



**COORDINACIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL
PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL
EN VENEZUELA**

(con especial referencia a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)

**Trabajo Especial de Grado
presentado para optar al Título de Especialista**

en

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Autor: José Gregorio Medina Colombani
Tutor: Dr. Gonzalo Pérez Salazar

Caracas, abril de 2011

Caracas, 05 de abril de 2011

Señores
Comité Académico de la Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional
Presente

En mi carácter de tutor del Trabajo Especial de Grado presentado por el alumno José Gregorio Medina Colombani, portador de la C.I. N° 5.571.369, para optar al grado de especialista en **Derecho Procesal Constitucional**, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

Se suscribe atentamente,

Gonzalo Pérez Salazar

A Natalia, la mejor amiga de mis sueños, su inspiración constante
A Catherine y a María José, quienes llegaron a nuestras vidas como un beso de Dios
A Dios, quien en mi existencia ha dejado siempre su hermosa huella

*A la profesora Gisela López,
Al profesor Gonzalo Pérez S.
A la Universidad Monteávila
Gracias por su apoyo y estímulo*

**COORDINACIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL
PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA
(CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA)**

Autor: José Gregorio Medina Colombani
Tutor: Dr. Gonzalo Pérez Salazar

RESUMEN

Al amparo del “nuevo orden constitucional” que postula nuestra suprema ley, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha venido construyendo una doctrina mediante la cual ha incrementado sus poderes discrecionales. Ello ha coincidido con la penetración del Ejecutivo Nacional en la conciencia judicial al tiempo del ejercicio de la función jurisdiccional. Como resultado de tal influencia, la discrecionalidad como poder del juez, ha trascendido más allá de los límites que regularmente se encontraban sometidos al principio dispositivo como rector del proceso, lo cual se aprecia de las interpretaciones que la Sala Constitucional ha dado a la normativa que asigna sus competencias, reforzada con su incorporación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El presente trabajo tiene por objeto establecer los términos en que actúa el principio dispositivo, abordar las nociones que describen y definen el poder discrecional y los límites que a las facultades del poder discrecional ejercido por el juez constitucional impone necesariamente el principio dispositivo como garantía del justiciable con ocasión de la función jurisdiccional.

Para la elaboración del presente trabajo se ha procedido a través del método de investigación documental, que se inició en el análisis de trabajos realizados tanto por la doctrina foránea (Esparza Leibar, 1995. F. Carnelutti, 1973. E. Couture, 1958), como por la doctrina nacional (R. Feo, 1907. H. Cuenca, 1976. J. Rodríguez U. 1984. R.J. Duque, 2008), entre otros. Igualmente se hizo uso de leyes nacionales publicadas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Salas Constitucional, Político Administrativa y de Casación Civil, y de registros documentados por organizaciones internacionales (Organización de Estados Americanos, Comisión de Derechos Humanos) y artículos publicados en la Internet. Gracias a la información obtenida hemos procurado elaborar una aproximación teórica a modo de límites a la discrecionalidad del juez constitucional.

PALABRAS CLAVE:

Principio dispositivo. Función jurisdiccional. Poder discrecional.

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, a más de derecho de rango constitucional, consagra a ese nivel la acción, cuyo ejercicio por el justiciable pone en movimiento todo un aparato destinado a satisfacer sus necesidades legales. Nuestro sistema procesal, por otra parte, reconoce y por ello estimula la actividad del individuo en la defensa de sus derechos, todo ello posible gracias al principio del debido proceso; principio que, como se verá, no solo circunda esa primera actividad: el reclamo judicial (la demanda) sino que se instituye en el proceso a través de toda una articulación de normas destinadas a garantizar el debido proceso, cuya importancia lo ha elevado también a un rango Constitucional.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, derogatoria de la de 2004 y esta de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, no solo han reconocido la vigencia de aquel principio, sino que la discrecionalidad del juez ha experimentado un evidente incremento que ya se apreciaba bajo el régimen constitucional anterior. Hoy ha logrado altos índices de recurrencia, sobre todo en lo que atañe a las controversias en la que se debaten derechos que interesan al orden público, todo con ocasión de los altos poderes que al juez constitucional atribuye nuestra máxima ley y la que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha asignado expresamente a través de muchas de sus sentencias.

Los comentarios que se consignan con este trabajo tienen como propósito el de establecer cuáles son las principales instituciones que participan en la función jurisdiccional que se cumple a través del proceso, y el de precisar como deben o logran conjugarse para resultar en el fin político perseguido por el Estado.

Nuestra disertación contiene cinco (5) capítulos en el que la hemos dividido: con el primero se ofrecen las opiniones de variados y autorizados autores, tanto foráneos como nacionales, con el objeto de precisar sus dimensiones conforme a esas doctrinas, con algunos aportes que hemos procuramos hacer afirmándolo en su rol protagónico procesal.

En el capítulo segundo se aborda el principio inquisitivo y la necesidad de su consagración, y se intenta demostrar cómo pueden interactuar armoniosamente. En el tercer capítulo se aborda la cualidad y el interés desde cuyos ángulos se pretende aprehender cómo operan ambos institutos en la legitimación para obrar en el proceso; el cuarto capítulo se destina al estudio de la jurisdicción y la función jurisdiccional y en el quinto capítulo se analiza cómo opera la discrecionalidad del juez constitucional desde el punto de vista de la Constitución, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, del criterio de la Sala Constitucional en sus sentencias y de cómo en nuestra opinión debe ser ejercida.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el presente trabajo hemos querido conciliar a través de su confrontación (como asumimos que lo han hecho quienes han tenido la atribución de legislar), el principio dispositivo que asigna al titular de un derecho la facultad de ejercerlo o no, de cederlo o en una palabra, de disponer de él; de los términos en que debe avanzarse el razonamiento judicial versus la discrecionalidad y en consecuencia la potestad que se atribuye al juez con el objeto de proteger un bien jurídico superior –y posiblemente distinto- a los intereses que debaten en el proceso.

Determinar las dimensiones del principio dispositivo, incluida su utilidad en nuestro sistema de derecho, es una necesidad que este trabajo nos ha impuesto; entender cómo deberá posibilitarse la intervención del juez para limitar la perversión del poder que se coloca en sus manos es otra asignación que se interpone en el tránsito hacia la meta perseguida; y cómo deberán precisarse las dimensiones del bien jurídico superior que precisa de tutela es, finalmente, un asunto ineludible.

Hemos creído conveniente en nuestra disertación, recordar y tener presente las nociones de legitimación, cualidad e interés y las diferencias entre esas figuras, pues entendemos que tal conocimiento nos ayudará a comprender el propósito de este trabajo.

Hemos de advertir sin embargo, que en consideración a que la legitimación, la cualidad y el interés son figuras jurídicas –en nuestra opinión- todavía objeto de investigación por la doctrina más autorizada, únicamente las abordaremos con la sola intención de acercarnos a ellas, en su configuración fundamental, y no con la pretensión de establecer sobre el respecto teoría alguna, ya que no es ese el objetivo de este estudio.

Con la única finalidad de esbozar el problema que abordaremos, advertimos desde ya que la carencia de legitimidad, de cualidad o de interés en intentar la demanda o en sostener el juicio, se ha constituido y aun hoy se coloca en un impedimento definitivo para darle beligerancia al demandante en el procedimiento por él iniciado; vale decir, no basta

que la demanda sea instada, sino que debe serlo por quien tenga legitimidad para ello. Aludimos al imperio del principio dispositivo que gobierna tanto en el derecho privado como en el derecho público el inicio y continuación de todo proceso.

Sin embargo, ni la vigencia del principio dispositivo ni su aparente (o evidente) necesidad desdican la conveniencia de consagrar excepciones a su total o absoluta aplicación; aunque estas, debemos subrayar, deberán encontrarse siempre orientadas a tutelar un bien jurídico superior involucrado directa o indirectamente en el proceso. Tales excepciones son aquellas reglas que le permiten al juez actuar oficiosamente, y aunque esas reglas parecieran contener limitaciones a su ejercicio, la discrecionalidad suele obrar en tales casos en el fuero subjetivo del juez con lo cual termina imponiéndose valores de tal contenido. Allí donde se le confiere discrecionalidad al Juez es el lugar donde se produce el enfrentamiento con los derechos que el demandante ha venido a ventilar en el proceso: no es extraño que el ejercicio de la discrecionalidad pueda perjudicar, por su desviación, el derecho del particular.

Una incógnita pues que habrá de despejarse se reduce a responder si irrumpe o no contra el principio dispositivo la discrecionalidad que en la LOTSJ permite al Juez iniciar y actuar de oficio en el proceso constitucional.

CONTENIDO

Dedicatoria		III
Agradecimientos		IV
Resumen		V
Introducción		VI
Planteamiento del problema		VIII
Abreviaturas		XII
CAPÍTULO I	EL PRINCIPIO DISPOSITIVO	1
I.I	Nociones	1
I.II	Ámbito de aplicación y su importancia en el derecho procesal	5
I.III	Bases constitucionales	7
CAPÍTULO II	EL PRINCIPIO INQUISITIVO	11
CAPÍTULO III	LA LEGITIMACIÓN	15
III.I	La cualidad y el interés en el proceso constitucional	15
III.II	La legitimación a propósito del ejercicio de las acciones y recursos constitucionales	19
CAPÍTULO IV	JURISDICCIÓN Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL	23
IV.I	El Juez como director del proceso. La autonomía de los poderes públicos nacionales y la ausencia de jurisdicción. Las garantías de la jurisdicción	25
IV.I.I	El juez como director del proceso	25
IV.I.II	La autonomía de los poderes públicos nacionales y la ausencia de jurisdicción	26
IV.I.III	Las garantías de la jurisdicción	35

CAPÍTULO V	LA DISCRECIONALIDAD	45
V.I	Los poderes del juez constitucional y sus límites necesarios.	48
VI	Procesos instados de oficio en la LOTSJ	59
VI.I	La cautelaridad de oficio	62
VI	CONCLUSIONES	69
	REFERENCIAS	71

ABREVIATURAS

CIDH	COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CJ	COMISIÓN JUDICIAL
CNT	COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES
CNE	CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
CPC	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL
COPP	CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL
FFAA	FUERZA ARMADA NACIONAL
INTI	INSTITUTO NACIONAL DE TIERRAS
LOA	LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
LOPE	LEY ORGÁNICA DEL PODER ELECTORAL
LOTSJ	LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
MD	MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA DEFENSA
MIJ	MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LAS RELACIONES INTERIORES Y JUSTICIA
MJ	MINISTERIO PÚBLICO
OEA	ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS
PM	POLICÍA METROPOLITANA
SC	SALA CONSTITUCIONAL
SCC	SALA DE CASACIÓN CIVIL
SCS	SALA DE CASACIÓN SOCIAL
SPA	SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA
TSJ	TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

I EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

I.I NOCIONES

Comenzaremos afirmando que el principio dispositivo –como tal principio- constituye una de las bases fundamentales del proceso y del procedimiento. Decimos «del proceso» por cuanto es una de las reglas –uno de los principios- que le dan forma sustancial; y «del procedimiento» toda vez que encuentra lugar tanto al inicio como en el decurso de su desarrollo.

En la doctrina foránea¹ se lo define como aquél principio «...*que en el proceso civil atribuye a las partes la tarea de estimular la actividad judicial y aportar los materiales del proceso...*» De manera tal que el juez sólo podrá emitir su dictamen bajo las referencias suministradas por los sujetos procesales «...*distinguiendo los intereses públicos de los privados...*» (...) «*En este contexto, el principio dispositivo no es sino un reflejo, en la concreta faceta procesal, de la autonomía de la voluntad respecto de los intereses privados.*»²

Como lo sostiene nuestro Cuenca³ «...*el proceso se impulsa y se desarrolla por la actividad de los sujetos que intervienen en él.*» Hasta donde sabemos, la doctrina nacional no ha propuesto una definición del principio dispositivo, pero universalmente se está de acuerdo en que se encuentra íntimamente vinculado a la *disponibilidad* de los derechos que ventilan las partes en el proceso. Nosotros sostenemos que, además, el principio dispositivo *garantiza* la disponibilidad –*en el*

¹ MONTERO/ORTELLS/GOMEZ. *DERECHO JURISDICCIONAL. PARTE GENERAL*. Barcelona 1993, t. I. Pág. 465-471, citado por ESPARZA LEIBAR, IÑAKI. *EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona 1995, p. 33.

² ESPARZA LEIBAR, IÑAKI. *EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO*. Ob. cit., p. 34.

³ CUENCA, HUMBERTO. *DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO I*. Ediciones de la Biblioteca Central de Venezuela. Colección Ciencias Jurídicas. Tercera Edición. Caracas, 1976., p. 261.

proceso- de los derechos patrimoniales que las partes disputan judicialmente. No debe confundírsele con el derecho de disposición material⁴ (la cesión o la venta en la transacción judicial, por ejemplo), ya que no se trata sino de la base procesal que le permite a las partes actuar en la causa entre ellas pendiente. Como se verá, es gracias al impulso procesal implícito en el principio dispositivo que las partes solicitan y estimulan en el órgano jurisdiccional la satisfacción de su reclamo a través de la sentencia, y es de tal trascendencia que el Tribunal se encuentra limitado –salvo las excepciones instituidas en los procedimientos en que se ventilan intereses gobernados por el derecho público- a proferirla conforme a los parámetros fijados por las partes⁵ en la demanda (que marca el inicio del procedimiento), en su contestación y en las probanzas que obren en la causa.

En una de sus obras, al referirse a la vinculación histórica del juez, vale decir, a aquella vinculación a los hechos acaecidos, alegados y traídos al proceso por las partes y documentados por ellas en el proceso, el maestro F. Carnelutti⁶ en clara alusión al principio dispositivo señalaba que «...*el juez no puede considerar existentes hechos no afirmados por una parte ni inexistentes hechos afirmados por ambas partes, y, por otra parte, no puede considerar existentes hechos afirmados por una parte cuando no resulten de las pruebas exhibidas y practicadas, con la única excepción de los hechos notorios o de los hechos inherentes al proceso...*»

⁴ En igual sentido BERHARDT –citado por E. COUTURE en *FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL*, tercera edición, Roque Depalma Editor. Buenos Aires 1958, p. 186. Para E. COUTURE, por el contrario “*la distinción, aunque exacta, peca de excesivamente sutil. La disposición de los hechos del proceso –afirma- es la consecuencia natural de la disponibilidad del derecho debatido en el proceso.*”

⁵ Salvo que se vicie el fallo, el Juez al proferir su sentencia debe ceñirse a lo previsto en los artículos 12 y 243.5 del Código de Procedimiento Civil que ordenan, respectivamente:
“... *En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados...*”
Toda sentencia debe contener:

(...)

5º *Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas...*”

⁶ CARNELUTTI, FRANCESCO. *INSTITUCIONES DEL PROCESO CIVIL*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina 1973. vol. I, p. 295.

Y así lo tiene reconocido nuestra casación⁷ en reiterados fallos, uno entre los más añejos ha señalado que «... *el Juez no puede basar su fallo en hechos que el actor no haya invocado en su libelo de demanda...*» En nuestro país la doctrina es conforme con los anteriores postulados. Para el profesor Pesci Feltri⁸ «... *el juez debe declarar la voluntad concreta de la ley que pone fin al juicio, ateniéndose a lo alegado y probado en autos por las partes y a instancias de ella.*» Y agrega «*La sentencia que no aplique este principio y que se pronuncia acerca de hechos distintos a los alegados y fundamente su demostración con pruebas no aportadas por las partes, es incongruente, y por tanto nula...*»

Por su parte, el maestro Rodríguez Urraca⁹ en un elogiado trabajo suyo nos advierte sobre la existencia de cuatro aspectos del principio dispositivo; a saber: 1) no hay proceso sin demanda; 2) el tema a decidir es establecido por las partes; 3) el juez debe decidir exclusivamente en base a lo que ha sido probado por las partes; y 4) el juez no puede condenar a una cosa distinta de la que ha sido pedida por las partes.

Como puede apreciarse, el principio dispositivo contiene parámetros de referencia que gobiernan o se hacen presentes en todo procedimiento que concluya con una sentencia; pero el principio dispositivo no es solo eso: límites a la actividad del juez, desde cuya óptica podría afirmarse que se está en presencia de una obligación; tal es, la de respetar y no invadir la esfera de los derechos privados de las partes, pues siendo de la incumbencia de ellas no le está permitido al juez obrar sino dentro de aquellos linderos de la controversia que han trazado en el pleito a ser resuelto mediante sentencia judicial. Nuestra opinión parece concordar con la que nos

⁷ Sentencia de fecha 7 de agosto de 1957, Gaceta Forense, año 1957, 2^{da} Etapa N° 17, Vol. II., p. 229.

⁸ PESCI FELTRI, MARIO. *BREVE EXPOSICIÓN SISTEMÁTICA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL PARA EL DESARROLLO DE UN COMENTARIO EXEGÉTICO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*. En: Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. N° 2. julio – Diciembre 1999. Librosca. Caracas 2000, p. 80.

⁹ RODRÍGUEZ U., JOSÉ. *LA AUTORIDAD DEL JUEZ Y PRINCIPIO DISPOSITIVO*. Editor Aníbal Álvarez A. Caracas 1984. p. 8.

muestra Couture¹⁰, para quien el principio dispositivo «...se apoya en la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares.»

Desde la óptica de las partes, el principio dispositivo refleja facultad de obrar *en el proceso*, no obligación. Esta diferenciación ha sido motivo de discusiones en la doctrina. Si se tiene en consideración que el impulso procesal¹¹ hace parte del principio dispositivo, se ha afirmado con razón que se encuentra asignada a la parte *la carga* de estimular el proceso. Acá se han enlazado discusiones que abogan unas por atribuirle al impulso procesal la condición de *obligación*, otras el de *carga* y otras la de *facultad*. Ya habíamos despejado dudas en cuanto a que –en nuestra opinión– desde la óptica del juez el principio dispositivo luce obligación, en tanto que desde la óptica de las partes refleja facultad de obrar *en el proceso*. Sin embargo, para Carnelutti¹² la distinción se funda «... en la diversa sanción conminada a quien no realiza un acto: existe solo obligación cuando la inercia da lugar a la sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio, si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga...» Y más adelante agrega: «... obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en el elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio.» Idéntica opinión sostiene Couture¹³ para quien la carga «... puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en el interés del sujeto, y cuya omisión trae aparejada una

¹⁰ COUTURE, EDUARDO J. *FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL*. Tercera edición, Roque Depalma Editor. Buenos Aires 1958, p. 186.

¹¹ COUTURE, EDUARDO J. *FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL*. Ob. cit., p. 187.

¹² CARNELUTTI, FRANCESCO. *LA PRUEBA CIVIL*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979, pp. 217-218.

¹³ COUTURE, EDUARDO J. *FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL*, Ob. cit., pp. 209 ss.

consecuencia gravosa para él.» También nuestro Cuenca¹⁴ participa de igual criterio. Debemos afirmar, luego de asimilada la atinada distinción, que *v.gr.*, ante el supuesto de la perención, o de la firmeza de un fallo por falta de impugnación, no se produce técnicamente el incumplimiento de un deber jurídico (ya que éste trasluciría la existencia de una obligación), sino del incumplimiento de una carga procesal, como lo sería en el primer ejemplo citado, *impulsar* el agotamiento del proceso a su siguiente fase, o *impulsar*, en el segundo, la revisión del fallo.

Feo, en sus *Estudios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*¹⁵ (correspondientes al código de 1897), explicaba que las diferencias entre lo *requisitorial* del procedimiento civil y lo *inquisitorial* del procedimiento criminal «... resultan de la naturaleza de los intereses que el Juez está llamado á juzgar en uno y en otro caso. En lo civil el debate no versa en general sino sobre intereses puramente privados, que no tienen influencia directa sobre el orden público y la estabilidad social, y sobre los cuales intereses cada cual es dueño de usar de sus derechos como lo crea conveniente, hacerlos valer ó renunciarlos, transigir con quien se los disputa ó abandonarlos sin defensa...»

I.II ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO PROCESAL

El principio dispositivo se adopta por primera vez en nuestro ordenamiento en el Código de Procedimiento Judicial promulgado el 12 de mayo de 1836 (Código de Aranda). Luego de sucesivas reformas, se consagró en el artículo 14 del CPC de 1897 la siguiente disposición:

“En materia civil el Juez no puede proceder sino á instancia de parte, salvo el caso de que la ley lo autorice para obrar de oficio.”

¹⁴ CUENCA, HUMBERTO. *DERECHO PROCESAL CIVIL.*, Ob. cit., p. 275.

¹⁵ FEO, RAMÓN F. *ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO. TOMO I.* Tipografía Guttenberg, Caracas 1907, p. 51.

El Dr. Pablo Ruggeri P.¹⁶ al referirse a la acción de nulidad prevista en el artículo 128.9 de la Constitución de 1945, sostenía que «...*de la acción de nulidad no puede conocer la Corte Federal y de Casación de oficio porque ello no le está atribuido al Alto Tribunal, ni por la Constitución ni por la Ley que organiza sus funciones, y en atención asimismo de que la función ordinaria de los Tribunales en materia no represiva es la de proceder a instancia de parte.*»

El artículo 82 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹⁷ disponía que « *[l]a Corte conocerá de los asuntos de su competencia a instancia de parte interesada, salvo en los casos en que pueda proceder de oficio de acuerdo con la Ley.*»

El CPC vigente¹⁸ dispone en su artículo 11 que « *[e]n materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes.*» Por su parte, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en vigor¹⁹ señala en su 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.*»

Como puede apreciarse de las distintas disposiciones citadas, el principio dispositivo se ha encontrado históricamente en todo nuestro ordenamiento jurídico, y se manifiesta desde el inicio del procedimiento en el impulso que la parte ha de darle a éste mediante la interposición de su reclamación ante el juez, sin perjuicio de que en casos de excepción éste podrá iniciar el procedimiento oficiosamente, como lo

¹⁶ RUGGERI PARRA, PABLO. *CUESTIONES DE DERECHO PÚBLICO*. Editorial Venezuela, Caracas 1946, p. 18.

¹⁷ Gaceta Oficial N° 1.893, edición Extraordinaria de fecha 30 de julio de 1976.

¹⁸ Gaceta Oficial N° 3.694, edición Extraordinaria de fecha 22 de enero de 1986, y en Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria del 18 de septiembre de 1990.

permitía el artículo 220.3 de la Constitución Nacional derogada al atribuirle al Ministerio público la facultad de «[e]jercer la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, sin perjuicio de que el Tribunal proceda de oficio cuando lo determine la ley.”

Pero aun en materia penal el procedimiento solo puede iniciarse por aquél a quien corresponde el ejercicio de la acción. Tratándose de delitos que ofenden el honor de las personas, la responsabilidad penal solo es perseguible a instancia o a solicitud de la víctima o parte agraviada; tratándose de delitos que lesionan o atentan contra bienes o intereses de orden público, la responsabilidad penal es perseguible por el Ministerio Público, quien se encuentra habilitado por la ley para ejercerla (artículos 11, 24 y 25 del COPP²⁰). En este último caso no hacemos distinción alguna (aun cuando es el Estado quien a través del Ministerio Público debe ejercer *de oficio* la acción), por cuanto no es el juez quien abre el procedimiento penal, sino que principia –como en los citados supuestos- previa demanda de parte.

Sin embargo, frente a la tendencia de acercar cada vez más la realidad al proceso, el principio dispositivo encuentra, como veremos adelante, necesarias excepciones, tales son aquellas que confieren al juez, en el proceso civil, la facultad de intervenir en él sin que las partes puedan oponerse a ello. En otros casos tales como en los procedimientos en los que se ventilan derechos que afectan al colectivo, la intervención del juez es mucho más amplia, pero en todos los casos esa intervención se encuentra reglada.

Es patente pues que uno de los aspectos de mayor importancia en el principio dispositivo como precepto rector del proceso, radica en que los ciudadanos requieren de un espacio propio en el ordenamiento jurídico que les permita acceder al sistema como justiciable para la satisfacción de sus intereses, y participar activamente en el

¹⁹ Gaceta Oficial N° 39.522 edición de fecha 1º de octubre de 2010.

²⁰ Gaceta Oficial N° 5.930, edición Extraordinaria de fecha 4 de septiembre de 2009.

proceso en el cual han de ventilarse los intereses y derechos que dicho ordenamiento les reconoce.

I.III BASES CONSTITUCIONALES

Habíamos dicho *supra* que el principio dispositivo contiene parámetros de referencia presentes en todo procedimiento, y es que el ordenamiento jurídico de los países con vocación democrática (dentro de los cuales se inscribe el modelo de Estado acogido por la Constitución de 1999) por razones que consideramos de política judicial, ha creído que la adopción del método dispositivo –como lo llama Redenti– contribuye a *garantizar* a los particulares el mejor desempeño de la justicia tanto pública como privada. Es por ello que no creemos equivocarnos al sostener que el principio dispositivo se encuentra inscrito en el derecho de los ciudadanos a acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva, derechos estos que la Comisión de Reforma Constitucional²¹ reunida en Caracas el 14 de mayo de 1959 proyectó regular bajo la siguiente redacción:

“Todos tienen derecho de dirigir libremente cualquier petición ante cualquier funcionario o entidad pública y de obtener oportuna respuesta, siempre que la petición se haya hecho por escrito, en términos adecuados y mediante las formas legales.”

El derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva quedó finalmente regulado por el artículo 68 de la Constitución de 1961, según el cual «[t]odos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.» Posteriormente, en la Constitución de 1999 el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva quedó consagrado expresamente en su artículo 26, que preceptúa:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.”

“El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

No hemos encontrado una definición del derecho de acceso a la justicia que pueda abarcar el alcance del precepto en cuestión, y hacerlo no solo nos parece inútil sino inconveniente tratándose de principios de derecho constitucional llamados más bien a evolucionar. Nos contentaremos con decir por los momentos, que el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva cumple una doble función: por un lado permite al justiciable y al conglomerado ciudadano alcanzar la satisfacción y defensa de sus intereses tanto individuales como colectivos a través del ejercicio de la acción, mientras que por otro lado permite al Estado la consecución de la paz social al disponer para aquellos fines de todo un sistema de administración de justicia.

El principio dispositivo también haya vinculación con el del debido proceso consagrado en el artículo 49 de nuestra Constitución, específicamente a través del derecho de defensa, como quiera que el aparato judicial permite al justiciable acudir en reclamo –en defensa, en demanda- de los derechos que le asisten, al garantizarle la posibilidad de intervenir en un proceso. Por las mismas razones anotadas, el principio dispositivo se encuentra protegido por el artículo 51 constitucional, que expresa: *«Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.»*

²¹ LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto. Acta N° 22. Ediciones Centauro. Caracas 1981. t I, vol. I, p. 68.

Decíamos *supra* que el principio dispositivo es de tal trascendencia que el Tribunal se encuentra limitado –salvo las excepciones instituidas y *reguladas* en los procedimientos constitucionales- a proferirla conforme a los parámetros fijados por las partes en la demanda (que marca el inicio del procedimiento), en su contestación y en las probanzas que obren en la causa. Es así que nos atrevemos a asegurar que la tendencia de nuestro ordenamiento jurídico es la de acatar la preeminencia del principio dispositivo toda vez que incluso en los procedimientos en los que se han de ventilar intereses regulados por el derecho público, el juez debe atenerse al contradictorio y basar su decisión con fundamento en los argumentos de las partes y a las pruebas que ellas aporten, con lo cual se establecen límites a la arbitrariedad en la que pueda desembocar el poder discrecional del juez. Tal es la opinión, entre otros, del Dr. Duque Corredor²² para quien «... *el juez en el proceso es el responsable de la realización de los actos procesales en forma regular y oportuna, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 49 de la Constitución; por lo que la corrección y el impulso del proceso para conducirlo hasta la oportunidad de la sentencia, es además de una potestad una obligación, como lo recuerda el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil. De modo que puede y está obligado en el proceso a: ... 5) Motivar su decisión como garantía del debido proceso de las partes, conforme al principio de la coherencia con lo debatido y probado; y para facilitar el control de la argumentación judicial y evitar que la discrecionalidad judicial se convierta en una arbitrariedad.*» Luego, el principio dispositivo –repetimos- no solo traduce desde la óptica de las partes libertad de ejercer o no la acción, sino que se constituye frente al juez, *en garantía* de respeto a esa libertad y por tanto en límite a su actividad jurisdiccional y a su poder discrecional. Como lo explica Redenti²³, el juez no puede sino aplicar el derecho que corresponde a lo que las partes le han narrado –argumentado- y a los elementos de convicción –pruebas- que ellas disponen respecto de los hechos que con ocasión del debate en proceso contradictorio que oficialmente

²² DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *LOS PODERES DEL JUEZ Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Caracas 2008, pp. 6-8.

²³ REDENTI, ENRICO. *DERECHO PROCESAL CIVIL TOMO I*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1957, p. 259.

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

el juez ahora conoce.

II EL PRINCIPIO INQUISITIVO

Pero las partes no son dueñas del proceso al que acceden por obra de su impulso. El proceso y la función jurisdiccional no deben ni tienen que encontrarse atadas a la iniciativa de las partes una vez que principia el juicio; y es que con el proceso el Estado persigue un fin público: el de administrar justicia. Ciertamente, las facultades oficiosas que se conceden al juez se encuentran regladas para impedir la perversión de la función jurisdiccional con la extralimitación de la actividad del juez, y por ello, las facultades discrecionales que en tal sentido se le confieren han de circunscribirse necesariamente a lo debatido por las partes. Sin embargo ello no quiere decir que el juez aun cuando ha de atenerse a lo alegado y probado en el proceso deba permanecer inerte ante la duda de certeza que le suscite la actividad de las partes, pues como director del proceso debe optar por esclarecerla -en los términos de las disposiciones que arbitran su actividad- en búsqueda de la verdad que debe prevalecer. De manera que la intervención del juez cuando hace uso de las prerrogativas reconocidas por la ley -y sólo en ese caso- no puede entenderse 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. Con razón afirma Rodríguez Urraca²⁴ que « [e]l Juez no puede ni debe ser parte respecto de la relación jurídica que se hace valer en juicio, la RES IN IUDICIUM DEDUCTA. Pero, en lo que se refiere a la relación jurídica procesal, el Juez es PARTE en la misma, y, por consiguiente, como parte que representa el interés superior del Estado, debe estar necesariamente interesado y parcializado a favor de la justicia.»

Como hemos dicho con anterioridad, el principio dispositivo no es un valor absoluto ni debe serlo. La conveniente veracidad con la que debe culminar el proceso -la sentencia- aconseja la adopción de los métodos de investigación que sean

necesarios a los fines de que el juez se encuentre cabalmente instruido de los límites de la controversia, entendidos éstos no sólo con los elementos de juicio aportados por los litigantes, sino con aquellos otros ofrecidos y hechos evacuar por él. Si bien es cierto que a las partes y solo a ellas corresponde la iniciativa del proceso, no lo es menos que una vez iniciado éste el juez debe dirigirlo, corregirlo y conducirlo, teniendo siempre como norte la búsqueda de la verdad. No es extraño pues que en el mismo proceso civil se hayan incorporado disposiciones que contemplan excepciones al principio dispositivo. Es así como con gran tino el legislador previó en el artículo 11 del CPC que aun cuando «...*el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte (...) puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes.*» Y continúa: «*En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los Jueces obrarán con conocimiento de causa, y, al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y aún requerir otras pruebas que juzgaren indispensables.*»

En el artículo 17 se ordena al Juez «...*tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.*»

Por su parte, la LOTSJ dispone en su artículo 89 que « [*e]*l 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.»

Hemos afirmado antes que aun cuando las partes pueden disponer del derecho material sobre el cual versa la disputa, no pueden disponer del proceso a propósito de

²⁴ RODRÍGUEZ U., JOSÉ. *AUTORIDAD DEL JUEZ ...* Ob. cit., p. 148.

los *finés superiores* que el Estado persigue a través del mismo: la recta administración de justicia. Esta exige por un lado, que se encuentre fundamentada no solo en los hechos que las partes dan a conocer al juez, sino también, por otro lado, en aquellos hechos a los que también ha tenido acceso, bien por su notoriedad o bien a través del debido uso -en la búsqueda de la verdad- de las prerrogativas probatorias que tiene como sujeto procesal que es en la litis. La administración de justicia por tanto –en nuestra opinión- no solo es el resultado de la función jurisdiccional y un deber del Estado, sino además un bien *superior* objeto de tutela jurídica. Ciertamente, la administración de justicia como función jurisdiccional ha de preservarse y sustraerse de su posible perversión, esto es, debe impedirse que sea viciada con malas doctrinas basadas en la insuficiencia de fundamento fáctico que amenacen con perturbar el orden o estado del derecho haciendo injusta por irreal la sentencia que únicamente atiende a la “*verdad procesal*”, lo cual ocurrirá seguramente en tanto el juez permanezca ajeno o inerte frente al proceso. De manera pues que para atender mejor los fines del Estado a través de la función jurisdiccional, es menester dotar al juez de prerrogativas procesales para la mejor prestación del servicio público a que está obligado con ocasión del proceso, aunque en todo caso, tales prerrogativas deberán estar circunscritas al objeto del litigio cuyos parámetros son establecidos por las partes. Tal es *v.gr.*, el caso contemplado por el artículo 17 de la LOA, según el cual:

“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.”

En cuanto a los procesos o demandas que deba conocer la Sala Constitucional, dispone la LOTSJ tanto en su artículo 142 como en el artículo 158, segundo aparte, lo siguiente:

“Una vez que oiga 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.”

En el artículo 170 de la misma ley se dispone igualmente que « *[e]n cualquier caso el Tribunal podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos.*» Y también en el artículo 514 del CPC, se contempla la posibilidad de que el juez haga evacuar pruebas, aunque sólo las indicadas en los numerales 1 al 4.

Ahora bien, tales prerrogativas deben encontrar límites para evitar –como decíamos- la perversión de la función jurisdiccional; límites que se encuentran en la misma ley. De manera que cuando los hechos del proceso se encuentran debidamente establecidos, la discrecionalidad del juez no encuentra asidero alguno ya que únicamente podrá apelar a sus facultades inquisitivas cuando la demostración de los hechos alegados por las partes no fuere exhaustiva. Pero aún existiendo dudas, la actuación de juez deberá ceñirse entre otros parámetros a la imparcialidad. Es así como el legislador señala en el artículo 23 del CPC que « *[C]uando la ley dice: ‘El Juez o Tribunal puede o podrá’, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.*»

Creemos que la copiada disposición confirma nuestra posición en cuanto a que las prerrogativas conferidas al juez deben encontrarse dirigidas a la recta administración de justicia, al que nos empeñamos en considerar como bien jurídico objeto de tutela judicial, a cuyo alcance se deberá transitar, en primer lugar, dentro de los parámetros fijados por las partes en el proceso y del conocimiento que el juez tiene de los hechos por la notoriedad de éstos, y en segundo lugar, si hubiere dudas acerca de los hechos de la litis, a través de los hechos que conozca con ocasión de los medios de prueba que según su prudente arbitrio haya debido mandar a evacuar.

III LA LEGITIMACIÓN

Por legítimo o por legitimidad debe entenderse a aquello que es conforme a la ley. Este es un término bastante amplio toda vez que con él se alude no solo a las partes en litigio sino a todos los sujetos que intervienen en el proceso. Así, tendrán legitimidad las partes de un proceso en tanto entre ellas exista el vínculo jurídico del cual deducen las obligaciones que reclaman en juicio o sobre las cuales versa el litigio. Se dice que desde la perspectiva de las partes esa legitimación refleja cualidad, en tanto que desde la óptica del juez refleja competencia. Serán entonces legítimas o tendrán legitimidad o legitimación para obrar o ser llamadas a actuar en el proceso, a las partes entre las que exista una relación de derecho-obligación, y serán legítimas las actuaciones de aquel juez avocado al conocimiento de una causa, en tanto tenga competencia para ello. Sin embargo, aun cuando los términos cualidad e interés son mas específicos en cuanto denotan las características propias de los intervinientes en un proceso, suele calificárseles sus actuaciones, sean del juez, de las partes principales o de un tercero, como legítimas, en tanto, se repite, tengan competencia el primero, cualidad las segundas e interés el tercero.

III.I LA CUALIDAD Y EL INTERÉS EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Cuándo –preguntaba el maestro Loreto²⁵ al iniciar su conocido ensayo- la falta de cualidad constituye una excepción de inadmisibilidad? La cualidad en sentido amplísimo –señala el citado autor- «*es sinónimo de legitimación*» y agrega que «*en esta acepción la cualidad no es una noción específica o peculiar al derecho procesal sino que se encuentra en el vastísimo campo del derecho, tanto público como privado*». En opinión del autor, cualidad o legitimación resumen pertenencia o titularidad de un derecho subjetivo o poder jurídico, o de un deber jurídico u

²⁵ LORETO, LUIS. “CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA EXCEPCIÓN DE INADMISIBILIDAD POR FALTA DE CUALIDAD.” Ensayos Jurídicos. Colección Grandes Juristas Venezolanos. Ediciones FABRETON-ESCA. Caracas – Venezuela 1970. p. 18.

obligación frente a un sujeto de derecho determinado. En otras palabras, todo aquél que afirme su vinculación a un derecho material e interés en hacerlo valer, tendrá cualidad activa, en tanto que tendrá cualidad o legitimación pasiva aquella persona que afirme su interés en contradecirlo.

Pero la legitimación –decíamos- entraña un concepto más amplio que el de cualidad. Si por esta ha de entenderse la vinculación entre un sujeto y el derecho que le asiste frente a otro quien se encuentra obligado, por legitimación ha de entenderse toda aquella relación jurídica conforme con el derecho. De tal manera que será o no legítima aquella relación procesal que conjuntamente con las partes integra el juez, en tanto éste tenga competencia y aquellos cualidad o interés.

El interés también denota condición o habilitación para obrar en juicio, y habrá interés sin cualidad cuando el proceso en el que se interviene obra entre partes vinculadas a aquella relación material derecho-obligación, de tal suerte que dicha relación material le es ajena al interviniente. Desde esta óptica, los terceros carecerán de cualidad en aquel proceso que pende de partes cuya relación material le es extraña, pero tendrán interés en dicho proceso, cuando los efectos de la decisión o providencias que en el se decreten puedan alcanzar sus derechos particulares.

Parece que lo anterior nos conduce a sentenciar que ningún procedimiento podría sobrevivir a una ausencia de parte. Esto es parcialmente cierto. La concepción del proceso bajo el único auspicio del principio dispositivo ha debido ceder espacio en aras de la mejor prestación de la función jurisdiccional. Actualmente se advierte que aquella es sólo una visión privatista. Iniciado el procedimiento y abandonado luego por quien tendría legitimación para ello, no obstante puede y debe procederse a su trámite en tanto el bien jurídico objeto de tutela sea de orden o de interés público, caso en el cual podrá instarse o continuará instándosele de oficio.

Al respecto sostenemos que la acción de nulidad por inconstitucionalidad, por ejemplo, no es susceptible de ser desistida por el accionante, porque la acción no le pertenece privadamente. Dicha acción *no es disponible* en razón de que no se verifica o cumple en la esfera del patrimonio particular del demandante en nulidad sino que *corresponde al colectivo*, como quiera que la inconstitucionalidad denunciada obra sobre intereses que aun cuando comunes a aquél no le son exclusivos. Es por ello que como ciudadano no puede renunciar a los derechos de aquellos otros a quienes puede afectar la norma o ley viciada de inconstitucionalidad. De manera que aun cuando pueda abandonar el procedimiento iniciado, técnicamente no nos encontraríamos en presencia de la figura del decaimiento del interés²⁶ o ante un desistimiento tácito²⁷ aunque se hayan verificado lapsos perentorios por su inactividad, ya que la presencia del interés público se mantiene en la acción y en la demanda en la que se hace valer o en el recurso que haya sido intentado, cuya tramitación a pesar de su abandono debe proseguirse hasta su culminación por sentencia, en razón de que se encuentran involucrados derechos e intereses que interesan al colectivo y al orden social. Esta afirmación encuentra eco en lo dispuesto por el artículo 96 de la LOTSJ en la cual se dispone que « [e]l desistimiento de la apelación o la perención de la instancia dejan firme la sentencia apelada o la actuación objeto de la demanda, salvo que lesionen normas de orden público. »

²⁶ Cabe aclarar que la doctrina del decaimiento del interés por abandono del trámite no es aplicable en el caso de nuestro ejemplo, por tratarse de una figura procesal que ha sido reservada para su aplicación en casos de Amparo Constitucional, y en cualesquiera otros en los que aun cuando se ventilen derechos de tal rango, solo gravitan en la órbita privada del presunto agraviado o reclamante. Véanse entre otras, la sentencia N° 363 de fecha 16 de mayo de 2000, caso seguido por Giovanni Greselin, y N° 982 del 6 de junio de 2001, caso seguido por José Vicente Arenas Cáceres.

²⁷ Véase también al respecto sentencia N° 244 de la Sala Político Administrativa del 23 de febrero de 2011, expediente N° 2010-1061, caso seguido por el Ministerio Popular del Ambiente. En esta oportunidad la Sala señaló lo siguiente: *“No obstante, de las actas que conforman el expediente advierte la Sala que el contrato objeto de la demanda, se refiere a la construcción del “SISTEMA DE CLOACAS DE MARACAIBO -ZONA NORTE-INTERCEPTORES NORTE ALTO Y NORTE BAJO, INTERCEPTOR NORTE ALTO TRAMO REF IA38-IA55-1 ESTADO ZULIA”, el cual es considerado por esta Sala de interés público, por cuanto está destinado a la satisfacción de las necesidades ambientales y de saneamiento de los habitantes de la zona Norte de la ciudad de Maracaibo en el Estado Zulia.”*

En sentencia N° 0100 de fecha 26 de enero de 2011, caso seguido por Cafetín La Piscina Vs. Seniat (exp. N° 2010-0731), la Sala Político Administrativa declaró el desistimiento tácito del recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, luego de verificar que no se encontraban afectados intereses de orden público. Dijo la Sala en esa oportunidad lo siguiente:

“En atención a lo previsto en el artículo 92 eiusdem, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (...) se observa que la sentencia apelada no viola normas de orden público, razón por la cual queda firme. Así finalmente se determina.”

Consideramos apropiado hacer acá un breve paréntesis en nuestra disertación procurando con el auxilio de la doctrina precisar qué debe entenderse por *orden público*, con el sólo fin de comprender el alcance o la dimensión del bien jurídico que el legislador procura proteger.

La Sala Político Administrativa de nuestro alto Tribunal, en la referida sentencia N° 244 acogió la siguiente definición de *orden público*:

“ ‘Por orden público debe entenderse el conjunto de condiciones fundamentales para el interés general, establecidas en un ordenamiento jurídico, las cuales por afectar los principios fundamentales sobre los que se asienta la sociedad, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni por la aplicación de normas jurídicas que lo afecten, bien sea nacionales o extranjeras.’ citando a Ossorio (OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, República Argentina, 1981).’ ”

El anterior criterio es coincidente con el que nos presenta Cuenca²⁸, para quien « [e]l orden público es una garantía jurisdiccional para mantener la seguridad jurídica en el proceso. Es la protección del Estado al interés general. Por ello toda norma de orden público implica forzosamente un límite a la libertad contractual a la soberanía de la voluntad de las partes (...) El orden público no solo está sustentado por la seguridad jurídica, sino también por intereses sociales, económicos y culturales, todos de carácter general, que tienen preeminente influjo en la aplicación de la ley...»

Se explica pues que el legislador deje a salvo el *orden público* en muchas de las disposiciones de los textos normativos, para resguardo del *interés general* de los efectos perjudiciales que pudiera alcanzarle la omisión o el incumplimiento de un deber jurídico. Un ejemplo de ello lo hallamos en el artículo 68 de la LOPGR, en el cual se instituye en protección del interés general representado por el órgano ante su posible contumacia en juicio. En efecto, previene dicha norma que:

“Cuando el Procurador o Procuradora General de la República, o los abogados que ejerzan la representación de la República, no asistan a los

²⁸ CUENCA, HUMBERTO. *CURSO DE CASACIÓN CIVIL*. Ediciones de LA BIBLIOTECA. Colección Ciencias Jurídicas IV. Caracas 1980. p. 113.

actos de contestación de demandas intentadas contra ésta, o de las cuestiones previas que les hayan sido opuestas, las mismas se tienen como contradichas en todas sus partes, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario por los daños causados a los derechos, bienes en intereses patrimoniales de la República.”

En materia de divorcio y separación de cuerpos, la protección se establece en beneficio de la continuidad de la unión y al mantenimiento del matrimonio como institución garante de la familia. Reza el artículo 758 del CPC:

“La falta de comparecencia del demandante al acto de contestación de la demanda causará la extinción del proceso....”

También creemos que la discrecionalidad que permite al Juez hacer uso de prerrogativas probatorias, iniciar procedimientos, dictar medidas cautelares –como se verá *infra*- y desestimar desistimientos de acciones y recursos, se encuentra instituida a fin de resguardar el *orden público* representado en el fin perseguido por el Estado a través del proceso y la función jurisdiccional: la correcta administración de justicia.

III.2 LA LEGITIMACIÓN A PROPÓSITO DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES Y RECURSOS CONSTITUCIONALES EN VENEZUELA

Cuando hablábamos de legitimación no sólo aludíamos a la cualidad para obrar o venir al proceso en condición de demandante o de demandado, o al interés para intervenir –forzosa o voluntariamente- en un proceso habido entre partes cuya relación material es ajena al interviniente, sino que también aludíamos a la competencia del órgano jurisdiccional que habría de resolver la controversia ante él planteada. La competencia del tribunal que ha de conocer traduce su legitimación para ejercer la función jurisdiccional. De manera que, como lo tiene reconocido todo sistema procesal, el tribunal –mas propiamente el juez- es el sujeto que en el proceso cumple una función pública, entre cuyas atribuciones quizá la mas importante consiste en resolver las *controversias* ante él planteadas. Aun cuando el Tribunal

Supremo de Justicia ha declarado que del contradictorio no participan algunos de sus procedimientos, lo cierto es que toda acción –aun tratándose, *v.gr.* del recurso de interpretación- supone la existencia a más del solicitante, de un sujeto pasivo al menos, que puede tener interés en una posición, si no contraria, diversa a la sostenida por aquél. El contradictorio por demás, garantiza a través de la decantación analítica de los argumentos expuestos una decisión más ajustada a los intereses intervinientes. Con lo dicho estamos de una vez señalando que todo proceso constitucional debería encontrarse integrado –en principio- por lo menos de tres sujetos, a saber: la parte que afirma los términos en que debe ser declarado el derecho que le asiste; otra antagónica, esta es, aquella que es la autora del hecho o del acto contra quien se invoca; y una última, el tribunal –el juez- que debe disponer cuáles son los términos en que debe ser entendido el derecho invocado por aquéllos²⁹.

Hemos sostenido que el principio dispositivo justifica o ajusta la actividad del juez al enmarcarla dentro de los parámetros fijados por las partes, y para un mejor desempeño de la administración de justicia se le han conferido poderes discrecionales, principalmente en materia probatoria, conforme a los cuales se incrementa este acervo para una mejor comprensión de los hechos de la litis. También decíamos que nuestro ordenamiento jurídico se encontraba históricamente informado e influenciado por el principio dispositivo. Por tal razón, su ausencia absoluta nos generaría serias dudas acerca de la transparencia y equilibrio de un procedimiento que no haya sido instado por el justiciable y en el cual no exista un contrario a quien oponer el derecho invocado en la demanda. En sede administrativa, por ejemplo, es el órgano administrativo quien oficiosamente inicia el procedimiento de multa por

²⁹ Ver al respecto sentencia N° 1505 de Sala Constitucional, Expediente N° 03-0124 de fecha 05 de junio de 2003. En dicho fallo la Sala se hizo eco de la doctrina ya establecida por la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 12 de agosto de 1994 (caso Juan B. Abrante L. y otros), sobre el legitimado pasivo en un procedimiento de amparo constitucional contra norma en la cual se sostuvo que:

«...de seguirse un procedimiento de amparo con fundamento en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ha de ser llamado a la causa, para conformar el contradictorio, sea o no solicitado por la parte presuntamente agraviada, el órgano del cual emanó la norma delatada como violatoria, o aquél al que corresponda imponer su aplicación, a los fines de que sean aportados los elementos de juicio necesarios, para conformar el criterio del juzgador sobre la '*mens legis*' o las simples razones de aplicación de la norma...»

incumplimiento a una orden emanada de él; pero en este caso, aun cuando no creamos advertir la presencia de un accionante visible como en otros procedimientos, lo cierto es que media la intervención de la administración, contra quien obrará –de ser el caso– la correspondiente demanda de nulidad, si el resultado de aquel procedimiento fuere adverso al recurrente. Sin embargo, aun cuando nos pueda lucir sumamente ajeno al proceso la inexistencia de partes, lo cierto es que precisamente aquellas disposiciones que consagran al principio dispositivo como el conducto a través del cual se insta la intervención del órgano jurisdiccional, consagran también su excepción. Pues bien ¿es concebible o no la existencia de un procedimiento sin partes, instado de oficio por el órgano jurisdiccional? ¿Cuál es o sería la suerte de un proceso en el cual puede prescindirse de las partes? Las dudas parecen nacer más de la tradición con la cual se ha desenvuelto el inicio de los procesos judiciales que de la legislación que los concibe. Según las disposiciones que arriba hemos citado (Art. 14 CPC 1897), “[E]n materia civil el Juez no puede proceder sino á instancia de parte, salvo el caso de que la ley lo autorice para obrar de oficio.” Y nos decía Feo que «... [E]n lo civil el debate no versa en general sino sobre intereses puramente privados, que no tienen influencia directa sobre el orden público y la estabilidad social, y sobre los cuales intereses cada cual es dueño de usar de sus derechos como lo crea conveniente, hacerlos valer ó renunciarlos, transigir con quien se los disputa ó abandonarlos sin defensa...» Luego, nos luce obvio y creemos correcto que en materia de orden público puedan y deban iniciarse oficiosamente procedimientos judiciales para garantizar su resguardo, y aunque nos parezca chocante y riesgoso, el *quid* radica en el control del poder discrecional del juez que en todo caso deberá encontrarse reglado, como también hemos sostenido hasta ahora. El artículo 89 de la LOTSJ dispone que « [E]l 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.» De manera pues que es la ley quien habilita el trámite³⁰ oficioso como veremos

³⁰ Además de los conocidos poderes cautelares del juez previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (véanse en Gaceta Oficial N° 39.522, edición del 01 de octubre de 2010, artículos 130, 163 y 176), se le confirió también la posibilidad de iniciar un procedimiento de nulidad cuando apareciera confirmada la desaplicación de una determinada disposición legal por vía del control difuso de la constitucionalidad. Reza el artículo 34 de la Ley lo siguiente:

en los capítulos siguientes. Pero antes de pasar a ellos avanzamos que en nuestra opinión, aun cuando podría apreciarse en estos casos de excepción una implícita derogatoria del principio dispositivo según parece deducirse de lo previsto en el artículo 34 de la LOTSJ, la legitimación de las partes no tiene que sufrir menoscabo en tanto se garantice su intervención, ya que un asunto de orden público no puede ni deberá ser instruido sin la intervención del colectivo que es final y principalmente en función de quien se consagra la estabilidad social y la seguridad jurídica, valores que ayudan a integrar el contenido del orden público que de esta manera no solo constituye un fin de la actividad judicial, sino un medio a través del cual deberá transitar la función jurisdiccional.

No obstante, el anterior argumento todavía no resuelve las incógnitas formuladas. La justificación de los procedimientos iniciados de oficio no termina de satisfacer nuestra acostumbrada manera de concebir el inicio del procedimiento. Si el ejercicio de la acción es el que provoca la intervención de la actividad jurisdiccional ¿cómo podría concebirse la jurisdicción sin que medie el ejercicio de aquélla? ¿Puede el órgano jurisdiccional accionar ante sí mismo? Pensamos que no. No tiene el juez constitucional tal prerrogativa. Si observamos que su discrecionalidad tiene dependencia de otros factores intervinientes que le son ajenos, podemos afirmar que el estímulo a esa actividad excepcional es accidental, distinto de la voluntad libérrima del juez, y además, previsto prevenidamente en una disposición legal. En nuestra opinión el aparato jurisdiccional se encuentra previamente activado, con lo cual, el procedimiento iniciado oficiosamente no es sino un incidente y solo un incidente que deriva y resulta de otro que le precede. De manera pues que el juez solo será competente y será entonces legítima la actividad judicial dirigida a «abrir» un procedimiento de oficio, cuando se encuentren cumplidos con anterioridad una serie de condiciones de procedencia, sin cuya verificación el procedimiento de oficio no podrá ni deberá iniciarse.

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

IV JURISDICCIÓN Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional puede entenderse como el ejercicio y la ejecución de la jurisdicción. Se verifica *en el proceso*. Presupone la autoridad, el poder y la soberanía del Estado ejercida a través de sus *órganos jurisdiccionales*. Éstos elementos integradores de la jurisdicción (poder, autoridad y soberanía) son atributos del poder público que pueden ser ejercidos por éstos aunque no en su conjunto.

En los Estados democráticos, la soberanía, entendida en su primera acepción, siguiendo la tradicional separación de poderes edificada bajo la doctrina de Montesquieu, es la máxima expresión de la autoridad suprema. Reside en el pueblo que se expresa a través de sus representantes en la actividad legislativa, se cumple a través del poder ejecutivo a quien se le atribuyen funciones administrativas, todas las cuales se controlan y ajustan (aquellas y éstas), por conducto de la función jurisdiccional atribuida a los tribunales de justicia.

Si bien la jurisdicción es como acabamos de decir autoridad, poder y soberanía, tales atributos sólo convergen de manera simultánea con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional. Son los *órganos jurisdiccionales* los únicos llamados a revisar *–a juzgar–* el debido sometimiento de las actuaciones administrativas a la legalidad y a controlar la constitucionalidad de las leyes, eliminando o anulando su pretendida eficacia con fundamento en los parámetros señalados por la Constitución. Luego, son los órganos jurisdiccionales y sólo ellos los llamados a ejercer la *jurisdicción*.

Sin embargo, sobre las anteriores nociones no hay una posición unívoca pues se acusa que el de la *jurisdicción* es un concepto relativo. La gran entidad que supone el Estado exige que equilibradamente sus fines sean realizados por los órganos del poder público, de manera que no exista intromisión de unos en la esfera de la

actividad de otros. Al decir de Ramos Méndez³¹ «... *por un sencillo principio económico se distinguen principalmente como tres poderes diversos en el Estado y consecuentemente tres diversas funciones: legislación, administración y jurisdicción...*»

Determinado que la función jurisdiccional constituye *ejercicio de la jurisdicción*, luce evidente que ese ejercicio, si bien se ejerce por órgano del tribunal se individualiza en *el juez*. Es en él en quien reposa la función de juzgar y declarar el derecho conforme al cual se encuentra organizada la estructura jurídica y política del Estado. La actividad jurisdiccional postula una tutela organizada por el Estado a favor de la administración de justicia que se cumple *en el proceso*, y en él se interviene «... *cuando los poderes jurídicos de los interesados resultan insuficientes.*»³²

Es a los tribunales de justicia –más propiamente al juez, debemos insistir- a quien corresponde exclusivamente el control constitucional del poder público, y es a él a quien se encomienda, en el ejercicio de la jurisdicción, el aseguramiento del imperio de la ley y de la Constitución. Como acertadamente lo expresa María Bonnemaison³³ «... *[L]a misión del control jurídico es la de anular toda disposición legislativa y actos del poder público que en alguna forma colidan con la Constitución o vulneren los derechos fundamentales por ella garantizados...*»

Se ha sostenido que la jurisdicción precede al Estado, y que ella existe con independencia de éste. Aunque nos luzca inadmisibles, ciertamente no podríamos negar que aquellos Estados que no participan de una organización democrática como la que concebimos carezcan de jurisdicción. En efecto, son soberanos si entendemos esta expresión desde la óptica del ejercicio del poder. En las sociedades que

³¹ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO. *DERECHO PROCESAL*. Librería Bosh. Barcelona 1978. p. 116.

³² RODRÍGUEZ URRACA., JOSÉ. *AUTORIDAD DEL JUEZ Y PRINCIPIO DISPOSITIVO*. Ob. cit., p. 101.

³³ BONNEMAISON, MARÍA A. *EL CONTROL DEL PODER PÚBLICO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL*. Universidad de Carabobo. Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Cuadernos para el debate. Serie 1 N° 1 y N° 2. Valencia 2007. Consultado el 19 de marzo de 2011 desde <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/cuad1y2/1-2-25.pdf>. p. 198.

calificaríamos de menos civilizadas se encuentra también la jurisdicción, entendida como lo hemos anotado, desde el prisma del poder. Pero es que, como se ha apuntado, no solo entraña la expresión simplemente “potestad”. La jurisdicción acusa un contenido superior en nuestra sociedad. El simple poder es solo eso, poder. Pero jurisdicción entraña además de soberanía, autoridad y poder, equilibrio, protección y control. Allí donde los sujetos de derecho contraponen sus intereses y derogan la justicia particular, se someten a la determinación del tercero imparcial: el juez. Es esta la jurisdicción a que hacemos referencia. Y no podría ser otra. Nos negamos a admitir aquí que la jurisdicción pueda ser detentada o ejercida por un poder distinto del judicial, en tanto que atribuido a otro se constituiría en una fractura en el equilibrio con resultados desiguales. Concíbbase al ejecutivo sin un control judicial de sus actos. Piénsese al legislativo sin control constitucional de las leyes. Supóngase la inexistencia de una suprema ley a las que todos deban obediencia. Halla un lugar extraordinario la jurisdicción cuando su ejercicio de encuentra atribuido a los tribunales, ya que son éstos –no pueden ser otros- quienes puedan conjugar la soberanía del Estado, su poder y su autoridad en el ejercicio de su natural actividad: el juzgamiento y la ejecución de lo juzgado.

IV.I EL JUEZ COMO DIRECTOR DEL PROCESO. LA AUTONOMÍA DE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES Y LA AUSENCIA DE JURISDICCIÓN. LAS GARANTÍAS DE LA JURISDICCIÓN

IV.I.I EL JUEZ COMO DIRECTOR DEL PROCESO

La dirección del proceso se encuentra incluida en la función jurisdiccional. Por ésta deberá entenderse en general, como aquella desplegada por el Tribunal en la tramitación y conducción de los asuntos que se encuentran sometidos a su conocimiento, interviniendo como sujeto activo de la relación procesal cuando los intereses en conflicto lo aconsejen. Recordemos que la función jurisdiccional no se agota con la atención simple de los requerimientos de las partes, ya que éstas al irritar

el órgano jurisdiccional se someten a su *desiderátum*. Asumiendo que al juez se le encomienda la *administración de la justicia*, es menester que asumamos también que, como sujeto procesal, no deberá conformarse con apreciar desde fuera, sino dentro del proceso el desarrollo del mismo, a fin de no solo corregir los desequilibrios que se susciten, sino de intervenir en defensa del imperio de la ley y de la justicia.

La dirección del proceso siempre ha estado a cargo del juez, sin embargo, desde la consagración del principio dispositivo en nuestro ordenamiento procesal, su actividad ha sido descrita como mercenaria en razón de que, incluso en nuestros tiempos, el juez se ha conducido con timidez y hasta con apatía en las causas sometidas a su conocimiento. Bien por el colapso de los tribunales y de la inmensidad de asuntos que debe tramitar, lo cierto es que su intervención como sujeto activo procesal, haciendo uso de las prerrogativas como la contemplada en el artículo 514 del CPC (aplicación del conocido «*auto para mejor proveer*») consistente en los medios de prueba que puede promover y hacer evacuar son en extremo escasos.

La dirección del proceso por el juez es hoy una obligación a su cargo. Reza el artículo 14 del CPC que la consagra que « *[E]l juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal.*» Esta disposición debe ser interpretada conjuntamente con los artículos 206 y 208, en concordancia con el artículo 15, todos del mismo Código. Vale decir que una vez iniciada la causa debe impulsarla y corregirla, caso de que se haya dejado de observar alguna formalidad esencial, a fin de mantener la garantía de los derechos que la ley reconoce a las partes.

IV.I.II LA AUTONOMÍA DE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES Y LA AUSENCIA DE JURISDICCIÓN

Pero la finalidad que persigue el Estado a través de la función jurisdiccional debe contar no sólo con la intervención pro-activa del juez. No basta que se hayan garantizado los derechos y el equilibrio de las partes, que el juez se encuentre informado de los hechos de la litis tanto con los medios de prueba ofrecidos por aquéllas como por los que en uso de sus prerrogativas haya establecido el juez como sujeto procesal en el proceso; no basta que la sentencia que profiera sea exhaustiva. Es imprescindible que el *desiderátum* que constituye el fallo tenga aptitud para operar competentemente y que se le entienda y asuma con cualidad de suficiencia para ser ejecutado en caso de que el obligado no pueda o se resista a hacerlo voluntariamente en actitud de acatamiento y de respeto a lo decidido por la autoridad judicial. Para ello, la actividad jurisdiccional debe contar con verdaderas seguridades legales de las que pueda hacer uso a objeto de que el ejercicio de la jurisdicción no sufra menoscabo. El estado precisa garantizar a sus ciudadanos la consecución de la paz social, asegurando la obediencia de las normas y apego de la sociedad al orden jurídico que le sirve de estructura, a cuyos efectos dota a los órganos encargados de velar por su observancia de mecanismos legales que posibilitan mediante actos coercitivos la ejecución de lo resuelto. Con ello se promueve la confianza en el sistema de justicia. Si consideramos que el pleito que se suscita entre las partes constituye una anomalía social en tanto existe un conflicto en el que no admiten conciliación, la sentencia que constituye en el remedio jurídico que ha de convertirse al mismo tiempo en la solución política del Estado frente a las necesidades de justicia de sus ciudadanos. La función jurisdiccional pues, vista de es esta óptica, precisa de reales y eficaces garantías que denoten su existencia y su trascendencia política.

La anterior disertación halla lugar en nuestras reflexiones acerca de la efectividad o no del ejercicio de la jurisdicción, en tanto que lo que ha de caracterizar a los poderes nacionales entre los que se cuenta el judicial para que cumplan los fines

del Estado, es la autonomía y la independencia de éstos. Necesariamente, siendo permeable al punto de que no deriva su propia voluntad sino que ella es refleja de otra, el cumplimiento de aquellos fines se aleja, con grave riesgo de las instituciones democráticas. Ejemplo de ello no es solo la situación que presenta nuestro sistema de justicia. Podemos apreciar la permeabilidad y con ello la ausencia de autonomía en otros poderes nacionales, *v.gr.*, en lo que respecta a los poderes Moral y Ciudadano.

Nos arriesgamos a afirmar, por ejemplo, que en nuestra Constitución los referidos poderes nacionales Moral y Ciudadano se les asigna una función contralora al primero, organizativa al segundo y solo pretendidamente garantista a ambos, de lo que observan, intervienen u organizan, conforme puede colegirse de lo dispuesto en sus artículos 274 y 293, respectivamente y del régimen que establece sus atribuciones. Y acusamos que la función de tales poderes son pretendidamente garantistas por cuanto, al margen de su importancia y trascendencia en el Estado moderno, sus representantes –como en el caso del sistema de justicia- no derivan sus cargos por vía de la elección directa o a través de un mecanismo legal que impida la permeabilidad de otros poderes. Ello, a pesar de lo que establece nuestra Constitución. En efecto, con relación al poder Moral, por ejemplo, el artículo 296 de la Constitución señala que:

El Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos o ellas serán postulados o postuladas por la sociedad civil, uno o una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno o una por el Poder Ciudadano.

Y no obstante que la disposición copiada no requiere de esfuerzo alguno para determinar su alcance (salvo por lo que se refiere al mecanismo conforme al cual los miembros de la sociedad civil deben postular los miembros del CNE, de cuyo desarrollo y organización se encuentra encargado el legislador), la LOPE dispone en su artículo 19 de un mecanismo no solo nada transparente, sino contrario a la norma constitucional. En efecto, dice la ley:

El Comité de Postulaciones Electorales está integrado por veintiún (21) miembros, de los cuales once (11) son Diputadas o Diputados designados por la plenaria de la Asamblea Nacional con las dos terceras (2/3) partes de los presentes y diez (10) serán postuladas o postulados por los otros sectores de la sociedad.

La confiabilidad que plantea la desvinculación de los representantes del Poder Electoral a organizaciones con fines políticos fue penetrada por la copiada disposición legal. La estabilidad en tal sentido es un logro hasta ahora solo aparente del constituyente pues los partidos políticos, empeñados mantener su presencia en principal órgano rector electoral (uno de los caminos por el que se transita hacia la primera magistratura), dispusieron que habrían de ser ellos (con 11 diputados entre los 21 participantes que exige la disposición) quienes, como miembros del Comité de Postulaciones, *calificarían* a los candidatos a integrar el ente rector del poder electoral (Art. 17), de donde la Asamblea Nacional, con el voto favorable de sus dos terceras partes designará a los cinco integrantes del órgano rector (Art. 8).

Consideramos obvio que el mecanismo así articulado se contrapone a lo dispuesto en el artículo 296 de la Constitución y a lo contemplado en el único aparte del artículo 7 de la ley, según el cual el Poder Electoral:

Ejerce sus funciones autónomamente y con plena independencia de las demás ramas del Poder Público, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y en la ley.

En lo se refiere al Poder ciudadano, señala el artículo 279 de la Constitución los términos en que se debe proceder a la *elección* –si es que puede utilizarse el término- de sus integrantes. Un Comité de Evaluación de Postulaciones convocado por el Consejo Moral (Fiscal, Defensor del Pueblo y Contralor General), que estaría *integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad*, adelantará un proceso público del que se obtendrá una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, la cual, sometida a la consideración de la Asamblea Nacional y con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, escogerá a quien ocupará la vacante de que se trate. En caso de que dentro del lapso de treinta días de haberse sometido las ternas a la

consideración de la Asamblea, no se hubiere producido en ésta el acuerdo sobre la designación del o de los integrantes del Consejo Moral Republicano, la terna será sometida a consulta popular por el Poder Electoral. Sin embargo, la Asamblea podrá designar directamente a los integrantes del Poder Ciudadano en caso de que no haya sido convocado por el Consejo Moral Republicano el Comité de Evaluación de Postulaciones.

Como se observa, el último mecanismo puede ser adoptado deliberadamente por los integrantes del poder ciudadano si lo que se quiere es evadir la participación ciudadana: simplemente los miembros del Consejo Moral Republicano se abstienen de convocar al Comité de Evaluación de Postulaciones, con lo cual estarán abandonando la *elección* de los nuevos miembros con la intervención de la sociedad civil a su *designación* directa por la Asamblea Nacional.

Aquel escollo no fue superado por el legislador en el artículo 23. Antes bien se ratifica que ante la falta de convocatoria al Comité de Evaluación de Postulaciones, los órganos del Poder Ciudadano serán designados –que no elegidos- por la Asamblea Nacional. Por demás, solo podría afirmarse que se contempla el mecanismo que permite la participación ciudadana por la simple remisión que se hace al artículo 279 de la Constitución, ya que no se desarrolla en la ley el mecanismo de la convocatoria del Comité de Evaluación de Postulaciones, cómo se integrarán a éste los representantes de los diversos sectores de la sociedad, ni cómo deberá remitirse al Poder Electoral lo conducente a la consulta popular.

Salvo lo que disponga el ordenamiento jurídico interno del Consejo Moral Republicano, la designación de los órganos del Poder Ciudadano será hecha directamente por la Asamblea Nacional, a cuyos efectos bastará con que uno solo de sus integrantes no desee convocar, como miembro del Consejo Moral Republicano, el Comité de Evaluación de Postulaciones.

El poder judicial no es una excepción. Los tribunales de justicia *perderán jurisdicción*, y en este contexto, *voluntad*, desde que su dictamen antes que adecuarse a la Constitución, sigue el camino que le trazan otros poderes, aun cuando contrarios a la ley suprema. Es lo que hemos dispuesto en llamar *tribunales sin jurisdicción*.

No decimos que la necesaria autonomía suponga una impermeabilidad tal que el juez se coloque al margen de la historia, de sus conocimientos o experiencia, del acontecer social y de las necesidades humanas que motivan a los justiciables a solicitar acceso a la tutela que postula el órgano jurisdiccional. Pero esa permeabilidad debe impedirse a toda costa cuando se constituye en peligro de la independencia del juez y de su autonomía. En otras palabras, el juez –y en el caso- la voluntad jurisdiccional, no debe encontrarse motivada por la influencia o presiones que sobre él puedan ejercer otros poderes constituidos, pues de ser el caso, el juez pierde la esencia de la jurisdicción: su capacidad para ejecutar lo juzgado. En tanto no sea libre, en tanto no sea autónomo, en tanto no sea independiente, la jurisdicción quedará en el mejor de los casos en entredicho, será ineficaz, hipócrita, y dejará de cumplir el fin a que está llamado por la Constitución. No existe jurisdicción en la medida que el juez, a propósito del ejercicio de la actividad jurisdiccional, el control constitucional o de la legalidad que deba hacer de los actos ejecutados por otros poderes, no atienda a los principios que informan el ordenamiento jurídico que le sirve de apoyo, sino a una voluntad que además de ser extraña a la motivación constitucional termine verificándose en contra de esta.

También se produce *carencia de jurisdicción* no solo cuando la voluntad jurisdiccional se encuentra penetrada por factores que le son extraños, sino también cuando, procediendo el juez al control de los actos de la administración, en el correspondiente fallo se disponga de una orden de ejecutar y dar cumplimiento a una obligación debida, y no tiene aquél la capacidad, se le impide o se le hace carecer, en total actitud de desacato del obligado, de los medios de coacción suficientes y

necesarios para hacer ejecutar lo juzgado. La experiencia de la SC³⁴ tiene como triste y emblemático caso de desacato a sus decisiones, el de los representantes del MIJ, del MP y de las FFAA frente a lo decidido por ella en el caso seguido por la Alcaldía Metropolitana de Caracas a propósito de la intervención de la PM acordada por el MIJ mediante la Resolución N° 569. En su decisión la SC del TSJ dispuso entre otras órdenes, la nulidad de la Resolución N° 569 (que ordenaba la intervención de la PM y designaba una directiva distinta de la que se encontraba en funciones), y el desalojo de miembros de las FFAA presentes en las instalaciones del cuerpo policial, en cuya oportunidad se hicieron del parque de armas de la policía.

La decisión del TSJ no tuvo eco alguno pues ni el MIJ, ni las FFAA presentes en las instalaciones de la PM, ni la representación del MP acataron la orden dispuesta en el fallo. Este último invocaba órdenes del Ministro de la Defensa. En cambio, aun anulada la Resolución 569 ella se mantuvo en pleno vigor. Ninguno de los representantes de los órganos involucrados (FFAA, MP, MIJ), u obligados por la sentencia fue sometido a medida alguna por desacato.

Otro ejemplo de *carencia de jurisdicción* nos la ofrecen las desafortunadas circunstancias que rodearon el caso de la solicitud de protección constitucional hecha por Agropecuaria Doble R, C.A. y Agropecuaria La Peñita, C.A. contra el INTI, bien conocido en todo el país y reseñado por la prensa³⁵, pues se trató de una invasión de tierras cultas promovida por un órgano de la administración central con el auxilio armado de la GN.

La SC del TSJ en sentencia N° 3052 de fecha 04 de noviembre de 2004, verificados los requisitos de admisibilidad y llenos los extremos de procedencia, acordó la protección constitucional a que se refiere la LOA en beneficio de las

³⁴ Sentencias 3343, 08 y 2659 de la Sala Constitucional dictadas en 19 de diciembre de 2002, 16 de enero y 06 de octubre de 2003, caso seguido por la Alcaldía Metropolitana de Caracas, expediente N° 02-2939.

³⁵ EL UNIVERSAL, edición de fecha 08 de octubre de 2005, consultado el 23 de marzo de 2011 desde: http://www.eluniversal.com/2005/10/08/eco_art_08201A.shtml

empresas Agropecuaria Doble R, C.A. y Agropecuaria La Peñita, C.A., propietarias del fundo Santa Rita, en predios del estado Barinas, contra el INTI, la cooperativa Brisas del Mazparro, R.L. y contra el General de Brigada (Ej) Carlos Mata Figueroa (hoy ascendido a General de División y a cargo del Ministerio de Defensa) en su condición de Comandante de la Guarnición del Estado Barinas, y ordenó en los apartes tercero y cuarto del dispositivo del fallo, que « ...[a] *los fines de restablecer la situación jurídica infringida...*» el INTI y el Comando de la Guarnición de la FAN del Estado Barinas deberán poner al accionante en amparo constitucional en «... *posesión de las tierras propiedad de (...) AGROPECUARIA DOBLE R. C.A. y AGROPECURIA PEÑITAS C.A., ocupadas por los integrantes de la Cooperativa “BRISAS DEL MASPARRO” R.L. y efectivos militares, para lo cual deberán proceder al desalojo inmediato de estas personas y sus bienes, apercibidos de que el desconocimiento de dicha orden supondrá un desacato a la autoridad, en los términos previstos en los artículos 29 y 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...*»; que el INTI deberá «... *dar cumplimiento a la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, de modo de garantizar a todos los interesados el ejercicio de su derecho a la defensa, de acuerdo con las consideraciones expuestas en el presente fallo, cuando ese Instituto estime procedente iniciar un procedimiento administrativo para determinar el carácter ocioso o inculdo de las tierras. Y por último dispuso en el aparte quinto del fallo remitir «...copia certificada de las actuaciones contenidas en el presente expediente, a fin de que ese órgano, de acuerdo con la normativa aplicable, inicie la averiguación penal correspondiente.»*

Fue y es manifiesto, que la independencia judicial no se encontró garantizada en aquellas oportunidades. Hoy tampoco lo está –perviven actualmente las descritas circunstancias de facto y la resistencia del ejecutivo a dar cumplimiento al fallo comentado, al menos en lo que respecta a la sentencia dictada en el caso Agropecuaria Doble R, C.A. vs, el INTI, ya que la SC no pudo, o no quiso, o no tuvo la voluntad necesaria o no dispuso del apoyo ni los instrumentos –distintos de los legales-

requeridos o necesarios para ejecutar coercitivamente sus actos frente a otros poderes. Éstos más bien, oponiendo la fuerza castrense, al tiempo que se abstuvieron de cumplir la orden judicial, se encuentran en desacato que permanece al tiempo del presente trabajo.

La situación planteada nos conduce a sentenciar, ante la ausencia de jurisdicción, la inexistencia del Estado de Derecho cuya definición, nos enseña el Dr. Duque Corredor³⁶ «... no es solo la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y la ley, sino la posibilidad de controlar efectivamente la constitucionalidad y el funcionamiento institucional de los poderes públicos, para darle operatividad a la Constitución.»

«Los poderes del juez como director del proceso constituyen el principio fundamental de la jurisdicción...» nos asegura el Dr. Duque Corredor³⁷. Bajo esta premisa nos hacemos las siguientes preguntas: si lo principal del ejercicio de la jurisdicción es juzgar y luego ejecutar lo juzgado ¿cómo podríamos concebir la justicia si la resistencia que se opone al cumplimiento de lo decidido tiene de facto la posibilidad real de no hacerlo? ¿Cuál es el resultado que se obtiene al negarle certeza al proceso y eficacia a la sentencia? ¿En qué consiste una administración de justicia inútil? Las respuestas correspondientes denotarán el desconocimiento a las instituciones democráticas y desembocan en el despotismo, entendido en sus dos acepciones: 1. m. *Autoridad absoluta no limitada por las leyes*; y 2. m. *Abuso de superioridad, poder o fuerza en el trato con las demás personas*.³⁸

Así, hasta donde podemos entender, la *carencia de jurisdicción*, como estamos ganados a llamar la imposibilidad de juzgar o de ejecutar lo juzgado, puede concebirse de dos maneras posibles: la primera, cuando el órgano jurisdiccional se

³⁶ DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *LOS PODERES DEL JUEZ...* Ob. Cit., p. 107.

³⁷ DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *LOS PODERES DEL JUEZ...* Ob. Cit., p. 6.

³⁸ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, VIGÉSIMA SEGUNDA EDICIÓN, 2001.

encuentra penetrado por otro poder público con capacidad de anular la voluntad jurisdiccional, en cuyo caso los motivos de la *carencia* resultan de la insuficiencia de garantías jurisdiccionales. En este caso el impedimento –que es de derecho- obra en el fuero interno del juez (en la actividad de juzgamiento) y en su voluntad jurisdiccional, inhibiéndolas a ambas (según pretendemos explicar en la siguiente sección), lo cual se verifica con anterioridad al fallo; y la segunda, cuando habiendo voluntad jurisdiccional, la *carencia* resulta en la inejecutabilidad del fallo, que se produce por la imposibilidad fáctica en que se encuentra el órgano jurisdiccional de hacerlo cumplir, al negársele el acceso a los instrumentos coercitivos necesarios y suficientes para tal finalidad. En este caso el impedimento –que es de hecho- ocurre con posterioridad al fallo.

Prudente es acotar que la inejecutabilidad del fallo por *carencia de jurisdicción* se diferencia de la inejecutabilidad como vicio de la sentencia a que se refiere 244 del CPC, porque en este caso la imposibilidad de hacer cumplir la decisión resulta de la contradicción en el dispositivo del fallo que se produce cuando «...*las resoluciones contenidas en él sean de tal manera opuestas, que no sea posible ejecutarlas simultáneamente, por excluirse las unas a las otras...*»³⁹. Es decir, que la imposibilidad de ejecutar el fallo deviene de un motivo legal que vicia el fallo de modo tal que lo hace nulo. En este caso, aun cuando el fin político que implica la sentencia no se cumple, no tiene repercusión en el orden social, no obstante que es evidente que pueda causar severos trastornos, obviamente, incluidos los derechos de las partes. Por el contrario, la *carencia de jurisdicción* se presenta cuando el fallo es enteramente suficiente y exhaustivo, técnicamente perfecto, pero que aun cuando puede ser ejecutado, circunstancias de hecho se oponen con éxito a ello.

IV.I.III LAS GARANTÍAS DE LA JURISDICCIÓN

³⁹ Sentencia de la SCC N° 9142 de fecha 21 de abril de 2005, caso seguido por Mila Tapperi contra Esteban M. Velásquez en el expediente N° 03-1116

Como se ha visto, hemos enfocado la jurisdicción del modo en que nos lo sugiere la disertación del presente trabajo, esto es, bajo la primordial función que ha de cumplir el juez: juzgar y ejecutar lo juzgado; y desde el fin político que a través del juez debe cumplir el Estado: eliminar la incertidumbre, otorgar seguridad jurídica y asegurar la integridad de la constitución⁴⁰; también desde la óptica de la garantía de los derechos humanos (dentro de los que se inscriben tanto personas naturales como jurídicas), que postula el artículo 26 de la Constitución en su primer aparte, según el cual:

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

La justicia, por otra parte, debe estar provista también de garantías apropiadas para su cabal consecución a través de su instrumento *-el proceso-* para lo cual se sirve del principio del debido proceso (de obligatorio acatamiento), que sirve de guía y parámetro de estabilidad -no sólo de las partes entre quienes se encuentra promovida una controversia- porque a través del mismo y de su cabal y prudente observancia -debemos insistir- se asegura la justicia y con ello la paz social que califica no sólo al Estado de Derecho sino a éste también como un Estado Constitucional, entendido en palabras de Peter Häberle (citado por Duque Corredor⁴¹), «... como expresión moral de lo público.»

Pero tales metas –pronosticamos- resumidas como la plenitud de la jurisdicción a través del proceso: la sentencia, no será alcanzada o se ausentará si la actividad de juzgamiento del juez, quien se encuentra encargado de declarar el derecho a través del acto más trascendental de la función jurisdiccional, ha sido previamente influida por presiones políticas o económicas suficientes, que hagan depender de éstas su estabilidad e ingresos, condiciones –más bien derechos

⁴⁰ DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *LOS PODERES DEL JUEZ...* Ob. Cit., p. 6

⁴¹ DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *LOS PODERES DEL JUEZ...* Ob. Cit., p. 107.

humanos, nos atrevemos a decir- que han sido calificadas por la doctrina laboral como alimentos.

Según explica Alfonso Guzmán⁴² el salario «... revela una naturaleza jurídica análoga a la de las obligaciones de previsión que la misma Ley establece, tendientes a la conservación de la salud y la vida del trabajador y sus familiares...» Más adelante nos reitera el autor que «... la característica esencial del salario está en la naturaleza alimentaria, personal y familiar de esa prestación⁴³ ...»

Nuestra jurisprudencia laboral participa de igual criterio⁴⁴. Ha dicho la SCS del TSJ:

“... ha sido constante y pacífica la doctrina patria y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal (...) en determinar que las obligaciones que asume el patrono para con el trabajador y que deben cancelarse en dinero, antes que obligaciones pecuniarias son obligaciones de valor, ya que revisten carácter alimentario toda vez que su finalidad es permitir la subsistencia y la vida digna y decorosa del trabajador y de su familia.”

“ También es un hecho aceptado por la doctrina y establecido por la jurisprudencia reiterada, que las obligaciones alimentarias, tanto de carácter familiar como de naturaleza laboral, al ser obligaciones de valor, sólo se cumplen fielmente cuando el deudor satisface las necesidades que esa obligación está dirigida a cubrir: mantener, educar, e instruir al alimentado ...”

Por lo que respecta a la *estabilidad*, (1. f. *Cualidad de estable*. 1. adj. *Que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer*. 2. adj. *Que permanece en un lugar durante mucho tiempo*. 3. adj. *Que mantiene o recupera el equilibrio*⁴⁵) nos

⁴² ALFONZO GUZMÁN, RAFAEL J., *NUEVA DIDÁCTICA DEL DERECHO DEL TRABAJO*. Universidad Central de Venezuela. Cuarta Edición. Caracas, 1983. p.104.

⁴³ ALFONZO GUZMÁN, RAFAEL J., *NUEVA DIDÁCTICA ...* Ob. cit. p.106.

⁴⁴ Sentencia de la Sala de Casación Social N° 313 de fecha 20 de noviembre de 2001, caso seguido por Cristina Domínguez Mikalauskas contra Banco Consolidado, C.A., expediente N° 01-336.

⁴⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Ob. cit.

dice Alfonso Guzmán⁴⁶, que esta «...consiste en una garantía contra la privación injustificada del empleo...»

Las anteriores certezas hacen inequívoco, que en tanto el criterio y la voluntad de los que se encuentran encargados de juzgar y declarar el derecho, puedan o se les haga depender de quienes tengan capacidad de colocar a los jueces en situación de cesantía, la jurisdicción en sí misma se encontrará en grave peligro. Porque la jurisdicción, en el contexto de esta disertación, se encuentra resumida en aquella labor principalísima del juez: la de juzgar y ejecutar lo juzgado. Desde luego que esa influencia traduce su única garantía, constituida esta vez en amenaza, porque entonces a ella deberá su estabilidad y la de su familia: un verdadero despropósito.

La jurisdicción pues, en términos de inestabilidad por ausencia de garantías en quienes se encuentran llamados a administrar justicia, se convierte en un *desiderátum* (como aspiración, deseo que aún no se ha cumplido⁴⁷), igual que el Estado de Derecho, igual que el Estado Constitucional a que se ha hecho referencia; y hasta tanto no existan aquéllas garantías, la *carencia de jurisdicción* –de derecho- se consolida, penetrada la actividad jurisdiccional como se encuentre por influencias ajenas al ordenamiento jurídico. Es decir, si en el desarrollo de la actividad de juzgamiento inciden motivaciones que obran sobre la estabilidad del juzgador, se verifica, como decíamos, la *carencia de jurisdicción*, que se produce en el supuesto de que el órgano jurisdiccional se encuentra penetrado por otro poder público con capacidad de obrar en el fuero interno del juez (en la actividad de juzgamiento) y en su voluntad jurisdiccional, inhibiéndolas. «*El proceso, pues, y la independencia de los tribunales, se proyectan como una garantía constitucional del principio normativo de la tutela judicial efectiva*» sentencia Duque Corredor⁴⁸

⁴⁶ ALFONZO GUZMÁN, RAFAEL J., *NUEVA DIDÁCTICA* ... Ob. cit. p.169.

⁴⁷ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Ob. cit.

⁴⁸ DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *TEMARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PÚBLICO*. Legislación Económica, C.A. Primera edición. Bogotá, 2008. p. 168

Nuestras afirmaciones parecen encontrar asidero en lo que al respecto se expresa en la Exposición de Motivos de la Constitución⁴⁹, conforme a la cual:

“El Estado democrático y social de Derecho y de Justicia consagrado por la Constitución, al implicar fundamentalmente, división de los poderes del Estado, imperio de la Constitución y las leyes como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y garantía procesal efectiva de los derechos humanos y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan la potestad constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Constitución y las leyes, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.” (...)

“El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces será por concursos de oposición públicos, que aseguren la idoneidad, capacidad y probidad de los jueces designados. En tal virtud, todos los cargos de jueces o magistrados de tribunales o cortes, unipersonales o colegiados, distintos al Tribunal Supremo de Justicia, deberán ser designados mediante concurso público de oposición.”

“Los Magistrados del Tribunal Supremo durarán en ejercicio de sus funciones doce años, no pudiendo ser reelectos. A los efectos de su elección se prevé la postulación correspondiente ante el Comité de Postulaciones Judiciales y un procedimiento especial que tiene por objeto una selección y elección pública, objetiva, transparente e imparcial de los candidatos. Será en definitiva la Asamblea Nacional la encargada de elegir a los Magistrados.”

No obstante que en la parte final del último párrafo copiado no se alude al procedimiento previsto por el artículo 270 de la Constitución para la elección de los Magistrados del TSJ, las advertidas condiciones de estabilidad que postula como principios rectores la Exposición de Motivos se encuentran recogidas en el Informe N° 54 sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela de fecha 30 de diciembre de 2009⁵⁰, preparado por la CIDH, organismo internacional adscrito a la OEA, en cuyo párrafo 180 se sostiene que « [l]a vigencia de los derechos y libertades

⁴⁹ Gaceta Oficial N° 5.453, edición extraordinaria de fecha 24 de marzo de 2000.

⁵⁰ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Documento N° 54 de fecha 30 de diciembre de 2009. Consultado el 27 de marzo de 2011 desde: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm>

en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes, en el que exista un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, vale decir, presupone el respeto del Estado de Derecho. A su vez –prosigue– uno de los principios que caracteriza a un Estado de Derecho es la separación e independencia de los poderes públicos como elemento esencial de la democracia.»

No es otra la meta que ha de perseguirse y conquistarse –según comentamos– ya que para garantizar la existencia plena del Estado de Constitucional y de Derecho, es menester asegurar la independencia del Poder Judicial a través de la estabilidad de los jueces. En efecto, como hemos venido sosteniendo «... *la estabilidad en el cargo de los jueces y fiscales es indispensable para garantizar su independencia frente a los cambios políticos o de gobierno.*»⁵¹

Sin embargo, la provisionalidad, enemiga mortal de la garantía de la independencia del poder judicial -como lo expresa Duque Corredor⁵²- coloca a ésta última en entredicho, según refleja el informe de la CIDH, específicamente en su párrafo 184 en el cual la CIDH manifestó «... *su preocupación por aspectos que afectan la independencia e imparcialidad del poder judicial, en particular por los altos porcentajes de jueces y fiscales en situación de provisionalidad y el incumplimiento de algunos de los procedimientos legales y constitucionales en el proceso para su designación y destitución.* »

En el marco normativo del proceso de elección de jueces previsto en la Constitución (Art. 255 y 264), al que sometió la CIDH su revisión *versus* el resultado de la investigación que vertió en su informe, consideró que pese a los cuidados tomados en cuenta para evitar «...*injerencias indebidas, asegurar mayor independencia e imparcialidad y permitir que diversas voces de la sociedad sean*

⁵¹ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Documento N° 54... Ob. Cit. Párr. 229.

⁵² DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *LOS PODERES DEL JUEZ Y EL CONTROL* ... Ob. cit. p. 15

escuchadas en la elección de las autoridades judiciales...⁵³» (Art. 270) «... los mecanismos constitucionales establecidos como garantías de independencia e imparcialidad no fueron utilizados para el nombramiento de las máximas autoridades del poder judicial y del Poder Ciudadano».⁵⁴

En resumen, lo que queda de relieve en el reseñado informe, es que la independencia del poder judicial ha cedido ante el régimen conforme al cual son elegidos, designados, suspendidos, removidos y destituidos los jueces. Para su elección y designación, se han obviado mecanismos legales, y en sustitución de ellos se han creado otros, que antes de promover el concurso de oposición que es el previsto, promueven una “capacitación de jueces” que han sido previamente designados con carácter de provisorios, accidentales o temporales, condiciones que aun cuando diferentes, encuentran un lugar común: la inestabilidad del cargo.

También se advirtió en el mencionado informe la efectiva intromisión del poder ejecutivo en el poder judicial, en el que se citaron algunos casos de connotación nacional, entre los que se cuentan el caso de:

- (i) La jueza Mercedes Chocrón Ch., juez Cuadragésimo de Control de Caracas, destituida por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, luego de efectuar una inspección judicial dirigida a comprobar si el Estado venezolano cumplía o no las medidas cautelares otorgadas por la CIDH al general Carlos Alfonso Martínez, militar disidente del gobierno.
- (ii) Los jueces Miguel Luna, Petra Jiménez y María Trastoy, miembros integrantes de una Corte de Apelaciones, quienes al considerar que el Ministerio Público no había presentado suficientes elementos de convicción que justificaran la prolongación de la detención de supuestos manifestantes contra el gobierno, fueron removidos según una resolución en la cual no se invocaron las causas de la destitución.

⁵³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHO HUMANOS, Documento N° 54... Ob. Cit. Párr. 192.

⁵⁴ Comisión Interamericana de los Derecho Humanos, Documento N° 54... Ob. Cit. Párr. 194.

- (iii) El Magistrado de la SCC del TSJ Franklin Arrieche, destituido por la Asamblea Nacional, quien habría sido el autor (redactor) del fallo que absolvió a los militares acusados de rebelión por los hechos acaecidos del 11 de abril de 2002.
- (iv) El juez Juan Carlos Márquez Barroso, a cargo del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario, inmediatamente después que anuló una resolución de la CNT que imponía una sanción de multa a un canal de noticias privado «... *calificado por el gobierno como enemigo...*»
- (v) La juez Alicia Torres, a cargo del Tribunal 13° de Control Penal de Caracas, removida luego de denunciar ser víctima de acoso por la Presidenta del Circuito Judicial Penal de Caracas, quien le exigía medidas cautelares contra el presidente de un canal de noticias privado.

Además de los anteriores y emblemáticos casos citados por la CIDH en el comentado informe, nos llama a reflexión el que consideramos de mayor trascendencia en la intromisión e influencia negativa del Ejecutivo en la actividad jurisdiccional: el caso de la juez Afiuni mencionado en el párrafo 297 del informe.

Como se recordará, la juez Afiuni había realizado una audiencia preliminar con ocasión de lo cual dispuso sustituir la detención del encausado Eligio Cedeño por juicio en libertad prohibiéndole salida del país y presentación cada 15 días, entre otras cautelares previstas en la ley, en consideración a que éste tenía cumplidos poco más del plazo máximo de 2 años de detención contemplado en el COPP. En conocimiento de lo resuelto por el tribunal, la Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención procedió de inmediato a detener a la juez y a los alguaciles del tribunal. Al poco tiempo –dos días a lo sumo- la juez Afiuni fue imputada por el Ministerio Público por la presunta comisión -entre otros delitos que en opinión de la representación Fiscal traducía la conducta de la juez- el de corrupción, el de abuso de autoridad y el de favorecimiento para la evasión y asociación para delinquir.

En tan lamentables acontecimientos que trascendieron nuestras fronteras, ciertamente no se siguió el correspondiente procedimiento previo para determinar si efectivamente la actuación de la juez se encontraba reñida con los términos en que debe ser ejercida la función jurisdiccional, lo cual motivó a la CIDH en el párrafo 301 de su informe la emitir la siguiente declaración:

“Más allá de que destituciones como las reseñadas en los párrafos anteriores pudieran o no estar basadas en causales y procedimientos establecidos por la ley, el hecho de que se hayan producido de manera casi inmediata luego de que los magistrados adoptaran decisiones judiciales en casos con importante connotación política, sumado a que en las resoluciones que establecen la destitución no se establece con claridad las causas que motivan la decisión ni se hace referencia al procedimiento mediante el cual se adoptó la decisión, envía una fuerte señal a la sociedad y al resto de jueces de que el poder judicial no tiene la libertad de adoptar decisiones contrarias a los intereses del gobierno, pues de hacerlo los jueces corren el riesgo de ser removidos, sin más, de sus cargos.

Finalmente, la CIDH formuló recomendaciones⁵⁵ para la garantía de la independencia de los poderes públicos, obviamente, incluido el poder judicial, en las que resumen la moratoria en que se encuentra el Estado de proveer reales medidas para «... garantizar que todos los jueces cuenten con garantías de independencia e imparcialidad» a través del respeto de los mecanismos arbitrados a tales efectos en la Constitución y «... conforme a lo establecido en las Normas de Evaluación y Concurso de la Oposición para el Ingreso y Ascenso a la Carrera Judicial.», para garantizar la estabilidad e independencia en el cargo «... frente a los cambios políticos o de gobierno».

Adicionalmente a los reseñados casos surge otro que ilustra igualmente la impunidad con la cual el Ejecutivo Nacional se conduce de manera irrestricta en el escenario judicial. Tal es el que refleja la determinación de la Comisión Judicial del TSJ expresada el 14 de enero de 2011 mediante oficio N° CJ-11, conforme al cual se giró instrucciones a los jueces rectores de las circunscripciones a nivel nacional, bajo apercibimiento de sanciones, en las que se restringe la ejecución de medidas preventivas o ejecutivas «... cuya práctica material comporte la pérdida de la

⁵⁵

COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHO HUMANOS, Documento N° 54... Ob. Cit. Párr. 339.

posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda o habitación, aun existiendo sentencia definitiva.»

Tal determinación tiene su origen y apoyo en el Decreto Presidencial N° 7859 de fecha 30 de noviembre de 2010 que modifica el N° 7856 del 29 de noviembre de 2010, dictado a propósito de la emergencia decretada por las lluvias que se precipitaron generando zozobra en varios estados del país.

En el artículo 9 del referido decreto se ordena a las autoridades competentes la adopción de medidas especiales en materia de seguridad ciudadana, bajo la coordinación del MIJ y MD, a fin de proteger a los ciudadanos, sus hogares, familias y bienes, y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales.

Claro que lejos de desconocer la necesidad de la emergencia decretada, dudamos que la determinación de la CJ pueda coadyuvar a la solución de la problemática planteada. Lo que sí nos luce obvio, es que, en primer lugar, si se trata de «... *asegurar el pacífico goce de las garantías y derechos constitucionales...*», no es la prohibición de ejecutar las sentencias o las medidas cautelares, una solución que se coloque a favor, sino más bien en contra de los derechos que la constitución garantiza a los justiciables. Precisamente la determinación de la CJ apoya el desacato y el caos, pues mantenida la prohibición, se promueve la burla a la ley y el desconocimiento al compromiso asumido bajo las figuras contenidas en nuestro ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión, habida cuenta de hechos registrados históricamente en nuestro acontecer político y judicial, no cabe duda alguna de que la influencia del poder ejecutivo sobre el poder judicial, se repite, en términos históricos, inhibe la función jurisdiccional, la actividad de juzgamiento y la voluntad jurisdiccional (como hemos llamado la remisión de esta a los designios de una motivación extraña a la que postula la ley). Es lo que definimos aquí como *carencia de jurisdicción*, aceptando

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

que por jurisdicción en resumidas palabras, ha de tenerse a la potestad de declarar el derecho y de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado.

V LA DISCRECIONALIDAD (ACERCAMIENTO A UNA NOCIÓN)

En sus dos primeras acepciones lo discrecional alude a lo que «... 1. [s]e hace libre y prudencialmente; y 2. [s]e dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas.» No obstante la extensión o el alcance que supone, la primera acepción introduce una primera *limitación* al acto ejecutado de manera libérrima: si el acto ha de ser libre, también debe ser prudente, vale decir, debe ser benigno. En el plano legal, podríamos agregar, que ha de ser además, moderado y realizado con precaución. Esto nos lleva a asegurar que todo acto discrecional debe participar de tales características.

La segunda acepción nos luce ilimitada, y obviamente, la discrecionalidad a que nos referiremos en adelante tiene, además de aquellas limitaciones generales que hallan razón en la prudencia y en la benignidad, las que se encuentran en las reglas que gobiernan el principio de la legalidad, según el cual, toda actuación debe encontrarse sometida a la ley. No existe discrecionalidad que no se encuentre previamente autorizada por la ley. De manera que, como lo señala la Exposición de Motivos de la Constitución con fundamento en el artículo 7 constitucional «... todos los órganos que ejercen el Poder Público, sin excepción, están sometidos a los principios y disposiciones consagrados en la Constitución, y por tanto, todos sus actos pueden ser objeto del control jurisdiccional de la constitucionalidad.»⁵⁶

Tratándose de potestad jurisdiccional, aun cuando admitamos que en consideración de las altas responsabilidades que se encuentran atribuidas al juez constitucional debe concedérsele a éste poder discrecional, deberá serlo únicamente para lograr el fin de la justicia que en el proceso se somete a su resolución, y siempre, como se dijo, bajo los límites establecidos por la Constitución.

⁵⁶ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial N° 5.453, edición extraordinaria de fecha 24 de marzo de 2000.

Si se advierte que el juez constitucional enfrentará circunstancias que importan al interés del colectivo (de orden público), debemos admitir que la actividad jurisdiccional estará referida siempre a ese interés. A propósito del gran espectro que comprende la resolución de controversias que incumben al orden público, se precisa de la discrecionalidad en el juez constitucional; pero también por esa idéntica razón, es necesario regular su actividad, en todo caso, bajo criterios de prudencia a más de los criterios precisos que se encuentran previstos en la ley, a fin de evitar que el poder discrecional devenga en su antonimia: la arbitrariedad, en términos contrarios a la justicia, a la razón o a la misma Constitución.

Si como hemos dejado dicho, es un hecho históricamente registrado que nuestro poder judicial no es un poder independiente porque sus representantes (los jueces) no gozan de garantías de protección -carencia que se constituye en las razones que hacen vulnerable a la actividad de juzgamiento y a su voluntad jurisdiccional- se convendrá entonces en que el poder discrecional, aun cuando necesario a los fines de la justicia, puede revertirse contra el ordenamiento mismo que le sirve de apoyo, lo cual nos recuerda lo que al respecto expresaba el maestro Couture, citado por Duque Corredor⁵⁷ en el siguiente pasaje:

«... para resolver los defectos del proceso se le otorgan al juez plenos poderes discrecionales, reforzando al máximo su autoridad, lo que no es la solución, porque de allí en adelante el problema será el juez, al no definirse los límites de la discrecionalidad judicial, ni desarrollarse institucionalmente las garantías de la independencia de la función judicial...» (...) «... [p]ara conocer lo que en definitiva ese hombre vale como expresión del Derecho, es necesario tener presente 'lo que ese hombre significa dentro del sistema político al que sirve.'» En otras palabras, es necesario (...) investigar, ¿si el juez es un hombre libre dentro del sistema dominante? Porque si los poderes públicos son quienes deciden su destino como hombre, toda esperanza está perdida.

⁵⁷

DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *LOS PODERES DEL JUEZ Y EL CONTROL ...* Ob. cit. p. 3

¿Qué significado tiene entonces “el poder discrecional del juez constitucional”? Si bien podríamos definir la “discrecionalidad judicial” como aquellas facultades inquisitivas previstas en la ley y atribuidas al juez con la finalidad de salvaguardar intereses de orden público, abarcar aquella nos exige un esfuerzo superior, si consideramos sobre todo las facultades interpretativas del juez constitucional (con la cual la doctrina suele asociar la discrecionalidad), con un agregado –cabe destacar- que amenaza con dificultar aun más nuestro esfuerzo: las decisiones de la SC, salvo el control no institucional, no se encuentran sometidas a ningún otro control, como si lo está cualquier otro fallo dictado por los tribunales de la República.

Queremos decir que, si en ejercicio de un poder discrecional se profiere una sentencia que se revela contra intereses legales o constitucionales, el control al que eventualmente se encontrará sometido el fallo, nos garantiza la revisión de la integridad y supremacía de la Constitución. Pero tratándose del poder discrecional del juez constitucional, los peligros y temores que entraña un fallo que se rebele contra los principios y derechos fundamentales resaltan ante la irrevisabilidad de las sentencias de la Sala Constitucional. De allí que procuremos precisar cuáles habrán de ser los límites de esa discrecionalidad, partiendo de la premisa del principio de la legalidad, parámetro indiscutible –irrefutable- de la actuación de todo juez, incluidos los que integran la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Una noción de discrecionalidad la encontramos en un pasaje de lo resuelto por la antigua Corte Federal de Casación de Venezuela en sentencia de 6 de noviembre de 1958. Dijo la Corte⁵⁸:

“El uso del verbo ‘poder’ (...) indica que se está en presencia de una facultad discrecional (...). Poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho -no el deber ni la obligación-, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 13, da la

⁵⁸ Sentencia de la Corte Federal de Casación de fecha 6 de noviembre de 1958, en Gaceta Forense, 2ª etapa, N° 22, Caracas 1958, p. 133.

interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: ‘El Juez o Tribunal puede o podrá’, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”.

De manera que, considerada la dificultad de aprehender una definición precisa desde el núcleo hacia su periferia, facilitará nuestra reflexión procurar precisar sus contornos -sus límites- porque la discrecionalidad de que dispone el juez constitucional, más específicamente la Sala Constitucional, aun cuando nos neguemos a aceptar que sea ilimitada, ciertamente es de muy amplio espectro.

V.I LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES NECESARIOS

Hemos dicho antes que la *legalidad del razonamiento* del juez se encuentra referida a los parámetros de la controversia que señalan las partes, conforme al principio de coherencia que permite el control de la motivación del fallo y que se entiende protegida por el principio del debido proceso, pues el justiciable requiere conocer los términos en que se resuelven los intereses sometidos a la consideración del juez, a fin de impugnarlos (derecho de defensa) caso de que los entienda vulnerados por el fallo.

Sin embargo, aun cuando aquella impugnación no sea posible porque emana de la propia SC, toda sentencia aun proferida por ella debe cumplir los parámetros que le señalan las partes, a fin de que éstas se encuentren informadas de cuáles han sido los motivos de derecho de los que deriva el dispositivo del fallo, a modo de control –se repite- sobre la argumentación judicial y para evitar que la sentencia sea arbitraria; es decir, son aplicables a toda decisión aquellos principios y técnicas señalados por el ordenamiento procesal, más precisamente en sus artículos 12 y 243

del CPC, porque la motivación del fallo llega a constituirse precisamente en el contenido de la norma en que deriva el dispositivo de la sentencia. Como señala Duque Corredor⁵⁹ citando a Diez-Picasso, «... *con el razonamiento de la sentencia 'se pide al juez que inserte esta en el ordenamiento jurídico en el que vive y trabaja.'*»

La motivación del fallo pues, se constituye en un control de la constitucionalidad misma de la sentencia en la que aquella queda inserta, de tan importante trascendencia, que su inobservancia acarrea la nulidad del fallo, tal como lo ha señalado la SC⁶⁰. En efecto, ha dicho la Sala:

«... el referido fallo adolece del vicio de inmotivación por contradicción entre sus motivos y su dispositivo, vicio éste que la hace nula de conformidad con lo que establecen los artículos 243, ordinal 4°, y 244 del Código de Procedimiento Civil, aplicables por remisión expresa del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.»

Otro de los vicios que se verifican en la motivación del fallo produciendo su nulidad, lo encontramos en la *incongruencia omisiva*, que se produce cuando no existe correspondencia entre lo resuelto por el juez y *lo pretendido* por las partes, de manera tal que lo decidido no guarda relación con el contradictorio. Ha sostenido la Sala⁶¹ haciendo eco de lo resuelto por el Tribunal Constitucional de España, que:

“Conviene entonces señalar que la tendencia jurisprudencial y doctrinaria contemporánea en materia constitucional, es considerar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva por lo que se denomina como ‘incongruencia omisiva’ del fallo sujeto a impugnación.

La jurisprudencia ha entendido por ‘incongruencia omisiva’ como el ‘desajuste’ entre el fallo judicial y los términos en que las partes

⁵⁹ DUQUE CORREDOR, ROMÁN J. *LA TRANSPARENCIA JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA*, En: Hacia la transparencia del Poder Judicial. Colección Eventos N° 9. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2002. p. 6.

⁶⁰ Sentencia de la SC del TSJ N° 1844 de fecha 09 de julio de 2003, caso seguido por Guido José Bello, expediente N° 02-0859.

⁶¹ Sentencia de la SC del TSJ N° 2465 de fecha 15 de octubre de 2002, caso seguido por José Pascual Medina Chacón, expediente N° 02-0837.

formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosas distintas de lo pedido, (que) puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, lesivo al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia` (sentencia del Tribunal Constitucional Español 187/2000 del 10 de julio).

También se ha sostenido⁶² que «... el agravio o lesión al derecho a la defensa y a la garantía del debido proceso lo causa la evasión en cuanto al pronunciamiento correcto u omisión de pronunciamiento o ausencia de decisión conforme al recurso ejercido por la parte, lo que da lugar a una incongruencia entre –lo petitionado- la actuación requerida del órgano jurisdiccional y la producida por éste, que originó una conducta lesiva en el sentenciador, quien estando obligado a decidir de acuerdo con lo solicitado, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia (artículo 243, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil), procedió a declarar algo distinto a lo reglado en la ley.»

La función jurisdiccional –dice la SC⁶³ en otra de sus sentencias- «... es una actividad reglada, que debe adecuarse a ciertos parámetros interpretativos establecidos de manera previa y formal por el Legislador, donde la aplicación indefectible por el juzgador de ciertas consecuencias jurídicas se impone, ante determinados presupuestos de hecho. Esta actividad reglada –prosigue la Sala- previene fórmulas de actuación para la magistratura en virtud de la cual si bien el juez dispone de la posibilidad de emitir juicios de opinión que obedezcan a su particular manera de comprender las situaciones sometidas a su conocimiento y posee un amplio margen interpretativo, debe, sin embargo, ceñirse en su actividad decisoria a los postulados legales que regulan tal actividad. En este sentido, se

⁶² Sentencia de la SC del TSJ N° 1340 de fecha 25 de junio de 2002, caso seguido por Cecilia Pontes Muleiro, expediente N° 01-2388.

⁶³ Sentencia de la SC del TSJ N° 2036 de fecha 19 de agosto de 2002, caso seguido por Plaza Suite I, C.A., expediente N° 02-0306.

advierte como el ordenamiento jurídico introduce disposiciones normativas dirigidas especialmente a la actividad de juzgamiento.»

Se quiere decir que, si por una parte es cierto que la discrecionalidad como «poder» según el citado criterio de la Alta Corte Federal de Casación «... *es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho -no el deber ni la obligación-, de hacer una cosa...*», y que en uso del poder discrecional la ley misma (Art. 23 CPC) le confiere al juez un amplio escenario «... *para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad ...*», también es cierto, debemos subrayar, por otra parte, que esa actividad de juzgamiento sí se encuentra reglada y a los parámetros señalados previamente por la ley el juez constitucional está obligado a ceñirse, porque la función jurisdiccional (*la actividad de juzgamiento*) se halla vinculada a ella.

Atendiendo a los copiados términos en que ha de realizarse la función jurisdiccional y la actividad de juzgamiento que opera en el fuero interno del juez (cuyas reglas gobiernan los términos en que ha de desarrollarse el razonamiento judicial y de las cuales no podría sustraerse el juez constitucional porque la discrecionalidad no lo habilita –no lo autoriza- para ello), deberán entonces conjugarse armoniosamente los principios de indagación autorizados expresamente por el ordenamiento (principios dispositivo e inquisitivo), u otros que no se revelen contra éstos para resolver y apreciar en primer lugar, lo que las partes llevan a su consideración, y en segundo lugar, aquellos otros aspectos que nacen en la propia controversia o vienen aparejados con ella que puedan trascender al colectivo.

En principio, el juez no podría resolver sino sobre el asunto que a su conocimiento someten las partes, pero no obstante esta certeza, y aun cuanto –como hemos afirmado con anterioridad- el juez podrá y deberá actuar oficiosa y

discrecionalmente, habrá de hacerlo, si, pero siempre que se encuentre previamente autorizado por la ley, y en todo caso, en resguardo del orden público previa la observancia y con estricto apego y obediencia del ordenamiento jurídico al que en todo caso se encuentra sujeto.

A modo de ejemplo, en cuenta de que la Constitución atribuye a la SC el control concentrado de la constitucionalidad, esta facultad puede ser realizada *discrecionalmente* a través del llamado *incidente constitucional*⁶⁴ o de *constitucionalidad* que halla lugar «... *en cualquiera de los procedimientos a que den lugar las acciones ventilables ante ella (...) cuando la cuestión planteada (no necesariamente alegada) sobre la constitucionalidad de una norma legal es prejudicial respecto de la resolución de un proceso constitucional o de una causa que curse ante la Sala.*»

Recordemos que aun en las controversias en que se ventilan intereses privados, el juez se encuentra provisto de poderes discrecionales, tanto más – decimos- en aquellos casos regulados por el derecho público, en los cuales el principio dispositivo cede espacio a las facultades inquisitivas del juez. En aquellos supuestos puede y debe intervenir oficiosamente incrementando el acervo probatorio para encontrarse mejor informado de los hechos de la litis y servir mejor al fin principal de la justicia, teniendo siempre presente que la finalidad de la función jurisdiccional no ha de conformarse únicamente con resolver la controversia en los términos planteados por los justiciables, sino que como director del proceso, como sujeto procesal activo, el juez debe intervenir en él para lograr el fin perseguido por el Estado, que puede ser en definitiva superior al involucrado en el pleito, fin político que es diferente de los perseguidos por otros poderes del Estado.

⁶⁴ Sentencia de la SC del TSJ N° 2.588 de fecha 11 de diciembre de 2001, solicitud de interpretación seguida por Yrene Aracelis Martínez Rodríguez, expediente N° 2001-1096.

No es distinto el caso del juez constitucional. Dotado de discrecionalidad, ciertamente se encuentra obligado a indagar, solo que no únicamente los hechos de la litis, sino también los hechos que podrían devenir en actos jurídicos – *hechos eventuales*- estos son, como todos los que prevé en abstracto cualquier disposición normativa, los capaces de generar consecuencias jurídicas, habida cuenta que la sentencia constitucional resultará en una norma de conducta de observancia vinculante.

Nos excusábamos al inicio de este capítulo de no avanzar en una definición sobre la “discrecionalidad del juez constitucional” por la dificultad que ello representa, y que por tal razón nos lucía más conveniente acercarnos a sus nociones desde su periferia hacia su centro, con la convicción de que sus contornos, que llamamos sus *límites*, definirán mejor, como ya hemos venido haciéndolo, el alcance del poder discrecional.

En lo *adjetivo*, hemos dicho, el juez constitucional encuentra su *actividad de juzgamiento* circunscrita *en primer lugar*, principalmente entre otros, a los *principios* señalados en la Constitución, tales son: (i) el artículo 25 que establece la nulidad de todo acto emanado del poder público que viole o menoscabe los derechos y/o garantías constitucionales; (ii) el artículo 26 que consagra el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva; (iii) el artículo 27 que establece el derecho a ser amparado en el goce y ejercicio de derechos y garantías constitucionales; (iv) el artículo 28 sobre el derecho de acceso a la información sobre sí mismo y sobre sus bienes; (v) el artículo 49 que consagra el principio del debido proceso; y (vi) los artículos 334 y 335 sobre la integridad y supremacía de la Constitución.

En *segundo lugar*, el juez constitucional encuentra sometida su *actividad de juzgamiento* en los principios procesales contenidos la LOTSJ, principalmente en: (i) el artículo 89 que señala la iniciación de los procedimientos conforme a los principios

dispositivo e inquisitivo; y (ii) el artículo 91 sobre el debido proceso. Y por último, en *tercer lugar*, la *actividad de juzgamiento* del juez halla espacio *en los principios procesales* contenidos en el CPC: (i) artículos 11 y 12 relativos a la iniciación de los procedimientos conforme a los principios dispositivo e inquisitivo y a los términos en que habrá de realizarse esa actividad de juzgamiento; (ii) artículo 14 sobre la dirección del proceso a cargo del juez; (iii) artículo 15 acerca de la igualdad de las partes; (iv) el artículo 23 que señala la oportunidad en que opera la discrecionalidad del juez y cuáles son las fuentes o –mejor- bases de donde recabará su razonamiento discrecional: *la equidad, la racionalidad, la justicia y la imparcialidad*; y finalmente (v) el artículo 243.4 y 243.5 que señalan la obligación de motivar el fallo y la de decidir conforme al *thema decidendum*.

En lo sustantivo, consideramos que conforme al artículo 335 constitucional, la discrecionalidad del juez se encuentra informada y al mismo tiempo limitada por el conjunto de principios y valores constitucionales contenidos en el «*bloque de la constitucionalidad*», esto es, en el preámbulo de la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y en las normas que consagran los derechos de los justiciables.

Consistente con el anterior análisis, vale decir, con los cuidados que debe observar el juez constitucional al decidir discrecionalmente los asuntos que conoce, nos luce la opinión de Espinoza-Saldaña Becerra⁶⁵, para quien «... *las decisiones del tribunal no pueden perder conexión con el texto constitucional (si asume estas tareas es precisamente por ser el supremo intérprete de dicho texto constitucional). Por otro lado, y casi como lógica consecuencia de lo anterior, el Alto Tribunal podría ‘crear’ valores sustantivos no explícitamente mencionados en el texto constitucional. Finalmente, un tribunal constitucional siempre deberá expresar y desarrollar la*

⁶⁵ ESPINOZA-SALDAÑA BECERRA, ELOY. *SENTENCIAS INTERPRETATIVAS: SUS ALCANCES Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU USO A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA PERUANA*. Estudios constitucionales, noviembre, año/vol. 4, N° 002. Centro de Estudios Constitucionales. Santiago – Chile, 2002. p. 212.

argumentación que lo ha llevado a tomar determinada posición, ya que la motivación de sus pronunciamientos –entre otras cosas- permite un control de su margen de acción.»

De manera que la discrecionalidad para no devenir en arbitraria deberá conducirse además del respeto de los derechos fundamentales que aparecen inscritos en la constitución y aquellos otros inherentes a la persona, no debe interferir en el ámbito de competencia que tienen atribuidos otros poderes públicos. Este es otro de sus límites⁶⁶.

En el actuar de la discrecionalidad, la actividad de juzgamiento del juez constitucional, esto es, en la indagación de la solución del caso bajo estudio, Capelletti⁶⁷ señala que *«debemos tomar en cuenta todas las normas, o antes bien todas las voluntades constitucionales que dispongan un límite de cualquiera especie, también meramente final, a los actos de voluntades legislativas.»* Según el autor *«... es necesario ver cómo la norma puede ser actuada (...) en relación con las características del acto de voluntad legislativa ordinaria, o sea, no constitucional.»*

Parafraseando al maestro, el juzgamiento que el juez constitucional realiza - con ocasión del actuar discrecional- para la solución del asunto que conoce, debe encontrar la referencia en la intención que el legislador ordinario ha incorporado a la normativa objeto de estudio, al decir de Capelletti, en cómo la norma *«puede ser actuada.»*

⁶⁶ Sentencia de la SC del TSJ N° 2.341 de fecha 25 de agosto de 2003, caso seguido por Hermann Escarrá, expediente N° 03-1254. En esta sentencia la SC se arrogó atribuciones asignadas a la Asamblea nacional. Véase también sentencia de la SC N° 301 de fecha 27 de febrero de 2007, caso seguido por Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio, expediente N° 01-2862, en la cual se sustituyó en las funciones legislativas propias de la Asamblea Nacional, lo que generó una airada reacción de esta.

⁶⁷ CAPELLETTI, MAURO. PROCESO, IDEOLOGÍAS, SOCIEDAD. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1974. p. 392

Creemos que podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que la discrecionalidad del juez constitucional, en primer lugar, no es ilimitada, no puede serlo, no debe serlo: el poder ilimitado se pervierte y se convierte en despotismo que es resumen del abuso de autoridad. En segundo lugar, la discrecionalidad es extraordinaria: solo puede actuar cuando esté expresamente autorizada por la ley o – en nuestro caso- por la Constitución. En tercer lugar, la actuación discrecional -o mejor, *la actividad de juzgamiento*- debe realizarse bajo los parámetros previamente señalados por la ley. En cuarto lugar, la discrecionalidad debe en todo caso tener en consideración la protección de los principios, derechos y valores fundamentales constitucionales. En quinto lugar, el actuar discrecional debe derivar en un acto legítimo; y por último, en sexto lugar, debe adecuarse a la *ratio* del legislador ordinario, como quiera que en su decisión el juez constitucional dispondrá una norma constitucional de carácter vinculante.

Pero aun nos queda por responder si la discrecionalidad es un asunto de fondo como podría creerse, o de forma.

Podría pensarse por una parte, que la discrecionalidad no traduce los términos en que ha de desarrollar el juez su razonamiento, porque aun cuando podría constituirse en un acto libérrimo, ha de ajustarse –según ya se dijo- a los principios y valores que informan el ordenamiento al que sirve y del cual se sirve. Por el contrario, la discrecionalidad parece traducir libertad de acción, no de juzgamiento. De manera que el «*poder*» a que nos hemos referido como facultad de obrar, no supondría otra cosa que *poner o no* –es decir, optativamente- *en acción* un determinado procedimiento, solo que con tal modo de actuar discrecional, el juez inicia un procedimiento o incorpora a este elementos de juicio que serán objeto de una consideración posterior -al acto discrecional- a propósito de la sentencia, que a diferencia de aquél acto, es ciertamente un asunto de fondo.

Pero por otra parte, otros razonamientos nos conducirían a concluir que la discrecionalidad es siempre un asunto de fondo. La facultad de avocarse o no a la admisión de la revisión de las sentencias, por ejemplo, en los términos del 336.10 constitucional, no se agota en el mero acto de forma de admitirla o no. Antes se verificó un acto de juzgamiento mediante el cual se inquiere si lo decidido en la sentencia cuya revisión se pide tiene la aptitud de trastornar el orden constitucional. Pero habría que preguntarse ahora, si, verificada la inconstitucionalidad de la sentencia, el juez tiene o no la facultad para proceder a la revisión. La respuesta es positiva. El poder discrecional confiere al juez *el poder* de proceder o no a la revisión, solo que, en uso de ese poder, el juez debe conducirse «... *consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad...*» Y lo racional en derecho, es obrar conforme a la técnica y normas previamente señaladas por el ordenamiento jurídico, y en nuestro caso, por el orden constitucional.

De manera que, si el juez, en uso de la discrecionalidad dispone contrariamente a la racionalidad, a la justicia y a la imparcialidad, nos encontraremos en presencia de un acto que –aunque discrecional- se reputará de arbitrario, y en tanto pueda revelarse contra el ordenamiento, será falso, espurio; y en consecuencia, ilegítimo e impugnabile, si no por otro órgano jurisdiccional, si a través del control no institucional, porque un acto discrecional divorciado de la juricidad es repugnante al colectivo.

Por cuanto la actividad de juzgamiento del juez se cumple en el acto íntimo de la razón, y que por ello se constituye en un acto libérrimo, ha de ajustarse –según ya se dijo- a los principios y valores que informan el ordenamiento al que sirve y del cual se sirve. Tenemos entonces que la actividad jurisdiccional, y dentro de ella la especie: *la actividad de juzgamiento*, se encuentra preñada de discrecionalidad. Ciertamente la actividad de juzgamiento, referida como el proceso mental de razonamiento que ejecuta el juez sobre el asunto que se le somete a su consideración, es un acto íntimo y

en tanto íntimo libre: hasta aquí no hay ligaduras. Consideraciones sobre *v.gr.* la apreciación y valoración de las pruebas o el establecimiento de los hechos son actividades discrecionales que se verifican en el fuero interno del juez, pero en lo exterior deben ceñirse a la normativa legal.

Sabemos de la resistencia que se opondrá a nuestras afirmaciones, pero nos parece que precisamente por tratarse la actividad de juzgamiento –la principal tarea del juez- de un evento que ocurre de manera íntima, la necesidad de que sea reglada, porque somos «*finitos, hijos de la muerte*», como solía aludir el Dr. J.A. Núñez Aristimuño a la imperfección y vulnerabilidad del ser humano. Son éstas pues –las reglas legales, y antes, las reglas de la razón, de la equidad y de la justicia- los verdaderos límites que se colocan contra la actividad discrecional del juez. La diferencia con el «*poder*» a que nos hemos referido como facultad de obrar, que supone *poner o no* –es decir, optativamente- *en acción* un determinado procedimiento, radica en que en nuestro caso el límite impuesto a la actividad del juez solo es pretendidamente más laxo, sólo eso; vale decir, cuando se opta, las reglas que servirán de apoyo y a su vez de límite, se encuentran en el ordenamiento jurídico como hemos querido explicar. No alude a otro sentido la expresión «... *consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad...*»

VI PROCEDIMIENTOS INSTADOS DE OFICIO EN LA LOTSJ

Lo primero que nos corresponde señalar es que la actividad de oficio del juez constitucional se encuentra expresamente prevista en el artículo 334 de la Constitución, que reza:

“En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los Tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.”

Lo segundo es que la actuación judicial de oficio, lejos de lo que se piensa, no necesariamente ha de ser discrecional. Recordemos que uno de los elementos que caracterizan a la discrecionalidad es la «... facultad, el derecho -no el deber ni la obligación-, de hacer una cosa.», y que «... [c]uando la ley dice: ‘El Juez o Tribunal puede o podrá’, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”⁶⁸. De manera pues que, cuando la actividad de oficio no es facultativa sino imperativa; es decir, ordenada por la ley, esa actividad deja de ser una opción para convertirse en una conducta de obligatorio cumplimiento por el juez.

Como se verá, el artículo 25.6 de la LOTSJ prevé que es de la competencia de la SC «revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción que sean dictados por el Presidente o Presidenta de la República.»

El decreto de estado de excepción a que se contrae el artículo 339 de la Constitución, debe ser «... presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, (...) a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se

pronuncie sobre su constitucionalidad...», pero –decimos- si es el caso de que el decreto no haya sido presentado; la SC de inmediato, sin esperar más, debe -se encuentra obligada a- avocarse a la revisión de constitucionalidad del mismo. En efecto, señalan tanto el artículo 336.6 de la Constitución como el citado artículo 25.6 de la LOTSJ que con de la competencia de la SC del TSJ:

6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción que sean dictados por el Presidente o Presidenta de la República

Si bien es al Presidente a quien corresponde remitir el decreto que declara el “Estado de Excepción” dentro de los 8 días de habérselo dictado, en caso de que no lo haga, la SC deberá proceder *en todo caso* a su revisión, *aun de oficio*. Como puede apreciarse del ejemplo, lo oficioso reside pues, no necesariamente en lo discrecional (aunque pueda serlo), sino en la legitimación de quien inicia o impulsa un determinado procedimiento, o realiza una actuación dentro del mismo.

Conforme a la interpretación conjunta de los artículos 25.26 y 31.1 de la LOTSJ se atribuyó a la SC del TSJ, competencia para «... [s]olicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal y avocarlo...» en las causas «... en las que se presume 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.»

Conforme a lo dispuesto por el artículo 106 y siguientes, la SC (o la que corresponda avocar según la materia de su respectiva competencia), habrá de proceder con conocimiento *sumario* del asunto; vale decir, con el conocimiento que permite acceder la brevedad y la urgencia, y recabarlo de cualquier tribunal para resolver si asume el conocimiento del asunto o lo asigna a un tribunal distinto del que conocía con anterioridad.

⁶⁸ Artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Sentencia de la Corte Federal de Casación de fecha 6 de noviembre de 1958. Ob. Cit.

La procedencia del avocamiento a que nos referimos, tiene dependencia, según lo previsto en el artículo 107, de que con ocasión del asunto o caso sobre el cual verse el avocamiento, se hayan generado «...*graves desórdenes procesales o (...) escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.*»

Resalta a nuestro modo de ver la protección especial, y a propósito de ella, la discrecionalidad que se le confiere al juez tratándose de circunstancias que podrían tener la capacidad de vulnerar el orden público, que es asunto cuya protección obviamente debe asumir el Estado, y cuyo encargo lo realiza a través del juez. Nótese la remisión que se hace, nuevamente, al procederse discrecionalmente, ya que el avocamiento deberá ejercido *con suma prudencia*; es decir, con cautela, sensatez y moderación.

A más de los efectos de la correspondiente sentencia que necesariamente habrá de pronunciarse sobre la vulneración o no de los derechos previstos en la Constitución, que en general –cabe agregar– son los que sensibilizan y activan el control no institucional, debemos señalar que no concebimos que la SC asuma el conocimiento de cualquier asunto, pues para ello, para que retenga el caso, se requiere que sea un proceso constitucional. En caso de que sea un asunto civil, mercantil o penal, por ejemplo, el avocamiento únicamente obrará sobre el desorden procesal y su actividad se destinará a corregir las violaciones ocurridas; y luego, a lo sumo, asignar su conocimiento a otro tribunal con competencia en razón de la materia. Por la misma razón sostenemos que, tratándose de un asunto constitucional, podrá la SC decretar de oficio las medidas cautelares convenientes a la protección del orden público, proceder además al control difuso y ordenar, de ser el caso «...*el inicio del procedimiento de nulidad que dispone la ley...*» en los términos previstos en el artículo 34 y artículo 129 y siguientes de la ley.

En lo que atañe al control concentrado de la constitucionalidad o acción popular de constitucionalidad, denominación bajo la cual también se le conoce, es sabido que la legitimación para activarlo corresponde a cualquier persona con interés, caso de que la inconstitucionalidad tenga repercusión nacional (la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, o de los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con la Constitución, ordinales 1 y 3, artículo 25); salvo que claro está, que se requiera de una legitimación calificada como se exige por ejemplo, cuando con la acción se persiga la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colidan con ella; o la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, ordinales 2 y 4, artículo 25. Sin embargo en todos estos casos, aun cuando no puede iniciarlas, la SC podrá suplir de oficio «... *las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público.*»

Ya antes nos referimos al control difuso de la constitucionalidad aunque a propósito del avocamiento, pero la nota común es que el control difuso puede verificarse en cualquier proceso y ante cualquier tribunal en el que se proceda a la desaplicación de una determinada disposición que al ser confrontada colida con la constitución; caso en el cual la SC *podrá* dar inicio al procedimiento de nulidad a que se contraen los artículos 129 y siguientes de la ley.

VI.1 LA CAUTELARIDAD DE OFICIO

En los procesos gobernados por el derecho público la cautelaridad puede ser discrecional, precisamente porque está dirigida a la protección de intereses del colectivo. Antes habíamos dicho que con ocasión de las altas responsabilidades que le son asignadas al juez constitucional, era preciso asignarles discrecionalidad, y la cautela de los intereses públicos es un fin del Estado cuya protección no podría estar a cargo de los particulares sino a este a través de la función jurisdiccional.

La cautelaridad se inscribe en el derecho que tiene toda persona al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva a que se contrae el artículo 26 de la Constitución, lo cual señala el rango de las medidas preventivas, instituidas con el fin de asegurar, mientras dure el proceso en que se ventilan sus intereses, el goce de los intereses que se ventilan en sede jurisdiccional. Si entendemos que con las medidas preventivas se garantizan los derechos de los justiciables, podemos afirmar que nos encontramos en presencia del derecho de defensa protegido por el artículo 49 constitucional, de donde las medidas cautelares, al prevenir el derecho en litigio, garantizan su goce.

Pero la cautelaridad no solo protege el derecho de los justiciables o los intereses colectivos que discrecionalmente el juez previene con la medida: a través de este instituto jurídico se protege la efectividad de la justicia y la confianza en el sistema en que se inserta al hacer posible –al hacer efectiva- finalmente la ejecución del fallo.

En la LOTSJ las medidas cautelares pueden ser acordadas a solicitud de parte o discrecionalmente de oficio por el juez, en los procedimientos que se ventilen ante la SC artículo 130; en el procedimiento de protección de intereses difusos y colectivos, artículo 163; y en el procedimiento establecido para la tramitación del

procedimiento de Habeas Data, artículo 176. En todos estos casos el contenido de la disposición es el mismo: se le confieren al juez «... *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.*»

Podríamos suponer cuáles serían las motivaciones de las partes al solicitar las medidas de protección cautelar, pero ¿cuáles serán, en el caso del juez, las circunstancias capaces de estimular su decreto? Dijimos antes que en el caso de las partes, obviamente la cautelaridad previene la posibilidad de la ejecución del fallo, pero en cuanto al juez, el interés proviene del Estado y él –el juez- es el sujeto procesal que ha de preservar el orden público y el fin político de la justicia.

Ahora bien, las medidas cautelares preventivas se encuentran desarrolladas en el CPC, distinguiéndose las medidas cautelares típicas (artículo 588, embargo de bienes muebles; secuestro de bienes determinados; y prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, respecto de las cuales y en atención a su efectividad el juez además puede «...*acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado*»), que tienen un eminente carácter patrimonial, de las medidas atípicas o innominadas, consistentes en aquellas «... *providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra*» en cuyo caso «... *para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión*», de carácter no patrimonial, dirigidas principalmente a evitar o a impedir la ejecución de un (in)determinado acto.

Son ésta últimas (las medidas cautelares atípicas o innominadas) a las que se apela de manera recurrente en los procedimientos regulados por el derecho público, y consisten principalmente en la suspensión jurídicos de los efectos del acto contra el

cual se recurre, sobre la cual se ha edificado una doctrina bien diferenciada de la privada, habida consideración de los distintos intereses y procedimientos en los que se ventilan unos y otros. Sin embargo en ambos casos, la procedencia de las medidas cautelares siempre habrá de ceñirse a los requisitos exigidos por el artículo 585 del CPC, según el cual:

“Las medidas preventivas (...) las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.”

Se ha sostenido⁶⁹ que «... las medidas innominadas constituyen un tipo de medidas preventivas de carácter cautelar cuyo contenido no está expresamente determinado en la ley sino que constituye el producto del poder cautelar general de los jueces (...) con la finalidad de garantizar tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva y de la función jurisdiccional misma...», definición que consideramos consistente con lo que hemos expuesto al inicio de esta disertación.

Las medidas, a su vez se diferencian técnicamente en preventivas y en cautelares. Por aquellas se entienden las dictadas por los órganos del poder público en ejercicio de sus respectivas funciones, *v.gr.*, las medidas de ocupación dictadas por la PGR a propósito de la emergencia financiera, definidas como *actos medida*, en tanto que las cautelares son precisamente aquellas dictadas por los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional, a través de las cuales se *cautela* la efectividad de la ejecución del fallo.

Otro distintivo en materia de derecho privado y derecho público, se encuentra en la discrecionalidad que caracteriza la actividad del juez constitucional. Como se ha dejado dicho, a éste se le confieren «... los más amplios poderes cautelares como

⁶⁹ ORTIZ-ORTIZ, RAFAEL. *LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS. ESTUDIO ANALÍTICO Y TEMÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL*. PAREDES EDITORES. CARACAS – VENEZUELA. 1999. TOMO I, p.11.

*garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.» Sin embargo, aun cuando el juez puede oficiosamente decretar alguna medida cautelar, dudamos que lo haga sin que se encuentren cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 585 del CPC, que la doctrina resume en la satisfacción de dos extremos, a saber: el *primero*: que exista presunción de que el accionante procede con apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); y el *segundo*: que exista riesgo en la demora (*periculum in mora*) o temor fundado en la ilusoriedad de la ejecución del fallo.*

Al respecto, en reciente doctrina del TSJ⁷⁰ se ha sostenido que al quedar demostrada la presunción de buen derecho queda demostrada al mismo tiempo la presunción del riesgo en la demora. En efecto, dijo la SPA del TSJ que:

“En cuanto al periculum in mora, se reitera que en estos casos es determinable por la sola verificación del extremo anterior, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional o su limitación fuera de los parámetros permitidos en el Texto Fundamental, conduce a la convicción de que por la naturaleza de los intereses debatidos debe preservarse in limine su ejercicio pleno, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación.”

En cuanto a la discrecionalidad del juez, referida a su potestad de decretar o no las medidas cautelares a que se contrae el artículo 588 del CPC, se había sostenido que éstas podían no ser decretadas aun cuando estuvieran satisfechos los extremos exigidos por el artículo 595 del CPC. En efecto, dijo la SCC⁷¹ del TSJ para fundamentar su negativa, lo siguiente

“No basta entonces que el solicitante de la medida acredite los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, desde luego que el Juez no está obligado al decreto de las medidas, por cuanto el artículo 588 eiusdem dispone que el Tribunal, en conformidad con el artículo 585

⁷⁰ Sentencia N° 0040 de la SPA del TSJ de fecha 15 de enero de 2008, caso seguido por Juan Carlos Cuenca Vivas, expediente N° 2005-5556.

⁷¹ Sentencia N° 387 de La Sala de Casación Civil de fecha 30 de noviembre de 2000, caso seguido por Cedel Mercado de Capitales, C.A., expediente N° 2000-0133.

puede decretar alguna de las medidas allí previstas; vale decir, que lo autoriza a obrar según su prudente arbitrio.

“De forma y manera que, no estando obligado el Juez al decreto de ninguna medida aun cuando estén llenos los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, no se le puede censurar por decir, para negarse a ella, que “...de los recaudos presentados no se determinan los elementos contenidos en la norma invocada” y que “... no se observa que se haya dado los supuestos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil”, desde luego que podía actuar de manera soberana.”

Afortunadamente, la Sala Constitucional ⁷² haciendo eco del criterio establecido por la Sala de Casación Civil en sentencia N° 00407 de fecha 21 de junio de 2005, sostuvo lo contrario, es decir, estableció que encontrándose llenos los extremos del artículo 585 del CPC, era –es- obligación del juez proceder al decreto de la medida cautelar. Entre otras motivaciones expresó la SC las siguientes:

Es comprensible la frustración de quien pone en movimiento a los órganos jurisdiccionales para obtener la tutela de sus derechos, y lograda la declaración respecto de la voluntad de la ley y una sentencia favorable a sus intereses, se encuentre con un título inejecutable por haberse hecho insolvente el condenado, quedando ilusoria la ejecución del fallo.

No es posible conceder el derecho a la acción, para luego poner de lado la necesidad de tomar las medidas necesarias que garanticen la posibilidad de ejecución del fallo, en caso de que éste resulte favorable a los intereses del actor.

La sola negativa de la medida, aun cuando están cumplidos los extremos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, frustra el acceso a la justicia, pues la parte se aventura a finalizar un proceso mediante una sentencia que quizás nunca logre ejecutar, por consecuencia de interpretaciones de normas de rango legal, a todas luces contrarias al derecho subjetivo constitucional de acceso a la justicia, y totalmente desarmonizado con las otras normas de rango legal que prevén el mismo supuesto de hecho.

En efecto, esta razón de orden social que afecta gravemente el interés general, que debe sobreponerse frente al interés particular de cualquier persona, está afectando gravemente a quienes acuden a los órganos jurisdiccionales para solicitar la protección de sus derechos, y ello sólo

⁷² Sentencia de la SC del TSJ N° 1.201 de fecha 25 de junio de 2007, caso seguido por Arnout de Melio y otros, expediente N° 2005.2024.

encuentra justificación en una interpretación literal, completamente divorciada de la realidad social a la que está dirigida, y en un todo aislada de las otras normas establecidas por el legislador para regular el mismo supuesto de hecho, las cuales han debido ser analizadas en conjunto para escudriñar la intención del legislador.

Por consiguiente, la Sala considera necesario modificar la doctrina sentada en fecha 30 de noviembre de 2000, (caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A., c/ Microsoft Corporation), y en protección del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva y con soporte en una interpretación armónica de las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, relacionadas con el poder cautelar del juez, deja sentado que reconociendo la potestad del juez en la apreciación de las pruebas y argumentos en las incidencias cautelares cuando considere que están debidamente cumplidos los extremos previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, debe proceder al decreto de la medida en un todo conforme a lo pautado en el artículo 601 eiusdem. Así se establece.

No obstante las certezas anotadas, las medidas cautelares innominadas en razón de los intereses de orden público que supone un procedimiento constitucional, exigen un tratamiento ciertamente más acucioso, considerado que la mayor de las veces –por no decir todas- se pide la desaplicación de un acto caracterizado por la presunción de legitimidad, *v.gr.*, la nulidad total o parcial de las leyes nacionales o de actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con la Constitución, ya que la medida cautelar podría constituirse en una lesión de intereses generales. Tales consideraciones⁷³ serían las siguientes:

(i) el carácter excepcional de la inaplicación de una norma, (ii) la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado, (iii) la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio, (iv) la posibilidad efectiva de que se produzcan nuevos daños a la parte actora u otras personas por la aplicación de la norma cuya nulidad se pretende, y (v) la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la sociedad.

No creemos pues, que la posterior promulgación de la LOTSJ respecto de los criterios jurisprudenciales anotados, y su imprevisión sobre las circunstancias

referidas a la discrecionalidad sobre el decreto o no de las medidas cautelares, destruya *per se* los razonamientos lógicos, basados en la tutela judicial efectiva, y en consecuencia de rango constitucional, que se oponen a tal potestad, pues ella debe ceder ante la circunstancia cierta de encontrarse llenos los extremos de procedencia exigidos por el artículo 585 del CPC, en consonancia con el criterio anterior e inmediatamente expresado de la Sala Constitucional. Lo contrario sería negar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva y al fin político del Estado que descansa en una apropiada administración de justicia a conducida través de la función jurisdiccional.

⁷³ Sentencia de la SC N° 1946 de fecha 16 de julio de 2003, caso seguido por Cervecerías Polar Los Cortijos, C.A. y otros, expediente N° 2003-0839.

VI CONCLUSIONES

Como se ha expuesto, ciertamente el imperio absoluto del principio dispositivo impide la realización de la justicia. Su rigorismo y la apatía (como señala Rodríguez Urraca) pervierten la sentencia y distancian de esta de necesidades del justiciable. La “justicia mercenaria”, como se ha aludido a los resultados que generan la aplicación absoluta del principio dispositivo, ha tenido que ceder espacio a la participación activa del juez como sujeto procesal, quien, no obstante la consagración del principio inquisitivo, todavía tiene “temor” en hacerlo. Prueba se ello se evidencia de la gran cantidad de procesos civiles en cuyo decurso –salvo por lo que respecta a la sentencia- el juez tiene una función simplemente “sustanciadora” o “instructora”. Ello contrasta ostensiblemente con la actividad de los jueces que conocen de derecho público (contencioso administrativo, constitucional), de formación más ganada a participar activamente en juicio como sujeto procesal. Luce en este caso que se tuviere mejor conocimiento de esas facultades reconocidas por la ley, pues en gran número de estas causas judiciales el uso del poder discrecional encuentra mayor recurrencia.

La sencillez del anterior comentario parece sugerir que el problema que plantea tiene una solución de alcance inmediato. Tal circunstancia en nuestra opinión es solo aparente. Bajo la expresión de “nuevo constitucionalismo” (de contenido eminentemente político), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dado inicio a una doctrina con la cual, so pretexto de ser el máximo intérprete de la Constitución, ha incrementado ostensiblemente sus poderes discrecionales, incluso más allá de lo que permite el texto constitucional. Esa discrecionalidad ha sido reforzada por la ley que la rige, y los términos en que se ha actuado en ejercicio de la función jurisdiccional ha generado gran controversia no solo en escenario jurídico sino también en el plano político y en la opinión pública, habida cuenta de la penetración e influencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial que inhibe el cabal

ejercicio de la función jurisdiccional, de tal trascendencia que ha motivado la opinión adversa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien, advertida de la dependencia de los jueces a aquél poder, ha considerado su deber de realizar recomendaciones en tal sentido.

No obstante la simultaneidad de la aparición del “nuevo constitucionalismo” y la discrecionalidad que actualmente “caracteriza” la función jurisdiccional del juez constitucional, hemos pretendido con el presente trabajo colocar de relieve la importancia política (como función del Estado) que tiene el juez en el sistema de justicia, bajo un enfoque, si se quiere técnico y también histórico, de los parámetros jurídico procesales que gobiernan la actividad de juzgamiento, como quiera que todo poder público se encuentra sometido al principio de la legalidad como se sostiene en la exposición de motivos de la Constitución en el siguiente pasaje:

“El Estado democrático y social de Derecho y de Justicia consagrado por la Constitución, al implicar fundamentalmente, división de los poderes del Estado, imperio de la Constitución y las leyes como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y garantía procesal efectiva de los derechos humanos y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan la potestad constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Constitución y las leyes, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.” (...)

En tanto no se sigan los anteriores principios constitucionales, cuyas garantías y doctrina han sido constantemente desarrolladas y tienen por ello gran calado en nuestro ordenamiento y conciencia jurídica procesal, y que no por ser anteriores o preconstitucionales tienen menos vigencia o se encuentran derogadas, la función jurisdiccional y la actividad de juzgamiento estarán en bravísimo peligro, y con ello, la efectividad del sistema de justicia y la igualdad de los venezolanos.

REFERENCIAS

- ALFONZO GUZMÁN, Rafael J., *Nueva didáctica del derecho del trabajo*. Universidad Central de Venezuela. Cuarta Edición. Caracas, 1983.
- ALONSO, Juan Francisco. EL UNIVERSAL, edición de fecha 08 de octubre de 2005, consultado el 23 de marzo de 2011 desde: http://www.eluniversal.com/2005/10/08/eco_art_08201A.shtml
- BONNEMAISON, María A. *El control del poder público en el ámbito constitucional*. Universidad de Carabobo. Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Cuadernos para el debate. Serie 1 N° 1 y N° 2. Valencia 2007. Consultado el 19 de marzo de 2011 desde <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/cuad1y2/1-2-25.pdf.p.198>.
- CAPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1974.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina 1973. vol. I.
- CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHO HUMANOS, Documento N° 54 de fecha 30 de diciembre de 2009. Consultado el 27 de marzo de 2011 desde: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm>
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición, Roque Depalma Editor. Buenos Aires 1958.
- CUENCA, Humberto. *Derecho procesal civil. Tomo I*. Ediciones de la Biblioteca Central de Venezuela. Colección Ciencias Jurídicas. Tercera Edición. Caracas, 1976.
- CUENCA, Humberto. *Curso de casación Civil*. Ediciones de LA BIBLIOTECA. Colección Ciencias Jurídicas IV. Caracas 1980.
- DUQUE CORREDOR, Román J. *La transparencia judicial en la constitución venezolana, En: Hacia la transparencia del Poder Judicial*. Colección Eventos N° 9. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2002.

- DUQUE CORREDOR, Román J. *Temario de derecho constitucional y derecho público*. Legislación Económica, C.A. Primera edición. Bogotá, 2008.
- DUQUE CORREDOR, Román J. *Los Poderes del Juez y el control de la actividad judicial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Caracas 2008.
- ESPINOZA-SALDAÑA BECERRA, Eloy. *Sentencias interpretativas: sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana*. Estudios constitucionales, noviembre, año/vol. 4, N° 002. Centro de Estudios Constitucionales. Santiago – Chile, 2002.
- FEO, Ramón F. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano. Tomo I*. Tipografía Guttenberg, Caracas 1907.
- LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto. Acta N° 22. Ediciones Centauro. Caracas 1981. t I., vol. I.
- LORETO, Luis. “*Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de calidad.*” Ensayos Jurídicos. Colección Grandes Juristas Venezolanos. Ediciones FABRETON-ESCA. Caracas – Venezuela 1970.
- ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Las medidas cautelares innominadas. Estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional*. Paredes Editores. Caracas – Venezuela. 1999. Tomo I.
- PESCI FELTRI, Mario. *Breve exposición sistemática de los principios del Derecho Procesal Civil para el desarrollo de un comentario exegético del Código de Procedimiento Civil*. En: Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. N° 2. julio – Diciembre 1999. Librosca. Caracas 2000.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho procesal*. Librería Bosh. Barcelona 1978.
- REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil Tomo I*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1957.
- RODRÍGUEZ U., José. *La autoridad del juez y principio dispositivo*. Editor Aníbal Álvarez A. Caracas 1984.
- RUGGIERI PARRA, Pablo. *Cuestiones de Derecho Público*. Editorial Venezuela, Caracas 1946.