exposiciones de las partes, el Juez recibirá declaración al acusado o acusada con las formalidades de este Código. Le explicará con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, y le advertirá que puede abstenerse de declarar sin que su silencio le perjudique, y que el debate continuara, aunque no declare. Permitirá que manifieste libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación, pudiendo ser interrogado o interrogada posteriormente. Podrán interrogarlo el Ministerio Público, el querellante, el defensor y el Tribunal, en ese orden.

Y el artículo 339 de la norma adjetiva penal prevé: "...Luego, el tribunal podrá interrogar al experto o experta o al testigo o la testigo."

Esta facultad del juez penal en funciones de juicio siempre será excepcional y en busca de aclarar puntos oscuros, debe abstenerse todo tipo de preguntas subjetivas, capciosas, fuera de lógica jurídica o que pretendan abordar una actividad propia de las partes.

Relacionado con este, Delgado Salazar (2015) acota:

Esas facultades de interrogar de oficio a imputados, expertos y testigos, son parte de las iniciativas del juez dentro de la actividad probatoria hacia la búsqueda de la verdad, pero creemos que se deben ejercer de forma prudencial, sin que el juez se convierta en un inquisidor al formular un exhaustivo interrogatorio. (p. 171).

Por ende, el juez jamás puede perder la perspectiva de su rol dentro del proceso, por lo tanto, solo puede interrogar para aclarar algunos aspectos puntuales, nunca apasionarse y convertirse en parte.

3.1.3.- Careo de testigos:

Atribución del juzgador de ordenar el careo de testigos contradictorios,

conforme a lo previsto en el artículo 222 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que prevé: “Podrá ordenarse el careo de personas que, en sus declaraciones, hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes, aplicándose las reglas del testimonio”.

En ese sentido, Rivera (2015) expresa:

Se define el careo como la confrontación inmediata cara a cara (face to face) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, tendientes a descubrir cuál es la que mejor refleja la verdad y las razones por las cuales no existe coincidencia entre ellos. (p. 856).

Entonces, es evidente que es una facultad exclusiva del tribunal dentro del juicio oral, pero igual permanece intacto el carácter de excepcionalidad. No puede ser aplicada sobre cualquier diferencia que no tenga trascendencia, de forma prudente el juez debe proceder a realizar el careo sobre auténticas versiones contrapuestas sobre aspectos fundamentales en el debate.

Ahora bien, vistas a grandes rasgos las facultades oficiosas del juez penal en materia probatoria dentro del desarrollo del debate público y oral, se hace necesario precisar su excepcionalidad y especialidad, ya que aun cuando el procedimiento penal es de interés público y de orden público, al igual que el procedimiento del amparo constitucional, entendido el orden público como

...el conjunto de normas jurídicas positivas, establecidas por el legislador de manera impositiva y prohibitiva, que tienen como finalidad fundamental facilitar y promover el interés general así como el fomentar el desarrollo de actividades individuales y colectivas, dentro de un determinado contexto social, que por garantizar la tranquilidad y la paz social no pueden ser renunciadas, ni relajadas por convenio expreso o tácito alguno. (Benítez, 2013, p. 24).

En ese sentido, ambos procesos, previstos en las leyes que rigen cada materia, deben ser aplicados conforme a lo previsto por el legislador, siendo taxativo el respeto de los límites impuestos por el mismo a la labor del juzgador, esto es, en materia de amparo constitucional se trata de justificar la subversión del procedimiento efectuado por las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y el otorgamiento de amplias facultades probatorias al juez durante todo el proceso, debido a la necesidad de resolver conforme al interés público que caracteriza a los procesos constitucionales, y a los fines de garantizar la supremacía constitucional prevista en el artículo 7 de la Carta Magna.

Estas sentencias de la Sala Constitucional que fijan el procedimiento de la acción de amparo constitucional consideran en términos generales que el juez durante el proceso del amparo constitucional tiene amplias facultades oficiosas en materia probatoria, a los fines de conseguir la verdad dentro del proceso y de garantizar la supremacía constitucional prevista en el artículo 7 constitucional. Es decir, el juez del amparo no tiene límites en sus facultades probatorias oficiosas; en cambio, en el proceso penal que también es de orden público y de interés público, el juez tiene límites en sus facultades oficiosas, ya que solamente puede utilizar esas facultades oficiosas para algunos medios de prueba, tal y como se estableció *ut supra*, y de manera excepcional, y solamente en la etapa de juicio, cuidando siempre de no reemplazar por este medio la actividad propia de las partes dentro del proceso y por ende, de cuidar su imparcialidad. Así mismo, el juez en el proceso penal, debe garantizar la igualdad de las partes en el proceso y respetar el principio de la carga probatoria lo cuales conjuntamente con la imparcialidad del juez, forman parte del debido proceso establecido en el artículo 49 constitucional.

3.2.- Poder oficiosos en materia contencioso administrativo

El artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009) prevé -expresamente- a la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos siguientes:

La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1999, el proceso contencioso administrativo se reguló en una ley especial como lo es la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que data de 2010, donde se incorporó a los juicios en esta materia, la oralidad como principio constitucional rector de los procesos judiciales en general.

Como desarrollo de dicha disposición de rango constitucional, la ley referida en sus artículos 2 y 3, dispone que los órganos jurisdiccionales con dicha competencia deben orientar sus actuaciones además de la oralidad por los principios de justicia gratuita, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, publicidad, celeridad, brevedad e inmediatez. También rigen en los juicios contenciosos administrativos, los principios de concentración, continuidad y concentración,

aunque la ley no los menciona expresamente porque son implícitos a la oralidad que caracteriza los procedimientos al prever audiencia, como acto oral y público.

Al juez contencioso administrativo como director del proceso se le reconocen en los artículos 4 y 30 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010), los poderes para impulsar el proceso de oficio o a instancia de parte hasta su conclusión, e igualmente se le faculta para promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en cualquier grado y estado del proceso, siempre que sea acorde con la especial naturaleza de las materias jurídicas sometidas a su conocimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 *eiusdem*.

Dentro de las llamadas Disposiciones Generales de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010), se establece -entre los requisitos de la demanda- acompañar los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado (artículo 33, numeral 6), y como consecuencia de su omisión, la inadmisibilidad en el artículo 35, numeral 4, de modo que el juez contencioso administrativo no puede -como lo ha permitido la Sala Constitucional en los procesos de amparo constitucional- sustituir la carga procesal del demandante de acompañar el documento fundamental de su demanda, que le permite al juez verificar su admisibilidad. Se establece un despacho saneador en el artículo 36, para corregir errores, por ambigüedad u oscuridad en la demanda.

Se observa, que en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (2010), se prevé en el artículo 39, la facultad de dictar auto para mejor proveer, en el sentido que, en cualquier estado de la causa, el Juez contencioso administrativo podrá solicitar información o hacer evacuar de oficio, las pruebas que considere pertinentes, lo que será abordado más

adelante. El legislador en dicha norma establece la irrecuribilidad de tal decisión, porque la norma dispone expresamente, que: “Este auto será inapelable. Las partes podrán hacer observaciones sobre las actuaciones practicadas”.

Se prevé la posibilidad de resolución de incidencias en el artículo 40 ejusdem, en el lapso de tres días de despacho siguiente, en forma breve, a menos que haya necesidad de esclarecer un hecho, previendo la apertura de una articulación probatoria por ocho días de despacho.

Es importante, para este estudio, dada la necesidad de comparar el comportamiento del juez contencioso administrativo con el juez de amparo constitucional, precisar que en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) a diferencia de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), el juez que manifieste opinión sobre lo principal del juicio o sobre la incidencia planteada (lo cual podría ocurrir, por ejemplo, si incorporara con evidente favoritismo hacia una parte, una prueba no promovida), antes de dictar la sentencia correspondiente, no solo debe inhibirse sino que puede ser recusado, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 42, 48, 49 y siguientes, previendo la posibilidad de que el motivo de la recusación fuese sobrevenido, esto es, se produzca posterior al lapso probatorio, entonces la misma puede proponerse hasta el día fijado para el acto de informes, con lo cual garantiza que la sentencia sea dictada por un juez imparcial y natural en los términos del artículo 49, numeral 4 constitucional, para que sea resuelta la causa conforme a derecho.

Ahora bien, se encuentra en la referida Ley un capítulo concerniente al procedimiento en primera instancia, y secciones referidas a los tipos de demanda. Así, se dispuso en esa normativa, lo siguiente:

En lo atinente a las demandas de contenido patrimonial, la realización de una audiencia preliminar, que debe fijarse para que tenga lugar dentro del décimo día de despacho siguiente a que conste en el expediente que las partes demandadas han sido efectivamente citadas y que se ha notificado a las personas, entidades colectivas o comunales, en caso de que el órgano jurisdiccional lo haya dispuesto en el auto de admisión.

En la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010) se dispuso que, si el demandante no comparece el día fijado para la realización de la audiencia preliminar, el órgano jurisdiccional debe declarar desistida la pretensión en ese proceso, lo que produce como consecuencia la extinción de la instancia, pudiendo el demandante volver a proponer una nueva demanda de manera inmediata. En cambio, si no comparece el demandado a esta audiencia, no existe consecuencia alguna y el proceso seguirá su curso.

Una vez que finaliza la audiencia preliminar y que se ha determinado el objeto de la controversia, las partes demandadas deberán dar contestación a la demanda (por escrito) dentro del lapso de diez días de despacho siguientes. Este lapso debe dejarse transcurrir íntegramente, a los fines de los actos procesales subsecuentes. Junto a la contestación deberán presentarse los instrumentos (públicos, privados o administrativos) que sirvan de medios probatorios, quedando el resto de los medios probatorios reservados para la siguiente etapa procesal.

El lapso probatorio se encuentra regulado en el artículo 62, integrado por fases preclusivas de promoción de los medios probatorios (por escrito); luego viene el lapso de oposición a los mismos (por escrito), seguido del lapso de admisión o no de los medios propuestos, y, finalmente, se pasa a la

producción o evacuación de las pruebas promovidas y que hayan sido admitidas por el Tribunal contencioso administrativo, la cual deberá verificarse conforme a la naturaleza de cada medio probatorio.

La audiencia conclusiva se concibió en esta Ley, para realizarla una vez que ha finalizado el lapso de evacuación de los medios probatorios, que fueron admitidos por el órgano jurisdiccional, disponiendo así el artículo 63, que “Finalizado el lapso de pruebas, dentro de los cinco días de despacho siguientes, se fijará la oportunidad para la celebración de la audiencia conclusiva (...)”.

En la audiencia conclusiva únicamente se efectuará la exposición oral de los argumentos finales, pero las partes pueden consignar un escrito que contenga dichas conclusiones. El juez contencioso administrativo, como director del proceso, al inicio de la audiencia conclusiva debe indicar cómo va a ser el desarrollo de la misma, para fijar el tiempo de que dispondrán las partes para efectuar sus alegatos finales y realizar sus conclusiones, dado lo que quedó demostrado con los medios probatorios, e igualmente debe indicarles el tiempo de que dispondrán para efectuar la réplica y contrarréplica.

Una vez finalizada la audiencia conclusiva, el proceso entra en estado de sentencia, que deberá producirse dentro de los treinta días continuos siguientes, acto procesal éste que podrá diferirse, mediante auto debidamente justificado, por un período de treinta días continuos. Se establece expresamente en el artículo 64, la posibilidad de que la sentencia pueda ser publicada fuera del lapso, que abarcaría el original y el de la prórroga (60 días), en cuyo caso debe notificar a las partes, sin lo cual no correrá el lapso para recurrir.

En referencia al procedimiento breve regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010), que se aplica a los reclamos por omisión, demora, o deficiente prestación de los servicios públicos, a las vías de hecho o a los casos de abstención, está igualmente previsto que el demandante con su demanda acompañe los documentos que acreditan los trámites efectuados ante el ente u organismo, que el demandado una vez citado, presente un informe (artículos 66 y 67), en el caso de que el mismo no sea presentado el responsable será multado y se le tiene por confeso, salvo que se trate de la Administración Pública, dadas las prerrogativas procesales, a las cuales se ha referido la Sala Constitucional en la sentencia No. 1.238 del 30 de septiembre de 2009.

Asimismo, se notifica a la Defensoría del Pueblo, a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) y a los consejos comunales, al Ministerio Público, y a cualquier ente público o privado relacionado con el asunto, sea a solicitud de parte o del Tribunal.

Se prevé una audiencia oral, donde las partes promoverán sus pruebas, el Tribunal oír a las partes y propiciará la conciliación. El Tribunal admitirá las pruebas, el mismo día o el siguiente, ordenando la evacuación de las que así lo requieran, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de la Ley que rige esta materia.

Señala el artículo 74 el contenido de la sentencia en este procedimiento breve, donde deben indicarse las medidas inmediatas necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica infringida: para el caso de servicios públicos, las medidas que garanticen su eficiente continuidad, y las sanciones que haya lugar.

Aquí se estima oportuno señalar que la Sala Constitucional del Tribunal

Supremo de Justicia ha sostenido que las potestades del juez contencioso administrativo no se limitan a la simple constatación de la lesión de una situación jurídica subjetiva, sino que dentro de su poder de restablecimiento de estas situaciones también tiene el poder de sustituirse a la Administración si, en el expediente judicial, existen elementos suficientes para proceder en ese sentido (sentencia nro. 559 del 17 de marzo de 2003).

Igualmente, se considera que al notificar al Ministerio Público, lo involucra en el proceso, como parte de buena fe, pero ello no significa que deba tener una actitud pasiva, sino más bien está llamado a participar en forma activa pudiendo traer a la audiencia alguna prueba relacionada con el hecho demandado.

En el procedimiento común a las demandas de nulidad de actos de efectos particulares o generales, interpretación de leyes y controversias administrativas, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010) prevé la notificación del representante del órgano que haya dictado el acto, o de quien emana la norma a interpretar o de los órganos en controversia, además del Procurador General de la República y cualquier otra persona, órgano o ente que deba ser llamado por exigencia legal o a criterio del Tribunal.

En este procedimiento resalta el hecho de que con la notificación al demandado se ordenará la remisión del expediente administrativo o de los antecedentes correspondientes, siendo una carga procesal del demandado, cuya omisión o retardo es sancionado con una multa prevista en el artículo 79 de dicha Ley. Se prevé un cartel de emplazamiento a los interesados, siendo una carga procesal del demandante, retirarlo, publicarlo y consignar en el expediente de la causa, como se desprende del artículo 81 *eiusdem*.

Está prevista una audiencia de juicio, donde las partes y demás interesados pueden hacer sus exposiciones orales, pudiendo consignar un escrito. En esta misma oportunidad, las partes promueven las pruebas. Luego viene el lapso para su admisión y oposición (tres días), y el lapso de evacuación (diez días), lo cual está regulado en el artículo 84. Posteriormente, se dispone la presentación de los informes, sea escrito o de manera oral si alguna de las partes así lo solicita, vencido el lapso de cinco días previsto en el artículo 85, el tribunal decidirá dentro del lapso de treinta días de despacho siguientes, prorrogable por un tiempo igual, y para el caso de que se sentencie la causa fuera de ese lapso, las partes deben ser notificadas y en este supuesto procesal no corre el lapso para interponer los recursos.

En el capítulo II de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010) se regula el procedimiento en segunda instancia, donde ejercida la apelación dentro del lapso legal, el tribunal se pronunciará sobre la admisión de dicho recurso dentro de los tres días de despacho siguiente al vencimiento de aquel. De las sentencias definitivas se podrá apelar en ambos efectos, y de las interlocutorias en un solo efecto, salvo que causen gravamen irreparable, en cuyo caso se oirá en ambos efectos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87 de la Ley antes mencionada.

Admitida la apelación, el juez que dictó la recurrida remitirá inmediatamente el expediente al tribunal de alzada, previendo el artículo 91 que solo se admitirán en esta instancia, las pruebas documentales, las cuales “deberán ser consignadas con los escritos de fundamentación de la apelación y de su contestación”, actuaciones cuyos lapsos están regulados en el artículo 92. Vencido el de contestación, el tribunal decidirá dentro de los treinta días de despacho siguiente, el cual es prorrogable.

En el artículo 94 se regula la llamada consulta obligatoria o de ley, que opera cuando ninguna de las partes haya apelado, pero la sentencia debe ser consultada, se decide en el mismo tiempo fijado de treinta días de despacho, al recibir el expediente en alzada, sin intervención de las partes, el cual puede ser prorrogado justificadamente por un tiempo igual.

Esta consulta es la que refiere el artículo 84 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.220 Extraordinario del 15 de marzo de 2016, norma que establece “Toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente”.

Sobre esta consulta, se ha referido la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en el fallo No. 01658 del 10 de diciembre de 2014, caso: Plusmetal Construcciones de Acero C.A., donde se decidió la improcedencia del establecimiento de límites a la cuantía para someter a consulta las decisiones judiciales desfavorables a la República, vistos

...los intereses patrimoniales del Estado debatidos en los juicios contencioso-tributarios, que denotan un relevante interés público y utilidad social, por estar íntimamente relacionados con la recaudación de tributos y la obligación de los particulares de contribuir con las cargas públicas para la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población.

Así se tiene que el juez contencioso administrativo no está llamado por ley, a suplir de oficio alegatos o defensas de las partes, está obligado como todos los jueces de la República a ceñirse a lo alegado y probado en autos, por consiguiente, su facultad para solicitar de oficio información o evacuar pruebas deberá estar relacionada con las cuestiones controvertidas por las partes.

El artículo 39 de la Ley, como antes se vio, consagra el poder oficioso probatorio del juez, refiriéndose a las pruebas que el juez considere pertinentes, lo cual puede parecer un término amplio, pero lo cierto es que dicha palabra proviene del latín *pertinere* ("concernir"), que *“es la relación entre el hecho que se trata de probar y la prueba ofrecida. Por ello se suele hablar de hechos controvertidos y conducentes y prueba pertinente. Esta de correspondencia entre lo que se pide al juez y lo que procede en derecho”*.

Por ello, se sostiene que esa facultad probatoria oficiosa del juez contencioso administrativo, debe ejercerse sobre los hechos controvertidos, cuando se considere pertinente, y esa pertinencia va ligada como vimos a que la *litis* haya quedado trabada y existan dudas u oscuridad sobre los hechos controvertidos, por ello estamos en desacuerdo con la previsión del legislador de poder ser ejercida en cualquier estado de la causa, toda vez que choca con la garantía del debido proceso, lo cual perfectamente puede ser objeto de control difuso, pues debe ser ejercida en la audiencia oral prevista para la evacuación de los medios probatorios o bien en una etapa anterior a dictar sentencia, pero dando la oportunidad a las partes de ser escuchadas para el control y contradicción del medio incorporado de manera oficiosa.

Esto se desprende de una lectura integral y no aislada de las normas de la Ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa, y se asemeja en cierta forma a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para los procesos constitucionales, donde se dispone un lapso de pruebas en el artículo 140, sobre los hechos no controvertidos no hay lugar a pruebas, y donde se regula la realización de una audiencia pública, para oír a las partes y evacuar las pruebas (artículo 141), donde el Tribunal podrá ordenar la evacuación de las pruebas que considere necesarias, expresando

en el artículo 142 “para el esclarecimiento de los **hechos que aparezcan oscuros o dudosos**” (resaltado del autor).

Aparte de estas disposiciones, está la posibilidad de la Sala Constitucional de dictar autos para mejor proveer y, al efecto, establece el artículo 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), lo siguiente:

Artículo 145. En las causas en las que no se requiera sustanciación, la Sala decidirá en un lapso de treinta días de despacho contados a partir del día en que se dé cuenta del recibo de las actuaciones, salvo lo que preceptúan la Constitución de la República y leyes especiales. No requerirán sustanciación las causas a que se refieren los numerales 5, 6, 10, 11, 12, 13, y 14 del artículo 25 de esta Ley. Queda a salvo la facultad de la Sala Constitucional de dictar autos para mejor proveer y fijar audiencia si lo estima pertinente.

Se observa entonces como en los procesos contencioso administrativos, por ejemplo, referidos a la responsabilidad del Estado, le corresponde al demandante probar tanto los daños, como el nexo causal de esos daños a la Administración, pudiendo la Administración desvirtuar esos alegatos, si el demandante no logra probar suficientemente los daños alegados, no procederá la declaratoria de responsabilidad del Estado, lo mismo ocurrirá en los procedimiento de nulidad de acto administrativo cuando quede comprobado por la parte demandante que la Administración emitió actos que adolecen de vicios como la inmotivación, que dan lugar a la declaratoria de nulidad del mismo, sin que el juez contencioso administrativo pueda suplir la carga del demandado, sino que decide con el material probatorio promovido por las partes, como ocurrió por ejemplo, en la sentencia nro. 00388 del 6 de abril de 2016, emanada de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Igualmente, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

(2010), al regular los procesos constitucionales ante la Sala Constitucional, previó el despacho saneador en los mismos o similares términos que el contencioso administrativo, con el fin de que el demandante pueda corregir errores, no para que el demandante consigne pruebas salvo el documento fundamental de la demanda, ni para que el Juez ejerza su facultad probatoria oficiosa, entonces surgen las siguientes interrogantes: ¿por qué la Sala Constitucional en forma contraria a lo previsto en otras leyes, a través de sus pronunciamientos, ha permitido expresamente esa sustitución en la carga procesal de las partes, ha discriminado la forma de traer al proceso las pruebas en el amparo constitucional de otros procesos?, y se puede concluir, la razón o justificativo no puede ser el orden público constitucional, porque en los procesos constitucionales está presente el mismo, y en el contencioso administrativo es evidente el orden público y el interés público.

En ese entender, hay un exceso en la interpretación efectuada por la Sala Constitucional, siendo que esa facultad probatoria oficiosa debe ser la excepción y no la regla, en los procesos, mucho más en el de amparo constitucional. Ahora bien, corresponde a las partes como se ha estudiado promover las pruebas dentro del lapso previsto para ello, según sea el procedimiento aplicable regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010).

Por otra parte, ha señalado la Sala Político-Administrativa que el principio o sistema de libertad de los medios de prueba, resulta incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva a la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos por la ley o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones. Este principio se deduce de lo expresamente consagrado en los artículos 395 y 398 del Código de Procedimiento Civil, así lo ha reconocido -reiteradamente- en diferentes

decisiones, por ejemplo en sentencias Nros. 02189 de fecha 14 de noviembre de 2000, caso: Petrolera Zuata, C.A.; nro. 00014 del 10 de enero de 2007 caso: Contraloría General de la República y 00014 del 9 de enero de 2008 caso: Línea Aérea de Servicio Ejecutivo Regional Laser, C.A. (LASER); 00498 de fecha 2 de junio de 2010, caso: Siderúrgica del Orinoco, C.A. y 00003 del 12 de enero de 2011, caso: Intershipping, C.A.).

Por último, se considera que si por ejemplo el juez contencioso administrativo en atención a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010), estima necesario incorporar una prueba de oficio al proceso, la decisión de traer ese elemento probatorio debe además de lo señalado *supra*, estar motivada, y como tal ese medio de prueba debe ser objeto de control y contradicción por las partes a los fines de garantizar el derecho constitucional a la defensa, so pena de poder ejercerse una solicitud de amparo constitucional por indefensión.

Al respecto, se señala lo sostenido por Torrealba (2012), respecto a que en algunas ocasiones, la Sala Político Administrativa ha colocado al ciudadano en una situación desventajosa, rompiendo la igualdad procesal, al usar en forma indiscriminada esta facultad oficiosa probatoria, bien porque con el auto para mejor proveer ha sustituido la carga de probar de la Administración o incluso ha sustituido su carga procesal de traer el expediente administrativo, que como examinamos, la Ley dispone una consecuencia jurídica para tal omisión, por ser una carga procesal que tiene fijada su consignación en un momento procesal determinado, y por ende debe ser preclusivo, sino no tendría sentido la multa fijada por el legislador como consecuencia jurídica de su incumplimiento.

En el estudio del mencionado profesor Torrealba, se citan como ejemplos, autos de Sala Político-Administrativa nros. 65 del 8 de junio y 101

del 11 de agosto de 2011, requiriendo a la Administración demandada, en fase de sentencia, la remisión del expediente administrativo; no obstante, se le había requerido en repetidas veces por el Juzgado de Sustanciación de dicha Sala, sin obtener respuesta alguna, aun constando la recepción de las correspondientes notificaciones.

Igualmente, en ese estudio se ilustra tal actuación desmedida en auto de la Sala Político-Administrativa nro. 105 del 21 de septiembre de 2011, ordenando en estado de sentencia, la solicitud del expediente administrativo, en lugar de dictar el fallo de mérito, pues debió dar por ciertos los hechos afirmados por la parte demandante en cuanto a su situación de salud, salvo que del examen de los autos se evidenciaron medios de prueba que desvirtúan tales afirmaciones.

No obstante, se observa como con posterioridad a los autos mencionados en ese estudio del profesor Torrealba (2012), la Sala Político Administrativa ha ejercido esa facultad oficiosa probatoria establecida en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (2010), aplicando los principios de imparcialidad, igualdad de las partes en el proceso y control de la prueba, al dictar un auto para mejor proveer en el año 2016 -para decidir una consulta de ley- en un recurso contencioso tributario, requiriendo a la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) y a la sociedad mercantil recurrente (Multicine Las Trinitarias, C.A.) copia certificada de las Declaraciones de Impuesto sobre la Renta presentadas por la aludida contribuyente correspondientes a los ejercicios fiscales de los años 2006, 2008, 2009 y 2010, así como de las respectivas Planillas de Pago. Ordenó oficiar al Gerente Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital de dicho Servicio Autónomo y a la prenombrada compañía, a fin de que le remitieran a esa Sala lo solicitado,

concediendo un lapso de diez (10) días de despacho contados a partir de la fecha en que conste en el expediente la última de las notificaciones practicadas; con la advertencia de que el incumplimiento en suministrar lo requerido podrá dar lugar a la aplicación de la sanción establecida en el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), consistente en una multa “(...) equivalente hasta doscientas unidades tributarias (200 U.T.) a las personas, funcionarios o funcionarias que no acataren sus órdenes o decisiones, (...) sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar”. Además, señaló en ese auto, que vencido el plazo y de recibirse lo solicitado, se otorgará un lapso de cinco (5) días de despacho, para que las partes expongan lo que estimen pertinente en el proceso.

Este tipo de auto, su fundamentación legal así como la motivación contenida en su texto original, revela la intención de garantizar la tutela judicial efectiva, pues el artículo 94 de la Ley señala que en lo atinente a las consultas de ley no habrá intervención de las partes, pero observamos que, al ejercer la facultad oficiosa probatoria, la Sala Político Administrativa dio la oportunidad que -constitucionalmente- corresponde a las partes, para esgrimir lo que sobre lo que respecto a los medios probatorios traídos al expediente -a través de ese poder oficioso- puedan tener, garantizando el control de la prueba y con ello la defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 49 del Texto Fundamental.

3.3.- Poder oficiosos en materia laboral

El proceso laboral se inicia a través de una demanda que debe reunir los requisitos previstos en el artículo 123 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), siendo de esta manera aplicable el principio procesal de que no hay jurisdicción sin acción, esto significa que la justicia no se mueve si no hay quien la solicite (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*).

En relación a la carga de la prueba en el proceso laboral, el demandante solamente puede probar los hechos alegados en su demanda o los hechos nuevos que traiga el demandado en su contestación de la demanda. Por otra parte, la parte demandada a su vez, tiene la carga de probar los hechos alegados para contradecir la pretensión del demandante, y los nuevos hechos alegados en la contestación de la demanda.

Adicionalmente, en materia laboral es pertinente señalar que el patrono o empleador tendrá siempre la carga de la prueba en relación a demostrar las causas del despido del trabajador y de la liberación de los pagos inherentes y ordinarios de la relación laboral como serian el pago de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales como vacaciones, bono vacacional, utilidades, entre otros, independientemente de cual sea su presencia subjetiva en la relación procesal.

Es por lo anterior, que las partes alegan los hechos y las pruebas de los mismos, a través de los medios probatorios promovidos y evacuados en las oportunidades procesales establecidas en normativa *supra* citada, lo cual caracteriza el principio dispositivo.

Como se ha dicho establecido anteriormente, en el principio dispositivo las partes son las únicas que tienen la posibilidad de aportar medios de pruebas al proceso, y el juez debe emitir su decisión de acuerdo a los hechos probados y alegados por las partes. Sin embargo, en el proceso laboral existen normas que facultan a los jueces a realizar pruebas de oficio, lo que constituye una de las características principales del principio inquisitivo, con lo cual se puede arribar a la conclusión, de que existe en el proceso laboral un sistema mixto con características propias del principio dispositivo y del principio inquisitivo, en el que el juez tiene la posibilidad de promover y

evacuar pruebas de oficio cuándo los medios probatorios ofrecidos al proceso por las partes sean exigüos e insuficientes para emitir la decisión judicial correspondiente, tal y como se evidencia de los artículos 71 y 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

En este sentido el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) es del tenor siguiente:

*Quando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes. (...)
El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno. (...)*

Por otra parte, el artículo 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), prevé:

El Juez de Juicio podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad. (...).

El objetivo de la facultad oficiosa del juez en materia probatoria prevista en los artículos *ut supra* mencionados, es la búsqueda de la verdad real dentro del proceso, ya que al lograrse la misma, se hace justicia a través del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 257 constitucional, normativa que establece el carácter instrumental del proceso.

En este mismo orden de ideas, se puede afirmar que tanto en el proceso laboral, en el contencioso administrativo, en el amparo constitucional, y en los demás procesos judiciales, debe investigarse la verdad, dándole al juez amplios poderes probatorios oficiosos, siempre y cuando, en la búsqueda de esa verdad, se resguarden los derechos

constitucionales al debido proceso, del derecho a la defensa, del derecho a la imparcialidad del juez y por ende del juez natural del cual forma parte, del principio de la carga de la prueba, y del derecho a la prueba, entre otros.

Sin embargo, es importante destacar que en algunos casos, la prueba oficiosa genera inconvenientes procesales, como es el caso de los emolumentos o los costos en la evacuación de la prueba, que no puede ser a cargo de uno de los litigantes en particular, entonces deben correr con esos gastos ambas partes; asimismo, en algunos casos puede el juez al ordenar la evacuación de la prueba perder su imparcialidad dentro del proceso al beneficiar alguna de las partes rompiendo de esta manera con el principio de igualdad de las partes dentro del proceso; con ello, se subvierte la carga de la prueba, ya que existe la posibilidad que el juez se abroge cargas probatorias que pertenecen a las partes que componen la *Litis*, enmendando de esta manera la desidia de alguno de los litigantes.

Por otra parte, el proceso laboral al igual que el amparo constitucional, es de orden público, y se caracteriza por ser de interés público y de interés social, en consecuencia, el juez en el ejercicio de sus funciones debe tener como norte la búsqueda de la verdad, y están obligados a buscarla por todos los caminos legales posibles, por lo que el juez Laboral al igual que el juez del Amparo, está dotado de facultades oficiosas en materia probatoria que le permiten actuar de forma activa en el proceso, cuándo considere que los medios probatorios ofertados por las partes son insuficientes para aclarar hechos dudosos u oscuros, tal y como se evidencia del artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988).

En este sentido es pertinente citar el artículo 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) que es del tenor siguiente:

(...) Los jueces en el desempeño de sus funciones, tendrán por norte de sus actos la verdad, están obligados a inquirirlas por todos los medios a su alcance y a no perder de vista la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios acordados por leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de los mismos; y por tal causa , tienen que intervenir de forma activa en el proceso , dándole el impulso y la dirección adecuada, en conformidad con la naturaleza especial de los derechos protegidos. (...).

Ahora bien, una de las diferencias más relevantes del proceso Laboral y del proceso Contencioso Administrativo con el proceso de Amparo constitucional, desde una óptica probatoria, es que la acción de amparo constitucional es un proceso expedito y urgente, donde el juez constitucional en su facultad oficiosa, puede ordenar la evacuación de pruebas, siempre y cuando no signifique perjuicio irreparable para el proceso. En este sentido, se entiende por perjuicio irreparable para el proceso, cuando exista otro medio de prueba más acorde con la brevedad del procedimiento, o cuando la prueba sea de difícil o imposible evacuación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988).

En este mismo orden de ideas, puede inferirse lógicamente que se puede declarar inadmisibles la evacuación de un medio probatorio promovido por alguna de las partes en el proceso de Amparo constitucional, cuando considere el juez que se puede originar un perjuicio irreparable para el actor, si la prueba no es congruente con la rapidez del procedimiento; o en su defecto, sea de complicada o imposible evacuación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 *eiusdem*, con lo cual tiene el juez una gran capacidad selectiva en la admisibilidad de los medios de pruebas promovidos por las partes, a diferencia del juez laboral quien debe admitir todas las pruebas promovidas por las partes a menos que las mismas sean impertinentes o ilegales.

Importante señalar que el juez laboral utiliza sus facultades oficiosas en materia probatoria en la audiencia de juicio que es la oportunidad procesal para la evacuación de las pruebas, sin embargo, se circunscribe en el ejercicio de esa facultad generalmente a interrogar a los testigos y expertos promovidos por las partes, y a realizar la declaración de parte que es un interrogatorio que le formula el Juez de Juicio al trabajador y al empleador en relación a la prestación del servicio; las respuestas que se originen de ese interrogatorio se tendrán como una confesión de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002). Ahora bien, con el uso de las facultades oficiosas se logra en la práctica, acercar la verdad real a la verdad procesal dentro del proceso laboral lo cual queda reflejado a través de sus sentencias.

Sin embargo, el juez laboral es cauteloso en el uso de esta facultad oficiosa con respecto a otros medios de prueba diferentes a los señalados *ut supra*, para evitar que en la búsqueda de la verdad de los hechos, pueda incurrir en la pérdida de la imparcialidad; o pueda suplir la carga de la prueba que tiene cada una de las partes dentro del proceso, quebrantando de esta manera el principio de igualdad que son a su vez garantías constitucionales que forma parte del Debido Proceso establecidas en el artículo 49 constitucional.

Es conveniente señalar que las sentencias normativas, dictadas por la Sala Constitucional, que establecen el procedimiento del amparo constitucional, a diferencia del proceso laboral, facultan al juez para poder utilizar sus facultades oficiosas probatorias durante todo el proceso, inclusive, la Sala Constitucional utiliza el despacho saneador antes de la admisión de la acción de amparo constitucional, para ordenar la evacuación de pruebas a favor del agraviado, rompiendo y quebrantando de esta manera

el debido proceso constitucional. En consecuencia, se violenta de esta manera el principio de imparcialidad de juez y con ello el de juez natural; la carga de la prueba, la igualdad de las partes dentro del proceso, y la presunción de inocencia.

Se considera que se violenta el principio de presunción de inocencia, ya que desde antes de la admisión de la solicitud de amparo constitucional, se presume que el agraviado ha sido víctima de violación de derechos y garantías constitucionales, y que en consecuencia, el agraviante es el culpable, cuando sabemos que en este momento del proceso, el agraviante es inocente hasta tanto no se dicte la sentencia definitivamente firme.

Al salvaguardar la tutela de un derecho constitucional al supuesto agraviado en el proceso de amparo constitucional, no es permisible la violación de otros derechos constitucionales al agraviante, es decir, se deben respetar todos los derechos y garantías constitucionales de las personas, incluyendo los de la parte demandada en el juicio de amparo constitucional como sería el derecho a la presunción de inocencia.

A diferencia del proceso de amparo constitucional, en el proceso laboral existe un despacho saneador previsto en el artículo 124 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), pero a través del mismo, el juez no puede ordenar la evacuación oficiosa de medios probatorios, sino sólo se le puede ordenar al demandante, que subsane los vicios o defectos de la demanda por no cumplir con los requisitos previstos en el artículo 123 *eiudem*; en el artículo *in comento*, no se hace ninguna alusión a medios probatorios, ni a la necesidad de consignar el instrumento fundamental en la oportunidad de la interposición de la demanda.

En este sentido, es pertinente citar un extracto de la sentencia de la

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 06 de abril 2006, Exp Núm. 05—001390, que refleja la forma de pensar y de actuar de la jurisdicción laboral en relación al tema de las facultades oficiosas en materia probatoria, en los siguientes términos:

(...) Sobre tal lineamiento, resulta preciso señalar, que en la búsqueda de la realidad de los hechos, el juez puede hacer uso de la facultad contenida en la norma del artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en la medida en que las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para generarle convicción respecto al asunto sometido a decisión, pero nunca para suplir las faltas, excepciones, defensas, y/o cargas probatorias que tiene cada una de las partes del proceso (...)

En definitiva, en el proceso laboral existen normas que facultan a los jueces a realizar pruebas de oficio, lo que constituye una de las características principales del principio inquisitivo, por lo que existe en el proceso laboral un sistema mixto con características propias del principio dispositivo y del principio inquisitivo, sin embargo, esa facultad de promover y evacuar pruebas de oficio, está supeditada a que los medios ofrecidos por las partes sean exiguos o insuficientes para emitir la decisión judicial correspondiente, sin que en ningún caso, lo faculte para suplir la actividad de las partes y menos desde una etapa primigenia del proceso.

CAPITULO IV

PODER OFICIOSO DEL JUEZ EN LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL AMPARO

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, ha constituido en alguna medida un avance legislativo en lo concerniente a la regulación de los procesos ante el máximo tribunal del país, pues con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se siguieron aplicando las disposiciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela nro. 1.893 Extraordinario, del 30 de julio de 1976, hasta que el Poder Legislativo dictó en el 2004, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nro. 37.942 del 20 de mayo de 2004.

Aunque permanece la ausencia de una ley que regule la jurisdicción constitucional, no obstante sobre la base de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, se estudió el poder oficioso probatorio del juez en los procesos constitucionales ante el Máximo Tribunal del país, previstos en dicha normativa que ya data de más de diez años.

En sintonía con la Constitución, esta Ley en su artículo 3 establece que: "El Tribunal Supremo de Justicia es el más alto tribunal de la República; contra sus decisiones, en cualquiera de sus Salas, no se oirá, ni admitirá acción ni recurso alguno, salvo lo que se dispone en la presente Ley". Y en su artículo 4 *ejusdem*, dispone que:

El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales. Será el máximo y último intérprete de la Constitución de la República y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

De dichas disposiciones concatenadas con otras de la misma Ley como desarrollo del texto constitucional, emerge que contra las decisiones de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia que infrinjan principios constitucionales o interpretaciones vinculantes podrá formularse solicitud de revisión constitucional ante la Sala Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25 numeral 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), y si es el caso de tribunales de instancia que dicten sentencia definitivamente firme de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 25 numeral 10.

Lo anterior, es pertinente porque de entrada se observa que en el supuesto de algún exceso en el ejercicio del poder oficioso probatorio de los jueces de instancia o de las otras Salas, dicha desviación o vicio que se produzca en la sentencia que se dicte, encuentra subsanación mediante la revisión constitucional, aun existiendo cosa juzgada, al tener por norte el Texto Fundamental el mantenimiento de la supremacía constitucional, lo que conlleva al respeto de los derechos, principios y garantías constitucionales que debe revestir todo proceso judicial.

Ahora bien, qué sucederá entonces con el ejercicio de este poder oficioso probatorio en los procesos constitucionales llevados ante la Sala Constitucional, y lo primero que aparece claro es que no existe una

autotutela o autorrevisión, porque así lo establecen la Constitución y la ley que regula el funcionamiento del más alto Tribunal de la República.

Por ello, resulta de especial atención el examen de este poder oficioso probatorio en los distintos procesos que dicha Sala conoce, en los que deben respetarse y garantizarse los principios de gratuidad, simplicidad, economía, uniformidad, inmediación, oralidad y realidad (artículo 85 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 2010), pues en el otorgamiento que hace la ley de este poder, surgen los debates entre el activismo y el garantismo, como bien lo ha estudiado el profesor Sagues a propósito del “juez actor”, del “juez investigador” y del “juez preservador”.

Asimismo, resulta relevante la noción de interés público que pudiera entenderse como un concepto jurídico indeterminado, pero que no resulta del todo así, ya que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009) está consagrado en distintas disposiciones (entre otros, en los artículos 110, 113, 150, 247 y 302), para hacer alusión a aquellas materias, bienes, servicios, contratos o asuntos que interesan a todos en general, pues se relacionan con la paz, armonía, justicia social y estabilidad de la nación, nociones que permiten la existencia de un control frente a actuaciones arbitrarias bien de órganos administrativos o de los judiciales, pudiendo citar a título ilustrativo la sentencia nro. 384 del 25 de noviembre de 2019, caso Petrosur, en la cual la Sala Constitucional en atención a la materia de interés público, conoció y declaró procedente las modificaciones presentadas a los términos y condiciones originales de la creación de la Empresa Mixta PETROSUR, S.A. y ordeno por el interés general en este tipo de asuntos publicar ese fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página principal del sitio web del Tribunal Supremo de Justicia.

En relación al interés público, es preciso citar lo señalado por López (2016), cuando indica en su trabajo doctoral, que:

...es el fundamento esencial en el ejercicio de las potestades administrativas, también que es el interés público el que permite no solo al Juez Constitucional y al de lo Contencioso Administrativo ejercer un control sobre las actuaciones administrativas, sino que, además sirve como fundamento para los órganos de control (procuraduría, contraloría) adelantar sendas investigaciones de tipo disciplinario y fiscal contra servidores públicos que con su actuar afectan el deber funcional, el bien jurídico tutelable de la administración pública, o que por una gestión fiscal antijurídica generan detrimento patrimonial. Es trascendental para el accionar y control judicial y administrativo de la administración y sus servidores públicos el interés público. El interés público es la clave de bóveda tanto de la actuación administrativa como del control judicial de ésta. (p.)

También resulta valiosa la afirmación de Benítez (2013), quien respecto al interés público, sostiene:

Es importante observar que, si bien es cierto que el Estado asume el “interés general” en cumplimiento de una obligación legal, razón por la que le da máxima jerarquía incorporándolo al Derecho Público, hay que reconocer que no es éste el único “interés público” que asume el Estado, pues existen varias actividades que éste realiza, que se rigen por el Derecho común, que responden al “interés general”, pero no como una obligación. Como ya se ha adelantado, la Administración como órgano ejecutivo del Estado, se resuelve en diversas manifestaciones: como función administrativa en actos administrativos, como servicio público en prestaciones creadas, reguladas y regidas por la propia Administración y como empresas administrativas de “interés público”, pero reguladas por el Derecho privado. También hay otras actividades declaradas de “interés general” que el Estado las cumple de manera concurrente con los particulares y por ello les corresponde un status mixto de regulación. En este caso ciertas relaciones se rigen por el Derecho privado, mientras que otras lo hacen por el Derecho Administrativo

Partiendo de lo expresado por el autor antes citado, de que el “interés

público” viene referido al fin en sí mismo, al logro del bienestar colectivo, mientras que el “orden público”, como el medio, al pretender la protección de las instituciones sociales, la paz social, el equilibrio político y la garantía de la justicia, se observa que en todos los procesos constitucionales el interés público es inherente a la función de juzgar en forma ajustada a derecho, esto es, controlando cualquier arbitrariedad, así como está presente para dar seguridad jurídica, para dar prevalencia a lo general sobre lo individual y como el orden público salvaguardar sobre las actuaciones u omisiones de los particulares, que se resuelvan asuntos que involucren la paz, la estabilidad, la seguridad.

Se vislumbra así, por ejemplo en consonancia con los avances en materia de tecnología que son materia de interés público, está previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) que las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia, utilicen las herramientas tecnológicas disponibles para la sustanciación de las causas sometidas a su conocimiento, para la implementación de trámites transparentes y expeditos, lo cual debe distinguirse de la regulación por la vía legal de lo concerniente a la digitalización de los procesos, porque la misma requiere la implementación de sistema avanzados, la preparación del personal, y por ende, la previsión presupuestaria para la ejecución de los cambios.

De modo que cualquier lesión producto de la aplicación de estos avances en el ejercicio del poder oficioso probatorio, se entiende abre las puertas para la interposición de una demanda de amparo constitucional, por infracción del debido proceso, la defensa y violación del principio de legalidad de las formas de los actos procesales.

Puede afirmarse que en la Ley que rige las funciones del Tribunal Supremo de Justicia una fórmula de control del llamado juez actor, que no es

otro que el impulsor del proceso, es la que establece el uso de los medios alternativos para la resolución de conflictos, en cualquier grado y estado del proceso, salvo que se trate de materia de orden público, o aquellas no susceptibles de transacción o convenio, de conformidad con la Ley, y con esto refiere a ese interés que es general en contraposición al particular, que también es determinante en procesos como las demandas en protección a intereses colectivos y difusos, que examinaremos más adelante.

Y se observa que la noción de orden público está señalada en distintas disposiciones de esa Ley para excepcionar la aplicación de lapso de caducidad o bien no dar terminación al proceso y por ende continuar con el procedimiento, por lo que es esta noción la que va a permitir al juez ejercer un rol activo.

4. 1.- Control concentrado de la constitucionalidad, control difuso de la constitucionalidad, nulidad de oficio y revisión constitucional de oficio.

Este rol hiperactivo lo tiene la Sala Constitucional, con el ejercicio del Control concentrado de la constitucionalidad, por cuanto de conformidad con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), en el caso de las demandas de inconstitucionalidad donde ella tiene el monopolio de la competencia, reza:

*...no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de **orden público**. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Oficial del estado o municipio según corresponda. (Resaltado de este trabajo).*

Y este rol activo, se afirma que lo poseen los jueces en general al ejercer el control difuso de la constitucionalidad, al desaplicar para el caso en

concreto la norma que consideren colida con el Texto Fundamental, pero encuentra limitación en la consulta, que los mismos deben elevar a la Sala Constitucional, sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. A tal efecto deberán remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme (artículo 33 eiusdem).

Así, la Ley que regula las funciones del Alto Tribunal de la República le otorga un poder de acción a la Sala Constitucional, cuando en el artículo 34, le otorga competencia para ejercer el proceso de nulidad de oficio, esto es, cuando declare la conformidad a derecho de la desaplicación por control difuso que haya revisado, la Sala Constitucional podrá ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley, lo cual también puede hacer cuando el control difuso de la constitucionalidad sea ejercido por dicha Sala.

Y cónsono con lo antes expuesto, dentro del articulado de la mencionada Ley, una disposición interesante para esta investigación, es la que permite el ejercicio de la actuación de oficio del Tribunal, al disponer el artículo 89 que: “El Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los asuntos que le competen a instancia de parte interesada; no obstante, podrá actuar de oficio en los casos que disponga la ley”.

Ejemplo de ello, ha sido el ejercicio de la potestad de revisión de oficio de la Sala Constitucional respecto a alguna sentencia de otras Salas, de modo que sin que ningún justiciable solicitara la revisión, como máxima instancia constitucional ha ejercido esa competencia constitucional de “juez actor”, ordenando en la decisión donde da inicio al procedimiento, recabar de la Sala que ha dictado la sentencia que estima dentro de los supuestos de procedencia de la revisión, el expediente o bien copia certificada del mismo.

Asimismo, cuando regula en el artículo 143, el desistimiento tácito, refiere la posibilidad de actuación de la Sala cuando esté involucrado el orden público, al disponer que “La inasistencia de la parte demandante se entenderá como desistimiento de la demanda y se dará por terminado el proceso, a menos que la Sala considere que el asunto afecta al orden público”.

4.2.- El orden público constitucional como fundamento jurídico de la potestad de avocamiento y la distinción con la noción de orden público.

La competencia atribuida en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) es llamativa a los fines del presente estudio, está referida a las competencias comunes de cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia, entre la que destaca la del numeral 1, de “Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal y avocarse en los casos que dispone esta Ley”.

Y para el caso de la Sala Constitucional en el artículo 25, numeral 16, le otorga la competencia de avocarse a “las causas en las que se presuma violación al **orden público constitucional**, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme”. (Resaltado de este estudio).

El legislador solo en los artículos 25 numeral 16 y 108 al referirse al avocamiento, añadió al término orden público empleado en los artículos 32, 88, 98, 137, 143, 149, 150, 154 y 160, la palabra constitucional, y ello conlleva un significación para su distinción, siendo que el orden público constitucional ha sido el fundamento de la potestad de control de oficio de la constitucionalidad o del control incidental de la constitucionalidad, para garantizar la supremacía de la Constitución. Así, en la sentencia nro. 331 del

13 de marzo de 2001, la Sala Constitucional, sostuvo que:

(...) las referidas potestades de la Sala y la interpretación concatenada y armoniosa de los citados dispositivos constitucionales, la comprensión de los principios enunciados en el texto de la Exposición de Motivos de la Carta Fundamental, y la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta Sala, que procura salvaguardar la vigencia de los postulados constitucionales, sirven de fundamento para declarar, como garante de la supremacía de la Constitución y en ejercicio de las facultades que la misma posee, de oficio, la ilegitimidad de alguna actuación, cuando habiendo sido sometido un caso a su análisis, observe que la misma ha transgredido el orden público constitucional, y en tal virtud proceda de manera inmediata y efectiva, a restaurar a través de la forma que considere idónea, la subversión advertida. En definitiva, considera la Sala que el control constitucional jurisdiccional constituye materia de orden público constitucional, y siendo la Sala el garante de la supremacía de la Constitución, al constatar su violación, puede actuar de oficio, como en efecto lo hace en esta oportunidad.

Respecto al orden público, en la sentencia nro. 1689, del 19 de julio de 2002, caso: Duhva Parra, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, precisó lo siguiente:

(...) la situación de orden público, referido anteriormente es pues una situación de carácter estrictamente excepcional que permite obviar las normas de procedimiento relativas al proceso de amparo constitucional. Es así, como el concepto de orden público a que se refieren las normas que rigen el proceso de amparo constitucional para permitir la posibilidad de obviar las normas procedimentales de dicho proceso, es aún más limitado que el concepto de orden público que se encuentra implícito en cualquier derecho o garantía constitucional precisamente por el hecho de que estos derechos poseen un carácter constitucional.

Es pues, que el concepto de orden público, a los efectos de la excepción al cumplimiento de ciertas normas relacionadas con los procesos de amparo constitucional, se refiere a la amplitud en que el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés

general, más allá de los intereses particulares de los accionantes. Por ello en casos donde un presunto agraviado alega que un hecho, actuación, omisión o amenaza ocasionó una supuesta violación constitucional a su persona, sólo se consideraría de orden público, a manera de la excepción de las normas procedimentales de los juicios de amparo, cuando el Tribunal compruebe que, en forma evidente, y a consecuencia del hecho denunciado por los accionantes, se podría estar infringiendo, igualmente, derechos o garantías que afecten a una parte de la colectividad diferente a los accionantes o al interés general, o que aceptado el precedente resultaría una incitación al caos social, si es que otros jueces lo siguen.

Así, se ha aplicado la excepción por orden público, por ejemplo, en el caso de las familias homoparentales, al estimar la Sala Constitucional que los derechos presuntamente violados afectan no sólo la esfera particular de los derechos subjetivos de los accionantes, sino de un número indeterminado de personas que forman el grupo de Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transgénero (LGBT) revistiendo tales violaciones el carácter de orden público indicado por la norma, incluso, en razón de todos los niños, niñas y/o adolescentes, que como hijos de homosexuales o transexuales, tienen derecho a pertenecer a una familia y a gozar de todos los beneficios que esto conlleva (sentencia nro. 1.187 de fecha 15 de diciembre de 2016, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que interpreta el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

De este modo, las dos nociones permiten garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución, pero de acuerdo a que se trate del género o la especie, por así decirlo, han sido previstas algunas limitantes por el legislador en el poder de actuación de oficio del Tribunal, pues es bastante amplio el poder en el orden público constitucional, al punto que genera el poder de juez investigador y de juez preservador, mientras que en la fórmula de orden público, no siempre serán estos últimos roles ejercidos por el juez, por cuanto en algunos casos se habrían producido las actuaciones propias

de las partes (producción de pruebas, por ejemplo) antes de su aplicación por falta de impulso procesal o por preclusión de lapsos para actuación.

En el avocamiento cuyo procedimiento está previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), se observa que el legislador dio un amplio poder de acción al Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que independientemente de la etapa procesal en que la causa se encuentre, la Sala se podrá avocar a la causa que curse en otro tribunal de la República, independientemente de su jerarquía y especialidad.

La Sala al admitir la solicitud del avocamiento oficiará al Tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y está prevista expresamente la facultad de ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación, al punto que se consideran nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacato a la suspensión o prohibición que se expida.

Entonces, el orden público constitucional funciona como motivo para sustraer el conocimiento de la causa del juez natural, a distinción del orden público puro y simple que excepciona de las causas de inadmisibilidad o de cierre de la causa, para continuar conociendo la misma el tribunal competente.

4.3.- Poder oficioso de acción, investigación y preservación del Tribunal en los procesos constitucionales en general.

En los procesos que se siguen ante la Sala Constitucional, se prevé que el demandante con su escrito consigne la documentación indispensable para verificar la admisibilidad de la demanda (artículo 129 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), ya que la omisión de esta carga procesal genera la inadmisión de la demanda interpuesta (artículo 133, numeral 2 *eiusdem*). Resultando así esta una norma de balance frente a las que

otorgan poder de actuación de oficio al Tribunal.

Pero la Sala Constitucional ha suplido al demandante de esa carga procesal en los amparos constitucionales, ya que en muchos casos antes de la admisión de la solicitud de amparo, a través del despacho saneador, ha ordenado la evacuación de oficio de pruebas supliendo la carga procesal de las partes y rompiendo el principio de igualdad. Es bueno advertir, que no se quiere afirmar con esto, que esta norma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), es aplicable a los procesos de amparo constitucional, sino que no puede la Sala Constitucional ni ningún tribunal, utilizar el despacho saneador para la evacuación de pruebas oficiosas a favor del demandante, ya que con esta conducta se quebranta el debido proceso constitucional.

En el artículo 130 de la Ley antes referida, se le otorga un amplio poder cautelar, ya que en cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes, indicando que tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto, que estimamos se constituyen en el límite para que el poder de actuación del juez en su rol preservador no genere una desigualdad entre las partes evidentemente contraria a los principios constitucionales.

El término “pertinente” le da un margen amplio de acción a la Sala Constitucional para dictar medidas cautelares, pero las mismas deben ser motivadas en las circunstancias del caso y debe en su decreto tomarse en cuenta los intereses públicos en conflicto, lo que obliga a un examen de los recaudos existentes en el expediente, previendo la oposición para el afectado con la medida cautelar acordada, lo cual evidencia igualmente que en el amparo constitucional, aun siendo un proceso de naturaleza constitucional, no se está cumpliendo con esta garantía, como desarrollo

legal del derecho a la tutela judicial efectiva, defensa y debido proceso previstos en la Constitución (artículos 26 y 49)

El despacho saneador está previsto en el artículo 134 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), que reza:

En las demandas que sean de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación, se ordenará la corrección en lugar de su admisión. En el caso de que la parte demandante no corrija el escrito dentro del lapso de tres días de despacho, o en el supuesto de que, si lo hiciera, no subsanare la falta advertida, la Sala Constitucional negará la admisión de la demanda.

Dicho contenido revela que no puede ejercerse el poder oficioso probatorio del juez constitucional a través del despacho saneador, por cuanto la finalidad de este es corregir errores en la demanda, no suplir las probanzas que deberán en la etapa correspondiente traer a los autos las partes, u otros partícipes en estos procesos, como pueden ser el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Defensor o Defensora del Pueblo y así como de cualquier otra autoridad que estime pertinente en la admisión de la demanda haya que notificarse (artículo 135 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). En este sentido, una reforma de la Ley Orgánica de Amparo, debe seguir los lineamientos establecidos por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en relación a las materias que puede ser objeto de despacho saneador.

Se prevén actos preclusivos como sucede con el retiro, publicación y consignación del cartel de emplazamiento a los interesados previstos en los artículos 136 y 137, este último donde expresamente se indica que

*Si la parte demandante incumpliere con esta carga se declarará la perención de la instancia y se ordenará el archivo del expediente, salvo que existan razones de **orden público** que justifiquen la continuación de la causa, en cuyo caso, el cartel deberá ser publicado por el Juzgado de Sustanciación. (Resaltado de este*

trabajo).

Para la consignación de los escritos de las partes y de los intervinientes en estos procesos, está previsto en el artículo 139, un lapso de diez días de despacho donde promoverán pruebas para la defensa de sus intereses y evacuaran las documentales. En ese mismo artículo se prevé la posibilidad de oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que consideren manifiestamente ilegales o impertinentes.

Sobre las pruebas, es importante reproducir -textualmente- el artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que dispone, lo siguiente:

Artículo 140. Dentro de los cinco días de despacho siguientes al vencimiento del lapso que se indicó en el artículo anterior, el Juzgado de Sustanciación providenciará los escritos de prueba; admitirá las que sean legales y procedentes y desechará las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Tribunal ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos que aparezcan claramente como no controvertidos entre las partes.

En esa oportunidad se fijará la audiencia pública y se remitirá el expediente a la Sala.

En caso de que ninguno de los intervinientes promueva pruebas distintas a las documentales, la causa entrará en estado de sentencia y el Juzgado de Sustanciación remitirá el expediente a la Sala, para que decida en un plazo de veinte días de despacho. Queda a salvo la facultad de la Sala Constitucional de fijar audiencia si lo estima pertinente.

Se dispuso una audiencia pública para que las partes expongan sus alegatos, rigiendo en la misma los principios de inmediación y concentración. Es importante destacar que al inicio del acto, la Sala debe exponer los términos en que quedó trabada la controversia, esto es, para poder ordenar si es el caso, la evacuación de pruebas en la misma audiencia o en otra oportunidad.

En el artículo 142 *eiusdem* se establece que en esa oportunidad, la Sala deberá resolver cualquier incidencia en relación con el control y contradicción de la prueba. En todo caso, si no fuere suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, ésta continuará en la oportunidad que fije el Tribunal y así cuantas veces fuere necesario hasta agotarlo.

Se otorga poder oficioso probatorio en esta etapa al Tribunal, al disponer el mencionado artículo que escuchados a los intervinientes, el Tribunal podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros.

De esta previsión legal resulta que el poder oficioso probatorio en los procesos constitucionales previstos ante la Sala Constitucional para que esta actué como el llamado juez investigador, tienen como límite, la trabazón de la *litis*, pues debe ejercerse para esclarecer los hechos controvertidos dudosos u oscuros, y en la etapa de la audiencia pública, lo cual revela que lo efectuado por la Sala Constitucional para los procesos de amparo constitucional resulta contrario a esta disposición legal, que estimamos acorde con la garantías constitucionales, de la imparcialidad, juez natural de los derechos a la defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva e igualdad de las partes en el proceso.

Es en esa etapa procesal que opera el control de la prueba, incluso de ese poder oficioso probatorio porque -expresamente- se señala al final del artículo 142, que “La audiencia será la última actuación de las partes en materia litigiosa”.

Se establece en dicha Ley, que con posterioridad a que concluya el debate, los Magistrados deliberaran y podrán, conforme con lo dispuesto en el artículo 144, realizar lo siguiente:

1. *Decidir inmediatamente el fondo del asunto y exponer en forma oral los términos del dispositivo del fallo.*
2. *Dictar la decisión en la oportunidad de publicarse la sentencia cuando las circunstancias del caso así lo ameriten.*
3. *Diferir por una sola vez y hasta por un lapso de cinco días de despacho, el pronunciamiento del dispositivo del fallo, cuando la complejidad del asunto así lo requiera.*

El texto íntegro del fallo deberá ser publicado dentro de los diez días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia pública o al vencimiento del diferimiento.

La potestad probatoria oficiosa de la Sala Constitucional ejercida a través de los autos para mejor proveer, así como la posibilidad de fijar audiencia cuando lo estime pertinente (por ejemplo, lo ha hecho en pocas oportunidades para decidir solicitudes de revisión constitucional) encuentra sustento en el artículo 145, el cual refiere el lapso de treinta días de despacho para decidir las causas que no requieran sustanciación, que son las referidas en los numerales 5, 6, 10, 11, 12, 13, y 14 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Como se desprende de lo expuesto es en la audiencia pública prevista en la Ley que regula los procesos constitucionales ante la Sala cuando se promueve y evacúan las pruebas, lo que sucede incluso en las solicitudes de declaración de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente de la República con base en el artículo 214 de la Constitución.

4.4-. Poder oficioso probatorio del Tribunal en las Demandas de Protección de Derechos e Intereses Colectivos y Difusos.

Las Demandas de Protección de Derechos e Intereses Colectivos y Difusos cuando los hechos posean trascendencia nacional su conocimiento corresponderán a la Sala Constitucional; en caso contrario, corresponderá a los tribunales de primera instancia en lo civil de la localidad donde aquellos

se hayan generado. La ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) en el artículo 148 prevé como lo hace el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), los requisitos que debe contener la demanda, disponiendo, los siguientes:

1. *Los datos concernientes a la identificación del demandante y de la persona que actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido;*
2. *Suficiente identificación del demandante y del demandado, señalamiento de su domicilio o residencia y, de ser el caso, indicación de las circunstancias de su localización.*
3. *La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión;*
4. *Cualquier explicación complementaria relacionada con la situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional.*

4.5.- Identificación de los instrumentos en que se fundamente la pretensión.

Se establece un despacho saneador, para que el demandante corrija el defecto u omisión dentro del lapso de tres días de despacho siguientes desde que conste en autos la notificación. Si no lo hiciere, la demanda será declarada inadmisibile, salvo que esté involucrado el orden público, en cuyo caso se ordenará la continuación del proceso. Igual consecuencia se establece para las demandas ininteligibles, que se hayan ordenado corregir y no se subsanaron, como lo es su inadmisión, y la excepción de que esté involucrado el orden público, en cuyo caso se ordenará la continuación del proceso.

A diferencia de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, para los procesos constitucionales en general, manteniendo el criterio este investigador, que no aplica al amparo constitucional, en estas demandas de protección de intereses colectivos y difusos se prevé despacho saneador para corregir por ejemplo la omisión de identificar el documento fundamento de la pretensión, pues se pretende con

ella tutelar derechos colectivos de un grupo determinado o determinable de personas, o bien indeterminado, y no un derecho individual, por eso sólo si no es corregido en el despacho saneador es que se declara inadmisibile.

Así, el artículo 151, dispone que también se declarará la inadmisión de la demanda:

1. *Cuando se acumulen demandas o pretensiones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.*
2. *Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el demandante o de quien actúe en su nombre, respectivamente.*
3. *Cuando haya cosa juzgada o litispendencia.*
4. *Cuando la pretensión pueda ser satisfecha a través de otras vías o cuando por su naturaleza el conocimiento de la pretensión corresponda al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral.*
5. *Cuando contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.*

En los procesos relativos a estas demandas, se ordena en el auto de admisión, la citación de la parte demandada; la notificación de la Defensoría del Pueblo, si ésta no hubiere iniciado el juicio; del Ministerio Público; y de cualquier otra autoridad que se estime pertinente. Se emplazará a los interesados por medio de un cartel a expensas de la parte demandante, regulando el artículo 154 lo concerniente a dicho cartel, en dicha disposición se lee expresamente:”

Si la parte demandante incumpliere con esta carga se declarará la perención de la instancia y se ordenará el archivo del expediente; salvo que existan razones de orden público que justifiquen la continuación de la causa, en cuyo caso, el cartel deberá ser publicado por el Tribunal.

De nuevo se observa que el orden público es una noción inherente a los procesos constitucionales, funciona como excepción para el caso de que la parte que debe actuar dejó de hacer en el tiempo, esto es, precluye la

oportunidad y de manera garantista, se le da paso al llamado juez actor, pues interesa conocer y resolver el asunto.

En estas demandas se establece la notificación tácita de los interesados (artículo 155), y lo relativo a la participación de los intervinientes en el artículo 156.

Respecto a las pruebas y su lapso para la promoción es menester la reproducción de lo establecido en el artículo 157, que reza;

Vencida la oportunidad para dar contestación a la demanda, se iniciará un lapso de diez días de despacho para promover pruebas. En esa misma ocasión deberán evacuarse las pruebas documentales.

Dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción, las partes podrán oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que consideren manifiestamente ilegales o impertinentes. Vencido este lapso, dentro de los cinco días de despacho siguientes el Tribunal providenciará los escritos de prueba, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes. En el mismo auto, el Tribunal ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes y fijará una audiencia pública, la cual tendrá lugar al quinto día de despacho siguiente.

Como se desprende de la norma en oportunidad anterior a la audiencia, se produce la promoción de las prueba, la oposición, la admisión o inadmisión por el tribunal, quedando claramente delimitada en dicha disposición legal que las pruebas es sobre hechos controvertidos, y que el poder probatorio oficioso del Tribunal en este tipo de demandas es solo en la audiencia pública que podrá, una vez que oiga a las partes, ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros, lo cual puede ser objeto de observación por las partes, pues la audiencia será la última actuación de las partes en materia litigiosa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159.

De acuerdo con el artículo 160, la inasistencia de la parte demandante a la audiencia se entenderá como desistimiento de la demanda y se dará por terminado el procedimiento, a menos que el Tribunal considere que el asunto afecta al orden público, siendo como antes se apuntó la fórmula legal de excepción a favor de la resolución de un asunto que trasciende a la colectividad.

Una vez concluido el debate, el Tribunal podrá:

1. *Decidir inmediatamente el fondo del asunto y exponer en forma oral los términos del dispositivo del fallo.*
2. *Dictar la decisión en la oportunidad de publicarse la sentencia, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten.*
3. *Diferir por una sola vez y hasta por un lapso de cinco días de despacho, el pronunciamiento del dispositivo del fallo, cuando la complejidad del asunto así lo requiera.*

El texto íntegro del fallo deberá ser publicado dentro de los diez días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia pública o del vencimiento del diferimiento.

Contra la decisión que se dicte en primera instancia se oirá apelación en ambos efectos, dentro de los cinco días de despacho siguientes a su publicación o notificación, ante el Juzgado Superior en lo Civil siendo que después de que el expediente sea recibido por éste, transcurrirán cinco días de despacho para que las partes presenten sus escritos ante la alzada. Concluido este lapso, el Juzgado Superior decidirá la apelación dentro de los veinte días de despacho siguientes.

Antes de emitir decisión, el Tribunal podrá convocar a una audiencia pública cuando la complejidad del caso así lo amerite, para lo que seguirá las reglas que se estipulan en los artículos precedentes.

El juez tiene amplio poder cautelar, ya que en forma similar a lo

establecido en el artículo 130 de la Ley. El artículo 164 ejusdem, señala que:

En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar al tribunal y éste podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para garantizar la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.

Se prevé la oposición, la cual se tramita en un cuaderno separado y abre una articulación de cinco días de despacho para que los intervinientes promuevan y evacuen pruebas. Dentro de los cinco días de despacho siguientes, el tribunal sentenciará la incidencia cautelar.

4.6.- Poder oficioso probatorio del Tribunal en la Demanda de Habeas Data

Este medio judicial está previsto en el artículo 168 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), para que toda persona tiene derecho a conocer los datos que a ella se refieran así como su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados; y, en su caso, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad, inclusión, actualización o el uso correcto de los datos cuando resulten inexactos o agraviantes.

El Habeas Data sólo podrá interponerse en caso de que el administrador de la base de datos se abstenga de responder el previo requerimiento formulado por el agraviado dentro de los veinte días hábiles siguientes al mismo o lo haga en sentido negativo, salvo que medien circunstancias de comprobada urgencia.

En similar sentido a las demandas de amparo, rige el principio constitucional de celeridad, pues para la tramitación del habeas data todo tiempo será hábil y no se admitirán incidencias procesales.

Es de destacar que se requiere que junto a la demanda, el solicitante presente los instrumentos fundamentales en los que se sustente su pretensión, a menos que acredite la imposibilidad de su presentación, de modo que no existe en este tipo de demandas el poder del llamado juez actor sino que la carga procesal inicial es de la parte requirente.

A diferencia de lo que sucede en la actualidad en los procesos de amparo, pero como se establece en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), en los procesos de habeas data se dispone que: Después de la admisión del habeas data, el Tribunal ordene al supuesto o supuesta agravante que presente un informe sobre el objeto de la controversia y que remita la documentación correspondiente, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. La omisión de remitir el informe, apareja como consecuencia una multa conforme al régimen que preceptúa el Título IX de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

Se establece en este proceso, el poder oficioso probatorio del tribunal, el llamado juez investigador, ya que se dispone que en cualquier caso el Tribunal podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos, siendo relevante el control de las partes expresamente previsto en el artículo 172, cuyo tenor es el siguiente;

Artículo 172. Una vez que sea recibido el informe o sean evacuadas las pruebas que hubieren sido ordenadas por el Tribunal, transcurrirán tres días para que el solicitante formule observaciones. Tras la conclusión de este lapso, el Tribunal decidirá dentro de los cinco días siguientes. Antes de emitir decisión, el Tribunal podrá convocar a una audiencia pública cuando la complejidad del caso así lo amerite, para lo cual seguirá las reglas que se estipulan en los artículos 158 al 161 de esta Ley.

La sentencia que declare con lugar el habeas data ordenará al

agraviante de forma inmediata la exhibición, supresión, rectificación, confidencialidad, inclusión, actualización o el uso correcto de los datos, según corresponda. Quien incumpliere con esta orden será penado o penada con prisión de seis meses a un año, a cuyo efecto el Tribunal oficiará al Ministerio Público para que inicie la averiguación penal correspondiente.

Contra la decisión que se dicte en primera instancia, se oirá apelación en un solo efecto ante la alzada correspondiente, dentro de los tres días siguientes a su publicación o notificación. Después de que el expediente sea recibido por el Juzgado Superior, transcurrirán cinco días de despacho para que las partes presenten sus escritos ante la alzada. Concluido este lapso, el Juzgado Superior decidirá la apelación dentro de los treinta días continuos siguientes. La decisión que dicte el Tribunal de Alzada no será objeto de casación.

4.7.- Rol del Tribunal en el Proceso sumario de corrección de errores materiales

En la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se dispone de un Proceso sumario de corrección de errores numéricos o materiales, tales como cambio de letras, palabras mal escritas o con errores ortográficos, transcripción o traducción errónea de nombres y apellidos, y otros semejantes, estableciendo el artículo 176 que el procedimiento se reducirá a demostrar ante el juez la existencia del error por los medios de prueba admisibles y el juez o jueza, con conocimiento de causa, resolverá lo que considere conveniente.

Las correcciones de los errores en las actas del Registro Civil se tramitarán ante los tribunales y órganos administrativos correspondientes según lo que establecen las leyes especiales correspondientes. Y se establece un poder cautelar en el artículo 177, tan amplio como en los demás procesos constitucionales y en el de habeas data.

El ejercicio de la potestad oficiosa probatoria del juez en los procesos de amparo constitucional, procediendo a incorporar previamente medios probatorios, cuando hay insuficiencia probatoria al momento que el demandante presenta su solicitud, quien se encuentra en la obligación de probar la lesión al derecho de los derechos constitucionales, lo que constituye es un exceso al llamado juez actor que solo sería necesario para preservar esa prueba, y cuando se ejerce con posterioridad a la promoción y evacuación de las presentadas por las partes, si afecta la duración del proceso, para que pueda incorporarse ese medio probatorio, debe limitarse en forma adecuada para cumplir con la finalidad del proceso de amparo constitucional, como ocurre con los otros procesos constitucionales regulados en la Ley que rige las funciones del Tribunal Supremo de Justicia.

4.8.- El hiperactivismo del poder oficioso probatorio del Tribunal Supremo de Justicia

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) contiene normas que permiten un activismo del Máximo Tribunal, al consagrar su rol de impulsor en materia de orden público y, en los casos de orden público constitucional, lo autoriza expresamente a sacar la causa del conocimiento del juez natural. Pero a la par de ello, también es cierto que dicha normativa prevé cargas procesales expresas a las partes, contiene previsiones que garantizan el debido proceso y, en el ejercicio del poder oficioso probatorio como en el amplio poder cautelar otorgado al Máximo Tribunal de la República, le ha dispuesto limitaciones que garantizan la imparcialidad, igualdad entre las partes y la objetividad.

Así, respecto al poder oficioso en materia de pruebas, se observa que al actuar como juez investigador, las mismas deben versar sobre hechos controvertidos y sobre los cuales se está debatiendo, que además resulten oscuros, dudosos; y en los casos en que sea posible su desaparición o

destrucción.

Por su parte, en las medidas cautelares cuando actúa como juez preservador, tiene que tener en cuenta las circunstancias del caso y los intereses en conflicto, lo que conlleva a una motivación y basamento en pruebas para preservar el objeto del litigio.

En los procesos constitucionales, la Ley que rige el Alto Tribunal de la República dispone unos límites para preservar que la Sala Constitucional no adopte una posición en el proceso que comprometan la sentencia que pronunciara, pues como se ha señalado contra sus decisiones no hay recurso alguno; sin embargo, puede haber errores que conduzcan a dictar una revocatoria por contrario imperio, y lo ha hecho la Sala Constitucional, e igualmente, ha corregido decisiones que cautelarmente ha pronunciado y han resultado un exceso, modificando o dejando sin efecto la cautelar acordada.

El juez en el ejercicio de su poder oficioso probatorio, debe ser un personaje bien activo dentro del proceso, sin perder su deber fundamental de ser garantista, esto es, garante del cumplimiento de los principios, derechos y garantías que la Constitución brinda al justiciable dentro del desarrollo del proceso como instrumento para el logro de la justicia.

Así resultan válidas las afirmaciones del maestro Cabrera (2010), en torno al proceso constitucional, cuando señala:

El proceso constitucional se convierte en una fórmula para mantener la supremacía y eficacia de la Constitución (artículo 335 constitucional), y en ese sentido es una institución de orden público, como lo reconocen para algunos procedimientos expresamente las leyes (artículo 14 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales para el procedimiento de amparo, y artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para la causa de nulidad).

Tratándose de tutelar el orden público, siempre que se mantengan los principios constitucionales que rigen el proceso (derecho de defensa y debido proceso entre otros), las causas constitucionales son flexibles en su finalidad tutelar, y ello hace que el proceso sea ágil en varios aspectos, tendientes a que se pueda conocer mejor a verdad.

Por ello, en el proceso constitucional, existe la audiencia constitucional donde se reciben los alegatos fácticos de ambas partes, (...) hay réplica y contrarréplica, confrontándose así los hechos alegados.

...(omissis)...

Lo expuesto con relación al amparo, puede extenderse en los procedimientos sumarios en lo relativo a la prueba suficiente, y a todo proceso constitucional, en cuanto a la prueba urgente, porque exista temor de que se pierda o que se haga de difícil o improbable evacuación, ante ella el juez podrá ordenar su inmediata recepción u ordenar que se evacuen las decretadas de oficio.

La falta de control por la contraparte será suplida por una actitud "inquisitiva" por parte del juez o del Ministerio Público, o de las partes si pudieran citarse para estos actos. (p.)

Entonces, los límites en el poder oficioso probatorio del juez cobran relevancia en la comparación de lo que sobre el mismo está previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para los procesos constitucionales ante la Sala Constitucional. Conveniente reiterar, que estas normas *in comento*, no son aplicables a los procesos de amparo constitucional, a pesar de que éstos también son procesos constitucionales, por tener los procesos de amparo una ley especial. Sin embargo, las normativas analizadas que forman parte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia pueden servir de referencia, para una reforma de la Ley Orgánica de Amparo, tal y como se ha señalado con anterioridad, a los fines de que se fijen límites a las facultades probatorias oficiosas del juez dentro del proceso de amparo constitucional.

Ello por cuanto esa interpretación desbalanceada del poder oficioso probatorio en los amparos constitucionales de la Sala Constitucional como

máxima instancia constitucional, que en los amparos contra altas autoridades y en los ejercidos contra sentencias de juzgados superiores conoce en primera y única instancia, pueden generar sentencias altamente lesivas a la defensa, la igualdad, y por ende, al debido proceso constitucional, y el acudir a instancias internacionales, en contra de estas decisiones *supra* señaladas es cada vez más difícil para el justiciable.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

En este capítulo, se señalan las conclusiones a la que se ha arribado, luego de realizar el análisis de la información consultada y la expresión de los resultados obtenidos.

En relación al capítulo I, se verificó lo concerniente al procedimiento de amparo establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de sus diversas sentencias normativas, que han otorgado un poder oficioso probatorio amplísimo al juez de amparo, siendo preciso resaltar las siguientes conclusiones:

1. Los jueces que conozcan, tramiten y decidan demandas de amparo constitucional deben ajustar sus actuaciones a los principios y garantías constitucionales, así como al respeto de los principios procesales de las partes en todo proceso, teniendo relevancia por ser el amparo constitucional un medio de tutela urgente e inmediata de derechos y garantías constitucionales.
2. Es un momento oportuno para hacer efectivo el derecho de acción y, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 26 de la Constitución, mediante decisiones ajustadas a los principios y garantías constitucionales, en lo que respecta a las demandas de amparo constitucional, porque constituye el único medio judicial que ante un Estado de Alarma, de excepción o de restricción de garantías constitucionales no se suspende ni paraliza.
3. En este tipo de proceso, debe distinguirse el cumplimiento de la carga procesal del demandante de consignar el instrumento indispensable

para verificar la admisibilidad de la demanda de amparo constitucional, de la oportunidad para que éste promueva y consigne los medios de prueba de sus alegatos, y para demostrar el agravio denunciado.

4. Las causales para inadmitir las demandas de amparo del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales conllevan un análisis de fondo de la situación planteada, limitando en forma contraria a la Constitución el derecho de acción, lo cual las hace contrarias al Texto Fundamental, al limitar el acceso a la justicia previsto en el artículo 26 constitucional, por lo que debería incorporarse a una reforma de la Ley Orgánica de Amparo, los motivos de inadmisibilidad propios de los procesos constitucionales previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ya que estos a la luz de la normativa actual, no pueden ser aplicables de manera supletoria, ya que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), tiene causales expresas de inadmisibilidad de la solicitud de amparo constitucional.
5. La caducidad establecida de seis meses es también una limitante del derecho de acción, que no debe operar en este tipo de demandas, conduciendo en muchos casos a la sustitución del uso del medio judicial de amparo por la revisión constitucional para la protección de derechos y garantías constitucionales frente a sentencias definitivamente firmes, como una estrategia de litigio para eludir la aplicación de esa causal de inadmisibilidad.
6. En los procesos de amparo debe establecerse con claridad la etapa de intervención del tercero coadyuvante de una de las partes, para que éste dentro del lapso probatorio pueda promover los medios probatorios en que pueda apoyar a la parte que coadyuva, y que la

contraparte cuenta con la posibilidad real del control y la contradicción de dichos medios probatorios.

7. El poder cautelar amplio previsto para los jueces de amparo aunado a la posibilidad de que *ab initio* ejerza su potestad probatoria oficiosa, puede incidir –entre otros principios- en la imparcialidad requerida constitucionalmente así como en la capacidad subjetiva que deriva de la ley.
8. La sana crítica en los juicios de amparo constitucional debe servir para la calificación jurídica de la acción y para la valoración probatoria del juez constitucional, a la hora de decidir el caso, mas no para la justificación del ejercicio de la facultad oficiosa probatoria para dar ingreso a pruebas, donde son las partes quienes juegan un papel preponderante para la fundamentación de sus alegaciones.
9. El juez constitucional puede, a instancia de parte, al inicio o bien antes de la audiencia oral y pública, ordenar la evacuación de una prueba anticipada, siempre y cuando esté fundada en el peligro de desaparición de dicha prueba.
10. El juez constitucional está en el deber de buscar la verdad de los hechos alegados, pero con el material probatorio aportado por las partes y que puede complementarse con aquel que él, en forma excepcional, como Director del proceso, pueda recabar si es necesario dentro de la fase probatoria, en forma motivada, poniendo sus conocimientos y máximas de experiencia, sólo cuando existan hechos oscuros o dudosos.
11. En los procesos de amparo constitucional se plantea la violación de

derechos y garantías constitucionales, con ocasión a la actuación u omisión de una persona natural o jurídica que afecta la situación jurídica de otra persona natural o jurídica, por ello siempre existen hechos controvertidos que generan la indefectible necesidad de la apertura a pruebas del proceso y el cumplimiento de esta fase en modo alguno debe chocar con el principio de celeridad que debe imperar en estos procesos de tutela urgente.

12. La Sala Constitucional es la máxima instancia de la jurisdicción constitucional y está facultada en la Carta Magna para establecer criterios vinculantes para ella y para todos los órganos judiciales de la República, en aras del afianzamiento de los principios de certeza, seguridad jurídica y uniformidad de la jurisprudencia, pero esa potestad de interpretación vinculante no debe trastocar la esfera de competencia del órgano legislativo nacional, a quien compete las reformas totales o parciales a leyes de la República, cumpliendo las formas establecidas en el Texto Constitucional para la formación de actos normativos, así como tampoco limitar el control de constitucionalidad que el Texto Fundamental otorga a todos los jueces de la República.

13. Una futura y requerida reforma debe tener en consideración una adecuación del procedimiento de amparo constitucional a los principios constitucionales de inmediación, oralidad, celeridad y contradicción, así como la igualdad de circunstancias para las partes, de modo que puedan en las mismas condiciones de tiempo alegar, probar lo conducente y controlar las pruebas.

14. Para el ejercicio de la facultad probatoria oficiosa del juez, debe producirse la trabazón de la *Litis*, pues deben haber quedado

establecidos por las partes, los hechos controvertidos, para ejercer su función de administrar justicia en forma expresa, precisa y positiva de acuerdo a lo alegado y probado por las partes, incluso para poder utilizar los medios alternativos de resolución de conflictos.

15. Los medios de prueba promovidos por las partes en los procesos de amparo constitucional deben ser acordes e idóneos con la brevedad y celeridad que requiere este tipo de proceso de naturaleza célere y de tutela urgente.

16. Las facultades probatorias oficiosas del juez deben ser ejercidas -en forma excepcional- para aclarar únicamente los hechos oscuros y dudosos que surgen en la audiencia oral y pública, con ello se garantiza el debido proceso, la imparcialidad, la igualdad de las partes en el proceso de amparo constitucional y el principio de la carga de la prueba.

Con respecto al Capítulo II, en el cual se abordó esa facultad probatoria del juez, pero ya vista desde la posibilidad de seleccionar las pruebas que deben ser admitidas o no dentro del proceso de amparo, aunado a las que el juzgador considere oportuno establecer, siendo pertinente resaltar las siguientes conclusiones:

1. La prueba en el procedimiento de amparo constitucional reviste cierta complejidad, ya que si bien es cierto hay actividad probatoria, la misma se ve limitada y restringida por la urgencia y rapidez del proceso, por lo tanto, la complejidad se circunscribe a determinar que medios probatorios se consideran necesarios, siempre y cuando no generen una dilación del proceso, que pueda causar un perjuicio irreparable al actor, el cual debe ser entendido como la

implementación de una prueba que requiera un trámite de mayor tiempo, obviando la existencia de una que sea acorde con la urgencia y brevedad del procedimiento de amparo, asimismo, prevé el legislador que se refiere a cuando el juez acuerda la práctica de una prueba de difícil o improbable evacuación.

2. Es preciso destacar que en las amplias facultades oficiosas probatorias del juzgador, en el proceso de amparo constitucional, encuentran un límite en la selectividad de la prueba, interpretado este principio en el sentido de no admitir aquellas pruebas promovidas por las partes, cuando afectan la celeridad y rapidez del proceso y puedan causar un perjuicio irreparable para el actor, y por otra parte, no admitir las pruebas promovidas por las partes que sean de difícil o imposible evacuación.
3. La facultad del juez de no admitir un medio de prueba por considerar que atenta contra la urgencia y celeridad del procedimiento; o no admitir una prueba por considerar que es de imposible o difícil evacuación, puede transgredir el derecho constitucional a la prueba, si no se cumplen los supuestos establecidos en la ley especial, *ergo*, dicha decisión puede ser recurrida a través del recurso ordinario de apelación una vez que se dicte la decisión definitiva de la acción de amparo; o si por el contrario, las parte perjudicada no quieren esperar que se emita la decisión definitiva, se puede atacar la decisión que declara inadmisibles un medio de prueba por las razones expresadas *ut supra*, a través de una acción de amparo constitucional. Lo anteriormente esgrimido, es sólo para el supuesto procesal de que se configure un abuso en las facultades inquisitivas probatorias oficiosas del juez, que ocasione la violación del derecho a la prueba

que implica la vulneración al derecho constitucional al debido proceso y a la defensa.

4. La libertad probatoria se encuentra limitada en los procesos constitucionales en general y en el amparo constitucional en particular, lo cual se observa, como ya se ha resaltado en líneas anteriores, con la finalidad que se busca con la prueba y la naturaleza urgente que caracteriza a este tipo de proceso, en consecuencia, el juzgador utilizando como fundamento jurídico el principio de la selectividad de la prueba, puede de oficio declarar la inadmisibilidad de los medios de pruebas promovidos por las partes, cuando considere que pueden causar un perjuicio irreparable al actor.
5. La selectividad de las pruebas en el proceso de amparo constitucional, le da al juzgador un amplio espectro de acción, por cuanto como director del proceso y garante de la brevedad del procedimiento, puede no admitir por impertinente un medio de prueba promovido por las partes o por un tercero, por considerar que su evacuación atenta contra la celeridad del amparo, y evacuar de oficio la prueba que considera idónea en sustitución a la que declaró inadmisibile.
6. Las facultades oficiosas probatorias que se conceden al juez en los procesos constitucionales, con especial referencia a la acción de amparo constitucional, tienen como finalidad mantener la supremacía constitucional y tutelar el orden público constitucional, en este sentido, las causas constitucionales son flexibles en su objetivo tutelar, y eso hace que el proceso sea rápido en varios aspectos, con la intención de buscar la verdad material.
7. Los límites a los poderes probatorios oficiosos son los principios constitucionales que regulan el proceso como es el caso del derecho

constitucional al debido proceso que a su vez está conformado por el derecho a la defensa, la imparcialidad del juez, la carga de la prueba, la igualdad de las partes, entre otros.

8. Se plantea como recomendación una reforma de la ley especial de la materia desde el órgano legislativo nacional, a los fines de que se tome en cuenta que si bien en la actualidad, no se ha prohibido la admisión de ninguna prueba, lo cierto es que debe quedar plasmado en la reforma a la ley, lo concerniente a señalar cual es la naturaleza jurídica de los medios de prueba que se deben promover y evacuar en los procesos constitucionales con especial referencia al proceso de amparo constitucional, que sean acordes y guarden relación con la brevedad y celeridad que requieren este tipo de procesos, y evitar las pruebas que sean de difícil o imposible evacuación por el tiempo que las mismas conllevan o la dificultad de su realización, las cuales de promoverse se declararán inadmisibles por impertinentes por no ser idóneas con la naturaleza del proceso.

En el Capítulo III, se abordaron, de forma comparativa con el procedimiento de amparo los procedimientos en materia penal, contenciosa administrativa y laboral, con especial énfasis en las facultades probatorias del juez, arribando a las conclusiones siguientes:

En el proceso penal, se puede afirmar lo siguiente:

1. El Juez en materia penal, en principio no tiene facultades oficiosas, estas solo serán posibles en el desarrollo del debate y siempre que se produzcan nuevos hechos que ameriten la práctica de nuevas pruebas para establecer los referidos hechos.
2. En ejercicio de esa facultad probatoria excepcional del juzgador,

puede ordenar algunas pruebas, como son las inspecciones judiciales, tendentes a determinar el estado del sitio o cosas, relacionadas con los nuevos hechos.

3. También le está permitido al juez, en desarrollo del debate, interrogar a las partes, y en caso de producirse nuevos hechos, inclusive llamar a los testigos para inquirirle sobre esos hechos.
4. Por último, se le concede también la posibilidad de realizar el careo entre testigos, como una manera de verificar la verosimilitud y certeza de las declaraciones, esto en aras de conseguir el convencimiento para proferir su decisión.

En el procedimiento contencioso administrativo, se pueden resaltar las siguientes conclusiones:

1. La oralidad junto con los principios de justicia gratuita, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, publicidad, celeridad, brevedad e intermediación, rigen en los juicios contenciosos administrativos, así como los principios de concentración, continuidad y concentración, que son implícitos a la oralidad.
2. El juez contencioso administrativo como director del proceso tiene poderes para impulsar el proceso de oficio o a instancia de parte hasta su conclusión, e igualmente para promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en cualquier grado y estado del proceso.
3. En la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa está prevista la posibilidad de que el juez contencioso administrativo pueda

sustituir la carga procesal del demandante de acompañar el documento fundamental de su demanda, que le permite al juez verificar su admisibilidad pero no se puede ordenar evacuar pruebas diferentes al instrumento fundamental. En cambio la Sala Constitucional en los procesos de amparo constitucional ha permitido que el juez pueda ordenar la evacuación de cualquier prueba sea o no el instrumento fundamental, aún antes de la admisión de la demanda.

4. En el proceso contencioso administrativo, el Juez puede conforme a la previsión expresa de la ley, dictar auto para mejor proveer, en cualquier estado de la causa, para solicitar información o hacer evacuar de oficio, las pruebas que considere pertinentes, siendo nuestro criterio que esa facultad debe estar limitada a los hechos controvertidos que ofrezcan duda u oscuridad, solo en la etapa procesal de la audiencia para evacuar las pruebas o antes de la oportunidad de dictar sentencia, ofreciendo a las partes la oportunidad de control y contradicción del medio probatorio incorporado al proceso.
5. En la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a diferencia de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el juez que manifieste opinión sobre lo principal del juicio o sobre la incidencia planteada, antes de dictar la sentencia correspondiente, no solo debe inhibirse sino que puede ser recusado, con lo cual se garantiza el derecho a un juez imparcial.
6. En las demandas de contenido patrimonial, está previsto que el demandante acompañe el documento fundamental con la demanda, que el demandado con la contestación presente los instrumentos

(públicos, privados o administrativos) que sirvan de medios probatorios, quedando el resto de los medios reservados para luego de realizada la audiencia preliminar, promover en el lapso probatorio, oponerse y controlar la prueba de la contraparte, siguiendo otra audiencia llamada conclusiva, para luego dictar la sentencia.

7. En el procedimiento breve, se prevé una audiencia oral, donde las partes promoverán sus pruebas, el Tribunal oirá a las partes, propiciará la conciliación, admitirá las pruebas, el mismo día o el siguiente, ordenando la evacuación de las que así lo requieran.
8. En el procedimiento común a las demandas de nulidad de actos de efectos particulares o generales, interpretación de leyes y controversias administrativas, está prevista una audiencia de juicio donde las partes promueven las pruebas y ejercen el control de las ofrecidas por la contraparte.
9. En el procedimiento en segunda instancia se admiten sólo las pruebas documentales, que deberán ser consignadas con los escritos de fundamentación de la apelación y de su contestación.
10. La prueba oficiosa, del juez contencioso, sólo debe versar sobre los hechos controvertidos, una vez que la *Litis* haya quedado trabada, y existan dudas u oscuridad sobre los mismos, debe estar motivado el auto que acuerda la prueba oficiosa, y debe ser objeto de control y contradicción de la prueba por las partes.
11. Se está en desacuerdo con la previsión del legislador de poder ser ejercida en cualquier estado de la causa la facultad oficiosa probatoria del juez contencioso administrativo, toda vez que colisiona con la garantía del debido proceso, lo cual perfectamente puede ser objeto

de control difuso, pues debe ser ejercida en la audiencia oral prevista para la evacuación de los medios probatorios o bien en una etapa anterior a dictar sentencia, pero dando la oportunidad a las partes de ser escuchadas, a los fines de garantizar el control y contradicción del medio incorporado de manera oficiosa.

12. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha colocado -en algunas oportunidades- al demandante en una situación desventajosa, rompiendo la igualdad procesal, al usar en forma indiscriminada esta facultad oficiosa probatoria, bien porque con el auto para mejor proveer ha sustituido la carga de probar de la Administración o incluso ha sustituido su carga procesal de traer el expediente administrativo, para lo cual la Ley dispone una consecuencia jurídica para tal omisión.

13. Los procesos constitucionales ante la Sala Constitucional, regulados por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, prevén el despacho saneador en los mismos o similares términos del legislador para el contencioso administrativo, con el fin de que el demandante pueda corregir errores, no para que el demandante consigne pruebas salvo el documento fundamental de la demanda, ni para que el Juez ejerza su facultad probatoria oficiosa a través del despacho saneador.

14. La Sala Constitucional ha discriminado la forma de traer al proceso las pruebas en el amparo constitucional de otros procesos, y como podemos concluir, la justificación no puede ser el orden público constitucional, porque en los procesos constitucionales está presente el mismo, y en el contencioso administrativo es evidente el orden público y el interés público del proceso.

Conforme al procedimiento laboral, es preciso resaltar:

1. El proceso laboral al igual que el amparo constitucional, es de orden público, y se caracteriza por ser de interés público y de interés social, existen normas que facultan a los jueces a realizar pruebas de oficio, lo que constituye una de las características principales del principio inquisitivo, por lo que existe en el proceso laboral un sistema mixto con características propias del principio dispositivo y del principio inquisitivo.
2. El juez dentro del proceso laboral, tiene la posibilidad de promover y evacuar pruebas de oficio cuándo los medios probatorios ofrecidos al proceso por las partes sean exiguos e insuficientes para emitir la decisión judicial correspondiente.
3. En el proceso laboral, como en el contencioso administrativo, en el amparo constitucional, y en todo los demás procesos judiciales, debe investigarse la verdad, en caso de que estemos en presencia de hechos controvertidos que sean dudosos u oscuros, dándole al juez amplios poderes probatorios oficiosos, siempre y cuando en la búsqueda de esa verdad, se resguarden los derechos constitucionales del debido proceso, del derecho a la defensa, y del derecho a la prueba entre otros.
4. Importante señalar que el juez laboral utiliza sus facultades probatorias oficiosas en materia probatoria en la audiencia de juicio que es la oportunidad procesal para la evacuación de las pruebas, sin embargo, se circunscribe en el ejercicio de esa facultad generalmente, a interrogar a los testigos y expertos promovidos por las partes, y a realizar la declaración de parte, que es un interrogatorio que le formula

el Juez de Juicio al trabajador y al empleador en relación a la prestación del servicio.

5. El juez laboral es cauteloso en el uso de esta facultad oficiosa con respecto a otros medios de prueba diferentes a los señalados *ut supra*, para evitar que en la búsqueda de la verdad de los hechos, pueda incurrir en la pérdida de la imparcialidad; o pueda suplir la carga de la prueba que tiene cada una de las partes dentro del proceso, quebrantando de esta manera el principio de igualdad que son a su vez garantías constitucionales que forma parte del Debido Proceso establecidas en el artículo 49 constitucional.
6. Es conveniente señalar que las sentencias normativas, dictadas por la Sala Constitucional, que establecen el procedimiento del amparo constitucional, a diferencia del proceso laboral, facultan al juez para poder utilizar sus facultades oficiosas probatorias durante todo el proceso, con poderes exorbitantes que violentan el debido proceso constitucional.
7. A diferencia del proceso de amparo constitucional, en el proceso laboral existe un despacho saneador previsto en el artículo 124 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pero a través del mismo, el juez no puede ordenar la evacuación oficiosa de medios probatorios, sino sólo se le puede ordenar al demandante, que subsane los vicios o defectos de la demanda por no cumplir con los requisitos previstos en el artículo 123 *eiusdem*. En este sentido, es conveniente señalar que en el *artículo in comento*, no se hace ninguna alusión a medios probatorios, ni a la necesidad de consignar el instrumento fundamental en la oportunidad de la interposición de la demanda.

Por último en el capítulo IV, se abordó lo referente a la comparación entre las facultades oficiosas del juez en los otros procesos constitucionales, comparados con el procedimiento de amparo constitucional, siendo que si bien es cierto, que ambos están incluidos en la jurisdicción constitucional, cuya ley no ha sido dictada, no es menos cierto, que cada uno tiene sus propias características, siendo relevante resaltar:

1. En todos los procesos constitucionales el **interés público** es inherente a la función de juzgar en forma ajustada a derecho, para evitar las arbitrariedades, dar prevalencia a la seguridad jurídica y a la lealtad respecto al cumplimiento del ordenamiento jurídico en pro del interés general.
2. En los casos en que se produzcan excesos en el ejercicio del poder oficioso probatorio de los jueces de instancia o de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia excepto la Sala Constitucional, el vicio que se produzca en la sentencia que se dicte, encuentra subsanación mediante la revisión constitucional, para el mantenimiento de la supremacía constitucional.
3. Cualquier lesión producto de la aplicación de los avances tecnológicos en el ejercicio del poder oficioso probatorio del tribunal, abre las puertas para la interposición de una demanda de amparo constitucional, por infracción de los derechos y garantías constitucionales al debido proceso, la defensa y violación del principio de legalidad de las formas de los actos procesales.
4. No existe autotutela o autorrevisión de las decisiones producto del ejercicio del poder oficioso probatorio en los procesos constitucionales llevados ante la Sala Constitucional, porque así lo establecen la

Constitución y la ley que regula el funcionamiento del más alto Tribunal de la República, pero existe la posibilidad de revocar por contrario imperio decisiones interlocutorias, y de modificar las medidas cautelares en todo estado y grado del proceso.

5. El orden público constitucional ha sido el fundamento de la potestad de control de oficio de la constitucionalidad o del control incidental de la constitucionalidad, para garantizar la supremacía de la Constitución.
6. El concepto de orden público, a los efectos de la excepción al cumplimiento de ciertas normas relacionadas con los procesos constitucionales, como la no aplicación de lapso de caducidad o bien no dar terminación al proceso y por ende continuar con el procedimiento, permitiendo el rol de juez activo, se refiere a la amplitud en que el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes.
7. El orden público constitucional funciona como motivo para sustraer el conocimiento de la causa del juez natural, a distinción del orden público puro y simple que excepciona de las causas de inadmisibilidad o de cierre de la causa, para continuar conociendo la misma el tribunal competente.
8. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene un rol hiperactivo en el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, donde no priva el principio dispositivo, pudiendo ella suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por

tratarse de un asunto de orden público, o bien iniciar el proceso de nulidad de oficio, cuando haya desaplicado por control difuso la norma que colida con la Constitución o lo haya efectuado un juez de instancia. Igualmente, cuando ejerce la potestad de revisión de oficio respecto a alguna sentencia de otra Sala.

9. Todos los jueces en general tienen un rol activo al ejercer el control difuso de la constitucionalidad, al desaplicar para el caso en concreto la norma que consideren colida con el Texto Fundamental, pero encuentra limitación en la consulta, que los mismos deben elevar a la Sala Constitucional, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión.
10. En Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se le otorga un amplio poder cautelar a la Sala Constitucional dentro de los procesos constitucionales en general así como en los especiales, ya que en cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y ella podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes, indicando como límites de ese rol de juez preservador, que tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.
11. El poder oficioso probatorio del juez constitucional no puede ejercerse a través del despacho saneador, por cuanto la finalidad de este es corregir errores en la demanda, no suplir las probanzas que deberán en la etapa correspondiente traer a los autos las partes, u otros partícipes en estos procesos, como pueden ser el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Defensor o Defensora del Pueblo y así como de cualquier otra autoridad que estime pertinente en la admisión de la demanda.

12. El poder oficioso probatorio en los procesos constitucionales previstos ante la Sala Constitucional para que esta actúe como el llamado juez investigador tienen como límite, la trabazón de la *litis*, pues debe ejercerse para esclarecer los hechos controvertidos dudosos u oscuros, y en la etapa de la audiencia pública, por ello la Sala Constitucional en los procesos de amparo constitucional ha desvirtuado la finalidad de este rol, pues lo ejerce en forma contraria a lo que establece el debido proceso constitucional que a su vez, debe ser el límite del poder probatorio oficioso del juez del amparo constitucional.

13. Que se deben utilizar como referencia las normativas previstas en la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que regula los procesos constitucionales, en una reforma de la Ley Orgánica de Amparo, a los fines de fijar un límite al poder probatorio oficioso del juez, ya que dicha normativa es acorde con la garantías constitucionales, de la imparcialidad, juez natural de los derechos a la defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva e igualdad de las partes en el proceso.

14. A diferencia de los procesos constitucionales en general, lo cual aplica al amparo constitucional, en las demandas de protección de intereses colectivos y difusos se prevé despacho saneador para corregir por ejemplo la omisión de identificar el documento fundamento de la pretensión, pues se pretende con ella tutelar derechos colectivos de un grupo determinado o determinable de personas, o bien indeterminado.

Conforme a todas las conclusiones antes explanadas, valga culminar afirmando que el hiperactivismo del juez constitucional no puede sucumbir

los derechos de las partes, ya que está llamado a ser activo como Director del proceso, lo cual en modo alguno le da licencia para sustituirse o coadyuvar a una de las partes, lo cual conlleva indefectiblemente a impedirle dictar el pronunciamiento de fondo, dando lugar a recusación por motivos sobrevenidos.

Esos excesos en el ejercicio del poder oficioso probatorio son anomalías que dañan el proceso, vician al juzgador, y la decisión que surja será tildada de injusta, pues no ha sido el resultado del examen y valoración de los hechos y aplicación del derecho en forma objetiva, ética e imparcial, como lo prescribe la Constitución al disponer el derecho a ser juzgado por el juez natural, que engloba la capacidad objetiva y la subjetiva.

Por lo que el juez puede en el ejercicio de su poder oficioso probatorio, ser un personaje bien activo dentro del proceso, sin perder su deber fundamental de ser garantista, esto es, garante del cumplimiento de los principios, derechos y garantías que la Constitución brinda al justiciable dentro del desarrollo del proceso como instrumento para el logro de la justicia, lo que es exigible, con mayor ahínco en un procedimiento de amparo, que busca proteger derechos y garantías constitucionales infringidas, sin que pueda ser óbice para que el juzgador viole los derechos de las partes a un juicio justo.

REFERENCIAS

- Acevedo, M. (2008). **Límites de la actividad probatoria oficiosa del juez en el proceso laboral**, (Trabajo Especial de Grado) disponible en <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/bliblioteca/marc/texto/AAR7479.pdf>.
- Araujo, J. (1997). **Los derechos fundamentales y los medios de protección procesal**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.
- Badell, R. (2020). **Derecho Procesal Constitucional**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Venezuela.
- Benítez, J. (2013). **Distinción y Alcance de las Categorías Jurídicas Interés Público y Orden Público en el Derecho Administrativo Venezolano**. UCV. Caracas, Venezuela.
- Brewer-Carias, A. (2011). **El Amparo Constitucional en Venezuela**. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. V (27), [fecha de consulta 18 de febrero de 2021]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222188013>
- Cabrera Romero, J. (2010). **Revista de Derecho Probatorio**. Ediciones Homero.
- Cafferata, J. (1998). **Imparcialidad del Juez y Prueba de la Acusación**. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.
- Calvo Baca, E. (2011). **Terminología Jurídica Venezolana**. Ediciones Libra. C.A. Caracas, Venezuela.
- Código de Procedimiento Civil**. Gaceta Oficial N° 4209 ext. Del 18 de septiembre de 1990.

Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.078 Extraordinario de fecha 15 de junio 2012.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 15 de febrero de 2009.

Couture E.(1978). **Estudios de Derecho Procesal Civil.** Tomo II. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.

Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

Delgado I., R. (2004). **¿El sistema procesal penal venezolano es realmente un sistema acusatorio?** Revista del Ministerio Público (2004) N° 3 Jul/Dic. Caracas - Venezuela.

Delgado Salazar, R. (2004). **Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano.** Editorial Hermanos Vadell. Caracas, Venezuela.

Delgado Salazar, R. (2015). **Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano.** Editorial Hermanos Vadell- Caracas, Venezuela.

Farías, G. (2005). **Hablemos de Ética.** Revista Corte Superior de Lima. Perú.

Hernández-Mendible, V. (2011). **Los Medios Probatorios en los procesos constitucionales por audiencias. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica.** I Congreso Internacional del Derecho Procesal Constitucional. En homenaje al Dr. Román Duque Corredor. Vol. I: 143-202. Disponible en <https://cupdf.com/document/homenaje-duque1.html>

Ley No. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. Gaceta Oficial No. 10622 del 15 de junio de 2011 de la República Dominicana.

Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

Ley Orgánica de la Defensa Pública. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela .N° 38.595 del 2 de enero de 2007.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Gaceta Oficial de la República

Bolivariana de Venezuela N° 37.995 del 05 de agosto de 2004.

Ley Orgánica de la jurisdicción Contencioso Administrativa. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 39.451, de fecha 22 de junio de 2010.

Ley Orgánica del Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.504 del 13 de agosto de 2002.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.522 del 01 de octubre de 2010.

López, B. (2008). **Del mito de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales de amparo.** Revista Gaceta Constitucional, Tomo 11. Lima, Perú.

López, B. (2012). **Los Medios Probatorios en los Procesos Constitucionales.** Gaceta Jurídica. Lima, Perú.

Medina, J. (2011). **El Principio Dispositivo y el Poder Discrecional del Juez Constitucional en Venezuela** (Trabajo Especial de Grado) Universidad Monteávila. Caracas, Venezuela.

Ossorio, M. (1973). **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

Pérez Sarmiento, E. (2011). **Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal.** Editorial Hermanos Vadell. Caracas, Venezuela.

Rivera, R. (2008). **Actos de Investigación y pruebas en el proceso penal.** Librería J. Rincón G. C.A. Barquisimeto, Venezuela.

Rivera, R. (2015). **Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal.** Editorial Horizonte. Barquisimeto, Venezuela.

Sagües, N. (2016). **Constitución bajo tensión.** Instituto de Estudios Constitucionales. Querétaro, México.

Santana, M. (1985). **Vocabulario Procesal en Materia Probatoria y Otros Estudios Jurídicos.** Paredes Editores. Caracas, Venezuela.

Sevilla, C. (2010). **La Prueba en el proceso constitucional.** Gaceta Jurídica. Lima, Perú.

Torrealba, M. (2012). **Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa** (Parte Final). Revista de Derecho Público Nro. 129. Caracas, Venezuela.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 07, de fecha 01 de febrero de 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 176, de fecha 10 de marzo de 2015.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 156, de fecha 24 de marzo de 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 1049, de fecha 30 de julio de 2013.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 1207, de fecha 06 de julio de 2001.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 1689, de fecha 19 de julio de 2002.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 2489, de fecha 18 de diciembre de 2006.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 2933, de fecha 10 de octubre de 2005.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 320, de fecha 04 de mayo de 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 3332, de fecha 04 de noviembre de 2005.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 407, de fecha 30 de marzo de 2012.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 492, de fecha 12 de marzo de 2003.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 442, de fecha 04 de abril de 2001.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 522, de fecha 08 de junio de 2000.

- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 680, de fecha 09 de julio de 2010.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 657, de fecha 04 de abril de 2004.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 778, de fecha 03 de abril de 2004.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 80, de fecha 09 de marzo de 2000.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 828, de fecha 27 de julio de 2000.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 827, de fecha 03 de diciembre de 2008.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 91, de fecha 12 de agosto de 2020.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa. Sentencia N° 1658, de fecha 10 de diciembre de 2014.
- Zambrano, F. (2007). **El Procedimiento de Amparo Constitucional**. Editorial Atenea. Caracas, Venezuela.