

TESIS  
DP2003  
SP

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**  
**DIRECCIÓN DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA  
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

Trabajo Especial de Grado, para  
optar al Grado de Especialista en  
Derecho Procesal

Autor : Marcos J. Solís Saldivia  
Tutor: Paolo Longo Falseta

**Caracas, Junio de 2003**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**  
**DIRECCIÓN DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA  
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

Trabajo Especial de Grado, para  
optar al Grado de Especialista en  
Derecho Procesal

Autor : Marcos J. Solís Saldivia  
Tutor: Paolo Longo Falseta

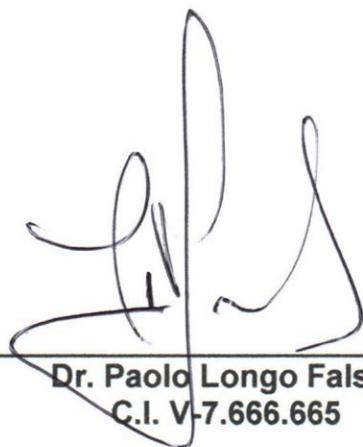
**Caracas, Junio de 2003**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**APROBACIÓN DEL ASESOR**

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado MARCOS JAVIER SOLÍS SALDIVIA, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los tres (03) días del mes de junio del año dos mil tres (2.003).



Dr. Paolo Longo Falseta  
C.I. V-7.666.665

*Al Dr. Iván Darío Pérez Rueda, ejemplo perenne de honesto vivir, quien desde hace muchos años ha venido realizando, de manera inmejorable, la augusta labor de sembrar en sus discípulos el valor del estudio profundo del derecho, el análisis crítico y la pasión de luchar incansablemente por la justicia.*

Con el debido respeto, dedico.

Mi mas profundo agradecimiento:

A *José Solís Fernández*, mi padre, por los consejos y el ejemplo siempre presente de constancia, esfuerzo y dedicación.

A *Zaide Saldivia de Solís*, mi madre, por el apoyo incondicional que motiva a seguir adelante.

A *Fanny Sánchez Briceño*, mi esposa, por estar siempre presente y servir de inspiración para cada uno de mis proyectos. Por todo su amor y, sobre todo, por la paciencia demostrada en los innumerables trasnochos que produjo el presente trabajo.

A *José Miguel Solís Sánchez*, mi hijo, por permitirme disponer de todos esos momentos que sólo a él le pertenecen.

Al *Dr. Paolo Longo Falseta*, mi asesor, por la confianza, el apoyo y la amistad que, sin que yo lo mereciera, me ha brindado incondicionalmente.

Al *Sacerdote Jesuita Fernando Pérez Llantada (hoy ausente)* y la *UCAB*, por permitir que los abogados del interior alcancemos nuestros sueños.

## ÍNDICE GENERAL

<b>APROBACIÓN DEL ASESOR</b>	Pág ii
<b>DEDICATORIA</b>	iii
<b>AGRADECIMIENTO</b>	iv
<b>ÍNDICE GENERAL</b>	v
<b>RESUMEN</b>	x
<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>CAPÍTULO I. LA JURISDICCIÓN</b>	18
Planteamiento del tema	18
Acepciones del vocablo jurisdicción	20
La jurisdicción como ámbito territorial	21
La jurisdicción como sinónimo de competencia	22
La jurisdicción como poder	25
La jurisdicción como función	26
Origen y evolución de la jurisdicción	26
Relatividad del concepto jurisdicción	34
Diversas teorías sobre la jurisdicción	48
Doctrinas subjetivas	50
La jurisdicción como actividad que procura la justa composición de la litis	51
Doctrinas objetivas	54

La jurisdicción como actividad estatal que sustituye la actividad de los particulares	54
La jurisdicción como actividad que permite la aplicación de sanciones	56
La jurisdicción como garantía de observancia de las normas	58
La jurisdicción como actividad generadora de cosa juzgada	60
La jurisdicción como función que satisface pretensiones	62
Un balance de la situación	64
Bases normativas sobre las cuales se asienta el concepto de jurisdicción	66
La jurisdicción como potestad	70
La jurisdicción como órgano	84
La unidad de la jurisdicción	92
Concepto de jurisdicción	93
<b>CAPÍTULO II. EL CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN</b>	<b>99</b>
Transición	99
Los fines de la jurisdicción	101
Los fines individuales o privados de la jurisdicción	102
Los fines públicos o políticos de la jurisdicción	104
Los fines sociales de la jurisdicción	105
Contenido de la jurisdicción	113

La necesidad de entender a la jurisdicción más allá de los reducidos límites que demarcan las nociones del conflicto, la sentencia y la cosa juzgada	113
Del contenido de la jurisdicción	116
De las manifestaciones del control jurisdiccional exógeno	118
La tutela de los derechos e intereses de los justiciables	118
La ejecución de sentencias	119
La homologación de los modos de autocomposición procesal celebrados por las partes	121
El decreto de intimación en los procedimientos de naturaleza monitoria	123
La tutela cautelar	129
El control de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa	131
La potestad de asegurar la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución	135
El control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos dictados por los órganos del Poder Público en ejecución inmediata y directa de la Constitución	136
El control posterior de la constitucionalidad de los actos estatales	140
El control previo de la constitucionalidad de los actos estatales	148
El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales	149

El control previo de la constitucionalidad del carácter orgánico de los proyectos de ley que la Asamblea Nacional pretenda sancionar con tal carácter	152
La función de revisar la constitucionalidad de las leyes que hayan sido objeto de reparo presidencial antes de su promulgación	157
La potestad de procurar la aplicación preferente del Texto Constitucional	161
La potestad de procurar la integridad contextual de las disposiciones fundamentales	166
La función de conocer y resolver los “recursos de interpretación de las normas constitucionales”	171
De las manifestaciones del control jurisdiccional endógeno	183
<b>CAPÍTULO III. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA</b>	197
Transición	197
Generalidades	198
Concepto de jurisdicción voluntaria	199
Doctrinas que consideran a la jurisdicción voluntaria como actividad jurisdiccional	200
Doctrinas que propugnan la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria	209
El resultado de la discusión	229
La jurisdicción voluntaria en la legislación venezolana	230

La jurisdicción voluntaria en la jurisprudencia venezolana	236
De las características de la jurisdicción voluntaria	261
<b>CAPÍTULO IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA</b>	263
Transición	263
Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria	264
Una conclusión preliminar	324
<b>CONCLUSIÓN</b>	325
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	335

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**  
**DIRECCIÓN DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA  
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

Autor: Marcos J. Solís Saldivia  
Tutor: Paolo Longo Falseta.  
Junio, 2003

**RESUMEN**

El presente trabajo procuró analizar desde una perspectiva crítica y situacional la Jurisdicción Voluntaria, con el objetivo de determinar su naturaleza jurídica; tomando como base la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el Código de Procedimiento Civil de 1986, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998 y demás leyes de la República. La investigación partió de un método cualitativo, como el documental, motivo por el cual este trabajo constituye una investigación de tipo analítico y de desarrollo conceptual, para lo cual se recurrió a la consulta de una amplia bibliografía y la utilización de técnicas de análisis de contenido, para lograr la definición del universo a analizar, las unidades de análisis y las categorías de análisis por predeterminedar. El instrumento utilizado para la elaboración de este trabajo fue una matriz, necesaria para recoger y analizar en ella el contenido de la información recabada de las fuentes bibliográficas a consultar. Los resultados obtenidos presentaron como conclusión general, que la jurisdicción no puede ser reducida en su conceptualización a la simple función dirigida a dirimir conflictos intersubjetivos de intereses sino que, por el contrario, esta desborda, con creces, esos imprecisos límites para erigirse en una actividad mucho mas amplia, que procura, a través de los procedimientos contenciosos y los no contenciosos, tutelar y satisfacer los derechos e intereses de los justiciables. Así concebida la jurisdicción, en términos generales, podrá perfectamente admitirse, sin lugar a discusiones, que la denominada "jurisdicción voluntaria" es una manifestación típica de la actividad jurisdiccional, sólo que esta se ejercita, a través de un procedimiento en el cual no se ha previsto la contención. Se infiere que, de este modo, se reducirá la tendencia a considerar la jurisdicción voluntaria como actividad administrativa y, en consecuencia, cesará la inadecuada atribución de estas competencias a los Notarios y Registradores.

## INTRODUCCIÓN

Pese a los múltiples esfuerzos realizados por la doctrina, resulta que, aún en estos días, ha sido manifiestamente imposible lograr un concepto unívoco de lo que deba entenderse por “jurisdicción”, pues, entre los múltiples problemas que se han inventariado para alcanzar esa conceptualización universalmente aceptada pueden mencionarse, entre otros, los siguientes:

En *primer lugar*, resulta que la jurisdicción es una institución que constituye el objeto de análisis de diversas disciplinas jurídicas, así se observa que es materia de conocimiento por parte de los derechos políticos, constitucional y administrativo, además del procesal (Di Iorio, A. 1985, p.6).

En *segundo lugar*, todavía hoy se discute acerca de si la jurisdicción consiste en una actividad que permite la actuación del derecho objetivo; o si es aquella que permite la aplicación de sanciones (Redenti, E.1957, p.10); o si, por el contrario, es aquella que constituye una garantía de observancia de las normas jurídicas (Calamandrei, P.1973, p.128); entre otras.

En *tercer lugar*, se discute con vehemencia respecto de si por jurisdicción debe entenderse, única y exclusivamente, aquella actividad del Estado que procura, simplemente, dar solución a los conflictos surgidos entre dos (2) o mas particulares, o si, por el contrario, de la institución procesal, y particularmente de la obra del juez, se puede hacer uso provechosamente también para fines diversos de la composición de la litis.

En *cuarto lugar*, tampoco se ha logrado fijar con precisión los límites separativos que permitan distinguir, sin ningún género de dudas, la “actividad jurisdiccional” de la “actividad administrativa”, dilema, cuya solución, en palabras de Couture, E. (1981, p.31), constituye, en cierto modo, la última barrera en la lucha de la democracia contra las dictaduras, pues, la configuración técnica del acto jurisdiccional no es solamente un problema de doctrina: es un problema de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos.

No obstante haber advertido el cúmulo de complicaciones que se presentan en la doctrina a la hora de pretender dar una definición de la jurisdicción, se ha hecho casi un lugar común el sostener que la “*función primordial*” conferida a los órganos que integran el Poder Judicial es la de *administrar justicia* en nombre del Estado, dirimiendo los “conflictos intersubjetivos de intereses surgidos entre los justiciables” o “aplicando sanciones” cuando,

mediante la violación del ordenamiento jurídico positivo vigente, sea perturbada la paz y la convivencia social. El mecanismo que utilizan los órganos del Poder Judicial para lograr su actuación es el “proceso” y uno de los fines reconocidos a éste es, precisamente, el de la justa composición de la litis.

Todo esto supone la necesaria existencia de un “*litigio*”, entendido el vocablo en la misma dirección que Carnelutti, pero en términos mas amplios, o sea, como conflicto de intereses jurídicamente trascendente y susceptible de solución así mismo jurídica (Alcalá-Zamora, N. 1992, p.329), ya sea entre particulares o con el poder público, ya sea entre un individuo y la sociedad. Así las cosas, presente un conflicto de intereses entre dos particulares, cuyo conflicto de intereses, por lo demás, requiere de una solución jurídica, y teniendo siempre en cuenta que la tutela de los derechos individuales ha sido encomendada a un tercero “imparcial”, la jurisdicción ha sido entendida como aquella actividad del Estado que “consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica” (Chiovenda, G. 1922, p.349).

Si bien es cierto que ha sido una tarea verdaderamente difícil procurar un concepto de jurisdicción que sea universalmente aceptado, no es menos

cierto que más difícil ha resultado, todavía, la empresa de determinar, con certeza, el sentido y alcance de aquella función del Estado que desde tiempos remotos se ha venido conociendo con la denominación de "*jurisdicción voluntaria*" y, en algunas otras ocasiones, con el particular calificativo de "*jurisdicción graciosa*" u "*honoraria*".

En efecto, además de la denominada "*función primordial*" que les ha sido asignada, los órganos que integran el Poder Judicial frecuentemente actúan otorgando verdadera tutela jurídica a los derechos e intereses de los justiciables con motivo de situaciones que no tienen, por ningún concepto ni bajo ninguna circunstancia, como presupuesto la existencia de un "conflicto intersubjetivo de intereses" o "litigio", pero en las cuales la necesidad o la ley imponen intervención del Juez para darle verdadera "*eficacia jurídica*" a determinados actos que resulta necesario integrar, autorizar u homologar; para agregar a otros el sello de la autenticidad o publicidad; para proteger a las personas o intereses de los incapaces mediante la designación de sus representantes (tutores, curadores, etc.) y la fiscalización de sus actos; para asegurar la seriedad y legalidad de los negocios y conservación de ciertos derechos, etc.

Estas formas de actuación del órgano judicial tienen su fuente en la ley, que se las adjudica de manera expresa y responden, sin ningún género de

dudas, a la satisfacción de diversas necesidades de tutela que se ha considerado indispensable confiar al Juez, tanto por la naturaleza de los asuntos involucrados como por la especial versación y responsabilidad que lo caracteriza. En estos casos:

“el juez es portador del interés público en la observancia del derecho objetivo, en el caso particular en la mejor tutela de aquel interés sustancial que el legislador ha considerado garantizar mejor confiando al juez el cometido de protegerlo subordinando la posibilidad de ciertos efectos jurídicos al pronunciamiento de dicho juez” (Michelli, G. 1970, p.92).

La inmensa variedad de los actos y su tan distinta fisonomía constituyen, apenas, algunas de las causas que han dificultado la conceptualización teórica de esta actividad desarrollada por los jueces. A tal punto que, algunos autores han indicado con cierto desdén, que solamente por la simple circunstancia de que esta actividad ha sido destinada para ser realizada por los jueces (y no tanto por la naturaleza que le es propia) se la ha preferido calificar de “jurisdicción”; y por la manifiesta inexistencia de partes en conflicto (y no porque la actuación de esta sea precisamente libre) se la ha adjetivado de “voluntaria”.

A partir de allí, la doctrina se ha desbordado en un sin número de teorías que tratan de precisar la naturaleza jurídica de esta función que realizan los órganos jurisdiccionales.

Así, de una parte tenemos aquel sector que estima que el fin de la jurisdicción no es sólo la composición de la litis, sino, también, su previsión. Que esta se halla en el negocio jurídico que le sirve de materia y acepta que la jurisdicción voluntaria es tan jurisdicción como la jurisdicción contenciosa. Esta es la posición asumida, entre otros, por Carnelutti, Michelli, Capelletti, etc.

Por otra parte, aparecen aquellas doctrinas que estiman, sin embargo, que la jurisdicción voluntaria no es mas que una función típicamente administrativa, pero que, por los importantes intereses que se encuentran en juego, por razones de mayores garantías o, simplemente, de tradición se confía la tarea al poder judicial; y por esta misma causa se habla de "proceso voluntario" y no de "jurisdicción". Que lo que permanece es la forma (procesal) del trámite, que se realiza ante los jueces y por procedimientos similares; pero no se está realizando actividad jurisdiccional. Esta es la posición asumida por Chiovenda, Calamandrei, Rocco, Guasp y Couture.

Un tercer sector de la doctrina estima que, en virtud de sus características, la jurisdicción voluntaria es una nueva actividad estatal, que constituye una categoría autónoma. Esta es la corriente expuesta por Fazzalari.

Actualmente predomina la tendencia doctrinal que niega a la jurisdicción voluntaria el carácter jurisdiccional y la considera como una actividad administrativa encomendada a los órganos jurisdiccionales.

Esta posición doctrinal predominante ha pugnado por sustraer de la competencia de los órganos judiciales los procedimientos de jurisdicción voluntaria y atribuir su conocimiento a Oficinas Registrales o a los Notarios Públicos, así como a regular dichos procedimientos en leyes autónomas, distintas de los códigos procesales (Ovalle, J. 1995, p.372).

Lamentablemente, Venezuela no ha escapado a esta tentación. En efecto, en el artículo 70 del novísimo Decreto con Fuerza de Ley de Registro y del Notariado publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°. 37.333, del 27 de noviembre de 2001, se designa a los Notarios como órganos de jurisdicción voluntaria y, de acuerdo con los ordinales 3º, 5º, 6º y 7º del artículo 74 eiusdem, se les asignan competencias propias de esta función.

De acuerdo con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela toda persona tiene derecho de acceder a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses y a obtener *tutela efectiva de los mismos*, y, según se ha dicho ya, además de la

denominada “función primordial” que les ha sido asignada, los órganos que integran el Poder Judicial en el ejercicio de la denominada “jurisdicción voluntaria” *también otorgan verdadera tutela jurídica a los derechos e intereses de los justiciables*, tan cierta resulta esta afirmación que en sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el día 22 de octubre de 1991, en el juicio de Francisco Vásquez Miranda y Celina Linares Araujo de Vásquez citada por Pierre, O. (1991, p.141) dejó establecido que:

“La jurisdicción voluntaria acorde con su expresión normativa (artículo 895 del Código Civil), se entiende como aquella en que el juez interviene en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas, de conformidad con las disposiciones legales sustantivas y adjetivas, obrando con conocimiento de causa, sin necesidad de las formalidades del juicio, entendiéndose este último en contraposición a aquel donde la justicia devendría de acuerdo al contradictorio....(sic)

Por su parte Rengel-Romberg, considera que, “basta considerar con atención las características propias de estos procedimientos no contenciosos, para darse cuenta que en ellas el juez realiza una actividad propiamente jurídica, en la cual, si bien no existe conflicto de pretensiones contrapuestas entre partes interesadas, el cambio el Juez está llamado también en ellos a examinar una situación de hecho concreta y a tomar ciertas resoluciones en interés de la persona respecto de la cual va a surtir efectos la providencia....(sic)”.

Con lo cual, aparece evidente, la Casación Venezolana *habría admitido la esencia jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria*.

En este orden de ideas, en virtud de que en el antes mencionado Decreto con Fuerza de Ley de Registro y del Notariado se designa a los Notarios (que son funcionarios pertenecientes a la Administración Pública) como órganos de jurisdicción voluntaria y se les asignan competencias propias de esta función, con lo cual, además de apartarse de la tesis conforme a la cual se considera a la jurisdicción voluntaria como una actividad de esencia eminentemente jurisdiccional, ahora resulta que una (1) misma función se encuentra asignada a dos (2) categorías de órganos distintos (administrativos y judiciales) del Poder Público, lo que resulta, de acuerdo con el principio de la separación de poderes que postula el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, absolutamente inaceptable, de allí pues que el objetivo general del trabajo que a continuación se presenta es: determinar como la denominada jurisdicción voluntaria puede ser considerada como actividad jurisdiccional.

En efecto, el presente trabajo procura dar respuesta a las interrogantes planteadas en la investigación, mediante la interpretación de las posiciones doctrinarias consultadas, la concordancia o discrepancia que pudieran tener entre sí, las concordancias o discrepancias que dichas opiniones de los doctrinarios pudieran tener con las normas jurídicas que regulan la materia relativa a la Jurisdicción Voluntaria en el ordenamiento jurídico positivo

venezolano, así como también las conexiones de carácter lógico existentes entre las normas jurídicas mismas.

Es así como de conformidad con el Manual para la Elaboración del Trabajo Especial de Grado en el área de Derecho para optar al Título de Especialista de 1997, de la Universidad Católica Andrés Bello, el presente trabajo se apoya en un método eminentemente cualitativo, vale decir, es una investigación monográfica, por cuanto, comprende “el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo, principalmente, de fuentes bibliográficas y documentales”.

Igualmente, es una investigación descriptiva, en virtud de que se “propone conocer grupos homogéneos de fenómenos utilizando criterios sistemáticos que permitan poner de manifiesto su estructura” (Sabino, C. 1993, p.89), para lo cual se obtuvo la “información acerca del estado actual de los fenómenos. Con ello se pretende precisar la naturaleza de una situación tal como existe en el momento de su estudio” (Ary, D., Jacobs, L. y Razavieh, A. 1989, p.308).

A través de la información obtenida se compararon las distintas posiciones doctrinarias expuestas respecto de cada uno de los aspectos investigados y la forma como inciden en los objetivos de la investigación.

En el CAPÍTULO I de esta monografía se trata la etimología del vocablo “jurisdicción” y se destaca que, gracias a la generalidad que éste presenta ha conducido a que se le utilice en cuatro acepciones distintas: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.

Del mismo modo, se hace un recorrido por la evolución histórica de esta función jurídica del Estado y se constata que la misma nace junto con el Estado Moderno, gracias a la supresión de la violencia privada, pues la función de administrar justicia y, en consecuencia, la resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses surgidos entre los justiciables fue reclamada para ser ejercida de manera exclusiva por el Estado.

Se pasa revista a las diversas teorías (objetivas y subjetivas) que se han propuesto para explicar la naturaleza jurídica de la función jurisdiccional, advirtiendo que en la actualidad tienen prevalencia las teorías objetivas.

Finalmente, se fija posición respecto de la imposibilidad de definir la jurisdicción atendiendo al sólo aspecto funcional, vale decir, sin atender al órgano que la ejerce y, mucho menos, sin estar referida a las nociones de

acción y proceso. Por ello, se concluye en que a la jurisdicción debe definírsele, siguiendo a Longo, P. (2002, p.99) como la:

“la expresión del poder soberano asumido por el Estado, como consecuencia de la supresión de la violencia privada, indispensable, junto con el poder correlativo de la acción, para la válida constitución del proceso, único mecanismo a través del cual se la ejerce, mediante delegación en órganos especializados en la tutela judicial de los intereses jurídicos”.

En el CAPÍTULO II, al hacer referencia a los fines propios de la jurisdicción, se comprendió que a esta función de Estado pueden serle atribuidos tres (3) fines diversos: individuales o privados, públicos y sociales.

Del mismo modo, se destaca el contenido de la jurisdicción. Lo que permite develar que la actividad jurisdiccional no se concentra en el acto conclusivo del proceso de cognición, o sea, en la sentencia, ni que la cosa juzgada puede ser tenida como un elemento esencial de la actividad jurisdiccional, toda vez que existe una serie de actos que son realizados por el órgano jurisdiccional durante el proceso, antes y aún después de la sentencia, que, si bien no son susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada, constituyen, sin embargo, actividad esencialmente jurisdiccional.

Así pues, se hace patente que, en nuestros días, la jurisdicción ha dejado de ser simplemente una actividad dirigida a la solución de conflictos

intersubjetivos de intereses, toda vez que, si bien la jurisdicción comprende la solución de conflictos, esta no se agota en ella, pues en determinados casos se ejercita la jurisdicción para satisfacer intereses jurídicamente tutelables sin necesidad de que estos estén en conflicto.

En el CAPÍTULO III se pasa revista a las diversas doctrinas que se han expuesto para explicar la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, destacando que estas se han dividido mayoritariamente entre las que la consideran como una actividad administrativa encomendada a los órganos jurisdiccionales y aquellas que, por el contrario, estiman que es de esencia eminentemente jurisdiccional.

Del mismo modo, se da un somero repaso a la jurisprudencia que, con relación a la jurisdicción voluntaria ha emanado del Tribunal Címero Nacional, luego del cual puede observarse que la situación no es distinta a la de la doctrina, pues, la jurisprudencia tampoco ha podido ponerse de acuerdo en torno a la naturaleza jurídica de la institución en comentarios.

Finalmente, se fijan, de la concurrencia de opiniones de los autores consultados acerca de determinados puntos, las que serían las características más resaltantes de la jurisdicción voluntaria.

En el CAPÍTULO IV se procura develar la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria confrontando sus características con la denominada jurisdicción contenciosa, la cual, a manera de especie opuesta, ha sido acompañada a aquella en todo intento de investigación.

Si se tiene en cuenta que el Derecho Procesal se encuentra soportado sobre un “trípode estructural” conformado por la “jurisdicción”, la “acción” y el “proceso” (Podetti, R. 1963, p.336), se comprende fácilmente que, en la actualidad, es manifiestamente imposible pretender efectuar un estudio serio del Derecho Procesal, sin que se haga una consideración prioritaria acerca de lo que deba entenderse por “jurisdicción” y *el amplio campo en el cual ésta ejercita su función.*

En este mismo orden de ideas, efectuar un estudio “desprejuiciado” de la “jurisdicción voluntaria” resulta, a todas luces, imprescindible, no sólo desde un punto de vista metodológico, sino también científico pues, muy a pesar de que algunos autores han venido sosteniendo que la jurisdicción voluntaria implica realmente el ejercicio de la función jurisdiccional y que esta tesis había sido acogida en nuestro sistema jurídico procesal, como se ha dejado dicho precedentemente, en la actualidad predomina la tendencia doctrinal que niega a ésta el carácter jurisdiccional y la considera como una actividad administrativa encomendada a los órganos jurisdiccionales.

Además, como también se había adelantado, resulta que el legislador venezolano se ha dejado seducir por los impulsos de esta corriente doctrinal y, simplemente, de acuerdo con la normativa contenida en el tantas veces mencionado Decreto con Fuerza de Ley de Registro y del Notariado, la jurisdicción voluntaria ha dejado de ser una función *ejercida exclusivamente por los jueces* y, de un solo plumazo, ahora ésta *también puede ser ejercida por funcionarios administrativos*.

Cuando se efectúa el análisis del marco legal existente en cualquiera de las áreas del derecho, resulta fundamental una profunda revisión de las ideas contenidas tanto en el ordenamiento jurídico positivo vigente como en las distintas posiciones doctrinarias que se hayan expuesto para explicar su alcance y significación. De este modo se obtiene mayor precisión en la aplicación del mandato contenido en la norma y se procura la existencia de un ordenamiento jurídico coherente y consustanciado con las necesidades e intereses de los justiciables.

Así las cosas, coincidiendo con Morello, A. (2001, p.665) en que la doctrina procesal (no sólo en Venezuela sino como fenómeno común al pensamiento latino) ha estado concitada por la necesidad de dar bases ciertas o mas rigurosas desde el punto de vista científico a la jurisdicción voluntaria, la presente investigación de carácter documental constituye un aporte pues se

encuentra dirigida, precisamente, hacia la revisión, mediante el análisis y la confrontación de las ideas y de los elementos que tanto en el ordenamiento jurídico positivo venezolano como en la doctrina nacional y extranjera (específicamente española, italiana, colombiana, mexicana, uruguaya y argentina), se han expresado acerca de la jurisdicción voluntaria para *procurar determinar la verdadera naturaleza jurídica de esta institución*.

En este orden de ideas, el presente trabajo procura hacer énfasis en este último aspecto y busca orientar el conocimiento del investigador hacia la correcta aplicación de los principios contenidos en las normas previstas en el ordenamiento jurídico positivo vigente, con el único fin de lograr, en la definitiva, alcanzar a plenitud los objetivos previstos en la leyes.

Esta investigación no pretende ser la última palabra que se diga acerca de la jurisdicción voluntaria, sino, por el contrario, el inicio de una nueva y cada vez mas nutrida discusión que propenda al fortalecimiento de los preceptos legales que regulan esta institución; de este modo se contribuye a revivir el proceso de revisión y evaluación de las normas que, en la actualidad, regulan el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, con la finalidad de adecuar su concepción a la satisfacción de los intereses de los particulares, de modo tal que esta satisfacción sea brindada por los órganos que resulten

jurídicamente competentes para ello, en la forma y dimensiones que postula el Texto Fundamental de la República.

## CAPÍTULO I

### LA JURISDICCIÓN

#### Planteamiento del tema

La doctrina ha sido constante al afirmar que no es posible enfrentar seriamente el estudio del derecho procesal, sin que se efectúe una consideración prioritaria de la jurisdicción (Podetti, R. 1963, p.338; Lascano D. 1941, p.371; Rengel, A. 1994, p.98).

En efecto, ya lo había advertido Podetti, R. (1963, p.338), para quien las nociones de jurisdicción, acción y proceso, debían ser consideradas como la “trilogía estructural de la ciencia del proceso civil”, y que su estudio debía fundamentarse en una consideración unitaria y subordinada de estos tres conceptos.

*Unitaria*, afirmaba el maestro, porque ninguna de las tres puede tener existencia independiente y, *subordinada*, porque sin que se dilucide previamente la idea de jurisdicción, no puede conseguirse una acepción lógica de la acción. Y sin sentar debidamente estos dos conceptos previos,

es ilusoria toda tentativa de entender lo que es el proceso (Podetti, R. 1963, p.339. En este mismo sentido Palacio, L. 1994, p.321; Alsina, H. 1963, p.415).

Así las cosas, atendiendo a las consideraciones precedentemente expuestas y a las necesidades propias del presente trabajo, que tiene como objetivo fundamental determinar si la jurisdicción voluntaria puede ser considerada como una actividad de esencia jurisdiccional, resulta indispensable fijar, cuando menos, una aproximación conceptual (y dadas nuestras limitaciones lógicamente imperfecta) de lo que deba entenderse por jurisdicción.

Estamos persuadidos de que esta ha resultado una de las mas complejas cuestiones a las cuales se ha dedicado la ciencia del Derecho Procesal pues, muy a pesar de los innumerables esfuerzos realizados por connotados juristas, ha resultado imposible lograr un concepto universalmente aceptado de "jurisdicción", por ello, conscientes de que nuestra capacidad es escasa y que no disponemos de la bibliografía indispensable para emprender una empresa de tal envergadura, las líneas que siguen no pretenden brindar, ni siquiera en escala reducida, una exposición acabada del tema en cuestión, y sí llamar la atención acerca de algunos aspectos que estimamos deben ser tenidos en cuenta a los fines de concebir una noción de la "jurisdicción" que

sea mas consecuente con la realidad que nos corresponde vivir en nuestros días.

### **Acepciones del vocablo jurisdicción**

Etimológicamente el vocablo "jurisdicción" proviene del latín "*iurisdictio*", integrado por los vocablos "*iuris*", que significa "derecho", y "*dicere*", que quiere decir "declarar", "dar". Desde este punto de vista, la jurisdicción puede ser concebida, como la facultad de declarar el derecho.

Sin embargo, esa función, como apunta Bonjeam citado por Azula, J. (1997, p.131), "tiene un campo de acción muy extenso, pues se refiere también al legislativo y al ejecutivo, por cuanto dar o declarar el derecho es reglamentar las relaciones sociales, sea creándolo o aplicándolo". En efecto:

"a la luz del buen sentido aparece indudable que *ius dicunt* no sólo el juez cuando mediante la sentencia decide una cuestión para componer un litigio, sino también y mas bien el legislador cuando forma una ley e incluso, por otra parte, los contratantes cuando, a tenor del artículo 1123 Cód. civi., hacen del contrato ley entre ellos; en suma, esa potestad corresponde, no sólo al juez sino a toda persona cuya declaración posea el carácter de fuente del derecho" (Carnelutti, F. 1999, p.156).

Precisamente por esa amplitud que presenta el vocablo "jurisdicción", éste suele ser utilizado en el lenguaje jurídico para significar distintas cosas, lo

cual implica que no siempre habrá de ser invocado en sentido jurídico correcto.

Efectivamente, según afirma Couture, E. (1981, p.27), en el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro (4) acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia. Precisamente por esta circunstancia, resulta conveniente efectuar, desde ahora, alguna labor de puntualización a los fines de precisar, a cual de estas acepciones habrá de estar referida nuestra investigación:

### **La jurisdicción como ámbito territorial**

Se utiliza la expresión "jurisdicción" para denotar los límites territoriales dentro de los cuales ejercen sus funciones específicas los distintos órganos del Estado, sean estos jurisdiccionales, administrativos o legislativos. Así ocurre cuando se habla de la jurisdicción territorial de los jueces o cuando se identifica el concepto con la circunscripción espacial asignada a alguna repartición pública, por ejemplo, cuando se expresa (generalmente en la redacción de documentos) que un determinado inmueble se encuentra ubicado en la jurisdicción de la Parroquia Altagracia del Municipio Sucre del Estado Sucre.

### **La jurisdicción como sinónimo de competencia**

Las normas jurídicas suelen emplear el vocablo que nos ocupa a los fines de señalar la aptitud o capacidad reconocida a un juez o tribunal para entender en una determinada categoría de pretensiones o de peticiones (Palacio, L. 1994, p.322).

Un ejemplo de ello serían los artículos 93, 97 del Código de Procedimiento Civil derogado, los cuales se encontraban contenidos en el Libro Primero “Disposiciones Generales”, Título III “Del Fuero Competente”, Sección V “Del modo de dirimir la competencia entre jueces”, de acuerdo con los cuales:

“Artículo 93: En cualquier estado del juicio puede un Tribunal promover a otro la cuestión de falta de jurisdicción o competencia que éste esté conociendo, con tal que ambos Tribunales sean de la misma instancia”.

“Artículo 97: Cuando un Juez o Tribunal declinare la jurisdicción o el conocimiento de un asunto, si el Juez o el Tribunal que haya de suplirle no encontrare fundada la declinatoria, lo manifestará así al abstenido, en la segunda audiencia después de recibidos los autos, o el primer correo que salga después de aquella audiencia, expresando las razones en que se funde, y luego se procederá con arreglo a los artículos anteriores”.

Sucedía lo propio con el artículo 248, ordinal 1º, eiusdem, que se encontraba enmarcado en el Libro Segundo “Procedimiento Ordinario”, Título I “Demanda, emplazamiento y conciliación”, Sección II “De la contestación y

de la conciliación”, Parágrafo 1º “De las excepciones dilatorias”, de conformidad con el cual:

“Artículo 248: Son excepciones dilatorias:

1ª. La declinatoria de la jurisdicción del Tribunal ante el cual se haya propuesto la demandas, por incompetencia de éste o por litispendencia, o porque el asunto deba acumularse a otro proceso de que esté conociendo un Tribunal Distinto”.

Comentando el artículo 93 arriba transcrito, Borjas, A. (1973, p.247) afirmaba que el mismo se refería a la competencia de conocer promovida por un Tribunal a otro que estaba conociendo, a fin de que declinara la jurisdicción o la competencia. En consecuencia, según sus palabras, no podría presentarse el conflicto en cuestión “sino entre jueces que estén conociendo o pretendan conocer”.

Estimaba, además, que este conflicto debía plantearse antes de que se hubiese dictado sentencia toda vez que “sería absurda toda disputa después de concluida la causa, pues nada haría el promovente en resguardo de su jurisdicción invadida, porque la decisión del conflicto entre jueces no anula lo actuado con anterioridad a su promoción” (Borjas, A. 1973, p.248).

Así, tenemos que, en el Código de Procedimiento Civil derogado, nos dice Zoppi, P. (1989, p.29) “la falta de jurisdicción o la competencia era siempre entre jueces venezolanos, con el efecto único -e invariable- de pasar los

autos de uno a otro”, efecto éste que, en el sistema que actualmente recoge el Código de Procedimiento Civil vigente, en el cual se distinguen con bastante precisión las nociones de jurisdicción y competencia, sería el resultante de la declaratoria de la incompetencia del juez que venía conociendo de la causa, ex artículo 75 eiusdem.

Siguiendo a Chiovenda, G. (1922, p.599), puede decirse que el poder jurisdiccional, en cada uno de los órganos investidos de él, se nos presenta limitado, y que estos límites constituyen su competencia. “La competencia de un órgano es, por lo tanto, la parte de poder jurisdiccional que puede ejercitar”.

No obstante la definición anterior, algunos autores al definir la competencia, no lo hacen partiendo de su consideración como límite de la jurisdicción:

“sino de la noción de capacidad, y distinguen en el juez, una capacidad general para ejercer la función, determinada por los requisitos establecidos en la ley para ser investido de la jurisdicción y una capacidad especial que puede distinguirse a su vez en objetiva: determinada por las normas sobre la competencia, y subjetiva: determinada por las condiciones personales del juez en relación al objeto de la causa o a los sujetos que en ella intervienen (normas sobre recusación e inhibiciones del juez)” (Rengel, A. 1994, p.297).

Nosotros, por el contrario, nos hemos adherido a la corriente doctrinaria que considera a la competencia como una medida de la jurisdicción y no como la

capacidad del juez para ejercer dicha función, porque la facultad de este funcionario de ejercer válidamente en concreto la función jurisdiccional, depende no de su aptitud personal, sino de la esfera de poderes y atribuciones que objetivamente asigna a la ley al tribunal (Rengel, A. 1994, p.297).

Luego, la competencia vendría a ser el fragmento de jurisdicción que por ministerio de la ley ha sido atribuido a un juez. En este orden de ideas puede afirmarse, perfectamente, que un juez competente es, al mismo tiempo, un juez con jurisdicción; pero, un juez en todo aquello que no le ha sido atribuido expresamente por la ley si bien resulta incompetente, sin embargo, sigue siendo un juez con jurisdicción (Couture, E. 1981, p.29).

### **La jurisdicción como poder**

En este sentido suele hablarse de la "jurisdicción" con referencia al poder que, sobre los ciudadanos, ejercen los órganos estatales. Así, se alude, por ejemplo, a la jurisdicción de un parlamento, de un tribunal de justicia o de una entidad administrativa (Palacio, L. 1994, p.322).

Como se puede apreciar, desde la perspectiva que tratamos se alude a la investidura, a la jerarquía, mas que a la función que se ejercita (Couture, E. 1981, p.29).

### **La jurisdicción como función**

Desde un punto de vista técnico, se considera a la jurisdicción (junto con la legislación y la administración) como una de las funciones del Estado. En este sentido, se estima que la jurisdicción vendrá a ser el poder específico que tienen determinados órganos del Estado para dirimir conflictos intersubjetivos de intereses que les son planteados por los particulares (Diorio, A. 1997, p.27; Palacio, L. 1994, p.322; Couture, E. 1981, p.31).

Esta es la acepción que a nosotros nos interesa pues, es a esta específica función del Estado a la que le hemos de dedicar las siguientes líneas.

### **Origen y evolución de la jurisdicción**

El derecho, como producto social que es, ha existido en todos los tiempos, pero su forma de protección, afirma Alsina, H. (1963, p.24), "fue variando progresivamente, a medida que las costumbres evolucionaban y se desarrollaban los conceptos jurídicos".

En efecto, en los primeros tiempos, la defensa del derecho de los particulares era una función eminentemente privada, en la que la fuerza constituía el factor decisivo. La inobservancia del derecho, que en forma indudable y legalmente cierta tutelaba un determinado interés, era vencida y

sojuzgada por el uso de la fuerza, por parte del derechohabiente, contra el obligado (Rocco, U.1983, p.41). Era el reinado de una justicia puramente individual (si es que, acaso, puede utilizarse la expresión), en el que casi siempre vencía el mas fuerte y así se imponía, sin mas, la voluntad de éste a los más débiles.

Toda controversia entre personas o grupos diferentes daba lugar a una lucha entre los individuos o grupos; en los comienzos de la civilización romana, la represalia contra las ofensas entre los núcleos sociales menores constituía un verdadero y propio derecho, que competía a esos mismos núcleos. Y también en el derecho germánico el ejercicio arbitrario de los propios derechos descartaba la posibilidad de una reglamentación jurídica de los conflictos, aún en los periodos en que, ya formada la organización estatal, se abrió la vía a una persecución judicial del derecho (Rocco, U. 1983, p.41).

La autodefensa que “combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo” (Alcalá-Zamora, N. 1985, p.56).

Realizada la fusión de los grupos y núcleos menores bajo un poder central, y constituido así el Estado, éste se limitó a asumir una función pacificadora, interviniendo como árbitro para componer las controversias privadas. En

efecto, según afirma Calamandrei, P. (1973, p.181), la función jurisdiccional surge:

“en los albores históricos de la civilización, con propósitos de pacificación social: de suerte que la acción del juez, en las coasociaciones primitivas, aparece como la de un pacificador que se interpone para dirimir los conflictos surgidos entre intereses individuales, en aquellos únicos casos en los que los individuos no hayan conseguido ponerse de acuerdo por su cuenta mediante el contrato”.

Si bien es cierto que en esta etapa embrionaria del Estado la misión de resolver los conflictos surgidos entre los particulares se había encomendado a un órgano público (rey, emperador o príncipe, aún cuando existían jueces que, por delegación de aquellos, ejercían tal potestad), no es menos cierto que nos encontrábamos frente al ejercicio de un poder despótico que reunía en sus manos todas las funciones inherentes al poder público.

Así las cosas, tenemos que la noción de la función jurisdiccional como concepto jurídico surge, en realidad, con el reconocimiento de la soberanía del pueblo y el advenimiento del Estado moderno y una vez consagrada la separación de sus poderes<sup>1</sup>, pues, tal y como advierte Segni, A. (1939) citado por Carlos, E. (1959, p.35), “con la aplicación de este principio la

---

<sup>1</sup> La teoría de la separación de los poderes fundamentaba la independencia recíproca de los órganos gubernamentales en el hecho de que, según el decir de sus propulsores, existían dentro del mismo Estado funciones fundamentales, distintas entre sí por su naturaleza, que solamente era posible ejercerlas por separado. El Estado estaría, por lo tanto, dividido en varios “poderes” término utilizado para designar tanto el órgano como las funciones que ejerce (Duverger, M., 1982, p.124).

función jurisdiccional se distingue y contrapone a las otras funciones estatales (legislación y administración), adquiere caracteres propios y deviene en una función independiente y autónoma del Estado”.

Una vez que el Estado ha impuesto su autoridad, la realización de los intereses tutelados por las normas jurídicas pasó a ser una función pública que el Estado reclamó para sí, lo que no podía ser de otra manera pues, para que la solución a los conflictos de los particulares pueda ser verdaderamente efectiva, se requiere que el tercero encargado de resolverlos:

“sea mas fuerte que las partes entre sí enfrentadas, para que llegado el caso, pueda imponer su voluntad coactivamente, frente a todo intento de desobediencia o alzamiento que de aquellas provenga. Se comprende, por ello, que la jurisdicción, que históricamente o en países menos evolucionados tuvo o mantiene otros titulares u orígenes, en los pueblos cultos de nuestros días se vincule al Estado, así como que este la ejerza por medio de los correspondientes órganos y que se la repute como un atributo de la soberanía” (Alcalá-Zamora, N. 1985, p.56).

Así, pues, ejercida por el Estado la función de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses fue restringiéndose, al propio tiempo, el ejercicio de la defensa privada (Alsina, H. 1963, p.25; Rocco, U. 1983, p.42; Cuenca, H. 1969, p.75). Nótese que se ha dicho que se ha “restringido” y no “prohibido” o “eliminado” la posibilidad del ejercicio de la defensa privada, ello en virtud de que, en determinadas oportunidades, que por lo demás son

excepcionales, el Estado faculta al justiciable prescindir de su intervención y obrar personal y directamente en la protección de sus intereses particulares.

En efecto, está autorizada la “legítima defensa” (artículo 65, ordinal 3º, del Código Penal), “obrar constreñido por la necesidad” (artículo 65, ordinal 4º, del Código Penal), el derecho de retención, que si bien no está normado en un capítulo específico dentro del Código Civil, se encuentra consagrado en casos especiales y dispersos dentro de los cuales pueden mencionarse: el derecho de retención que corresponde al poseedor de buena fe por causas de mejoras hechas en los bienes poseídos (artículo 793 del Código Civil), el derecho del coheredero que trae a colación un inmueble hasta el reembolso efectivo de las cantidades que se le deban por mejoras (artículo 1.105 del Código Civil), el derecho a retener en prenda, que le asiste a quien haya ejecutado una obra sobre una cosa mueble hasta que se le pague (artículo 1.647 del Código Civil), el derecho del mandatario a retener en garantía las cosas objeto del mandato, hasta que el mandante cumpla con las obligaciones que le son propias (artículo 1.702 del Código Civil), entre otros; la resistencia a ejecutar una determinada obligación (conocida como la *exemptio non adimpleti contractus*, prevista en el artículo 1.168 del Código Civil); en caso de falta de pago de cuotas debidas por acciones suscritas, la facultad que tienen las compañías anónimas para vender los certificados de

las acciones por cuenta del accionista, por medio de un corredor o en pública almoneda (artículo 295 del Código de Comercio).

Los ejemplos mencionados anteriormente no agotan el catálogo de circunstancias en las cuales el Estado autoriza al justiciable para obrar directamente en defensa de sus derechos e intereses. Sin embargo, vale la pena destacar que cada uno de estos actos excepcionales de autodefensa quedan sometidos a revisión judicial, pero, en lugar de llevar a conocimiento del juez:

“el hecho originario de verdadero o supuesto incumplimiento, se podrá llevar a él (por la otra parte) el hecho que representa la reacción ajena, si bien inmune de violencia. Y entonces, para juzgar si ha sido lícita y justa su reacción, deberá juzgar también el juez si ha habido o no el original incumplimiento” (Redenti, E. 1957, p.26).

Si bien hemos tenido la oportunidad de afirmar que la instauración del principio de la separación de poderes se debió, fundamentalmente al reconocimiento de la existencia, dentro del mismo Estado, de una serie de funciones fundamentales, distintas entre sí por su naturaleza, que solamente era posible ejercerlas por separado a través de órganos especializados y que con ocasión a ello la función jurisdiccional se distingue y contrapone a las otras funciones estatales (legislación y administración), adquiere caracteres propios y, además, deviene en una función independiente y autónoma del

Estado que debe ser ejercida, de manera exclusiva, por órganos especializados, resulta que, la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional por los órganos del denominado Poder Judicial tiene, hoy en día, algunos matices que bien vale la pena, cuando menos, mencionar, por ahora.

Hoy en día es común apreciar como los órganos de la Administración Pública resuelven, a diario, conflictos intersubjetivos de intereses en procedimientos administrativos de estructura “tridireccional”, en cuyos casos, a nadie puede quedarle dudas, actúan como verdaderos órganos jurisdiccionales pues, en cada uno de ellos, les corresponde oír las alegaciones de las partes, valorar las pruebas aportadas por estas al expediente administrativo, subsumir los hechos concretos en el postulado general y abstracto de las normas jurídicas que regulan la materia específica de la cual conocen y decidir lo que sea el derecho aplicable al caso concreto, ya sea declarando “con lugar” (o procedente) la petición del solicitante, ya sea declarando “sin lugar” (o improcedente) tal petición. Ejemplos característicos de estas circunstancias son los procedimientos de “regulación de alquileres” previsto en el Título IX “Del Procedimiento Administrativo Inquilinario” del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios y de “despido de trabajadores investidos de fuero sindical” previsto en el Título VII “Del

Derecho Colectivo de Trabajo”, Capítulo II “De la organización sindical”, Sección Sexta “Del fuero sindical”, de la Ley Orgánica del Trabajo.

Así las cosas, indispensable resulta advertir que las funciones del Estado no son coincidentes con la separación orgánica de poderes, idea esta que permite sostener que en nuestro país, si bien hay una separación orgánica de poderes, no hay una separación orgánica de funciones, como si estas estuvieran atribuidas a determinados órganos, con precisión. Mas bien, nos encontramos que estas funciones del Estado se ejercen, en general, por todos los órganos que integran el Poder Público (Brewer, A. 1996, p.115; Chalbaud, R. 1995, p.102).

Circunstancias similares a las apuntadas anteriormente han hecho que la necesidad de distinguir entre las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional se plantee en casi todos los regímenes del mundo occidental.

Otro tanto sucede, por ejemplo, con la posibilidad que tienen los justiciables de ver resueltos los conflictos intersubjetivos de intereses en los cuales pudieran verse involucrados, mediante los “equivalentes jurisdiccionales” o, mejor dicho, los “medios alternativos para la solución de conflictos” que postula el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De manera tal pues que, en principio, puede afirmarse que, en nuestro país, la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses es una actividad que no es ejercida de manera exclusiva por los órganos jurisdiccionales.

### **Relatividad del concepto de jurisdicción**

Se ha hecho tema de obligatorio comentario, la posición que marcaba Calamandrei, P. (1973, p.114), cuando se proponía iniciar su estudio sobre la jurisdicción. En efecto, para el gran maestro italiano:

“del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento histórico. Hoy, en las principales legislaciones de la Europa continental, el contenido de la función jurisdiccional no puede ser comprendido sino en relación con el sistema de la legalidad”.

La afirmación de la “relatividad de la jurisdicción” tiene como fundamento indiscutible el considerarla como una de las funciones del Estado. Y es que no puede discutirse que las funciones estatales son por esencia mutables e hipersensibles a los cambios sociales, lo que conlleva a que éstas pueden ser estructuradas de muchas diferentes maneras.

En este sentido, coincidimos con la doctrina mayoritaria que estima que, efectivamente, debe ser un presupuesto metodológico indispensable para la elaboración de cualquier concepto que de la jurisdicción pretenda darse, el atender a su configuración jurídica en un Estado determinado y en una concreta etapa de su historia (Montero, J., Ortells, M. y Gómez, J. 1991, p.49; Di Iorio, A. 1997, p.28; Ortells, M.1999, p.15).

No obstante lo contundente del criterio antes mencionado, se ha erigido una interesante corriente doctrinaria en virtud de la cual se considera que es la esencia o índole de la función y no de los órganos encargados de desarrollarla de lo que depende el carácter jurisdiccional. En este sentido, en virtud de que el concepto de jurisdicción "se reconduce a la determinación irrevocable del Derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica", afirma Serra, M. (1969, p.50) que éste no admite relatividad y que, por lo tanto, subsiste con independencia de las normas propias de cada Estado.

Si se revisa detenidamente esta posición doctrinaria, puede perfectamente convenirse con el maestro en que la jurisdicción, en su manifestación del *iuris*

*dicere*, ha sido exactamente la misma desde el imperio romano<sup>2</sup> hasta nuestros días y que, por lo tanto, éste es un concepto absoluto de la jurisdicción.

Sin embargo, junto con Montero, J. et. al. (1991, p.49) pensamos que es desde luego cierto:

“que la jurisdicción supone <<la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica>> (que es la opinión de Serra), pero en estos términos el concepto es hoy poco preciso jurídicamente, y en especial desde el punto de vista social y político poco concreto, pues está recogiendo en su órbita, por poner un ejemplo, tanto la actividad de un juez independiente como la de un funcionario vinculado a las órdenes del partido único”.

Como hemos tenido la oportunidad de anticipar, resulta imposible que a la jurisdicción se le defina atendiendo sólo al criterio funcional, pues, aunque sobre decirlo, ésta actividad siempre habrá de ser ejercida por unos órganos (los tribunales), encarnados por personas (los jueces), y ellos no son inmunes ni a los cambios de regulación legislativa ni, mucho menos, a los cambios de las circunstancias políticas y sociales del país en el cual ejercen tal función.

---

<sup>2</sup> La expresión “*ius-dictio*” parece tener su origen en la función que el magistrado ejercía en las *legis actiones*: mostrar o indicar el derecho que el juez debía aplicar (Lascano, D. 1941, p.45).

En pocas palabras, es manifiestamente inconveniente que se pretenda definir a la jurisdicción atendiendo sólo a un criterio puramente objetivo o funcional pues, como enseña Di Iorio (1997, p.28) el concepto de jurisdicción ha de estar influido siempre, de manera principal, por dos (2) órdenes distintos de factores, a saber:

- a) Por el ordenamiento jurídico particularmente considerado, pues la jurisdicción de un Estado determinado será, precisamente, todo aquello que sus leyes dispongan; y
- b) La interpretación que se otorgue a esas leyes habrá de encontrarse condicionada, siempre, por los cambiantes fenómenos sociales, económicos y políticos que le toca vivir a ese Estado.

Por ello, el concepto de jurisdicción debe basarse en la realidad que le corresponde vivir al Estado en un momento histórico determinado, toda vez que:

“el juez es expresión de la sociedad de su tiempo, y por tanto es objeto de poderosas y determinantes influencias del ambiente, en modo especial de aquel que lo rodea mas directamente y del cual el proviene y es parte integrante, pero también en general de toda la sociedad en la cual vive. Esta sociedad está hoy en una grave crisis, y descarga sobre él toda su conflictividad” (Barile, P. 1977, p.77).

Ciertamente, en el Estado Feudal y en el absoluto, los jueces eran funcionarios (alcaldes) dependientes del poder real (estas cuatro cosas -

decían las partidas- son del Rey, que no las puede delegar en ningún ome: justicia, moneda, fonsadera e sus yantares y sobre todo que mis jueces sean mansos e obedientes con Dios e con el Señor que los pone). En la Alemania nazi, en la que la Constitución de Weimar fue sustituida por el programa del partido nacionalista y la Ley por los "Führerprinzip", el juez dejó de ser un aplicador del derecho para ser un "Rechtsfinder", o buscador del derecho que había de encontrar en las directrices u órdenes emanadas del "Füerer". También en el régimen franquista (español) la jurisdicción dejó de ser un Poder del Estado para convertirse en una mera función, de acuerdo con el principio de unidad de poder y coordinación de funciones, bien entendido que dicha autoridad residía en la Jefatura del Estado que concentraba tanto la función ejecutiva, como la legislación e incluso la judicial (Moreno, V., Cortés, V. y Gimeno, V. 2000, p.21).

Entonces, si se conjugan los dos factores arriba mencionados puede llegarse a la conclusión de que, formando parte el Poder Judicial de la estructura del Estado, no cabe la menor duda de que éste ha de sufrir los embates de su historia. En éste orden de ideas, resulta evidente la afirmación de que la noción de jurisdicción que es concebida en la normativa de la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela resulta, a todas luces, distinta a la consagrada en la Constitución de 1.961.

En efecto, a la luz de un sistema procesal como el que, hasta antes de entrar en vigencia el nuevo Texto Constitucional, imperaba en nuestro país, el cual era regulado, gracias a la concepción política del “Estado de Derecho” asumida por Venezuela, por el principio de la Jurisdicción de Derecho, o, mejor dicho, de apego en la función de juzgar al texto legal vigente, la noción de justicia se encontraba restringida a la circunstancia de que el juez aplicara, simplemente, la Ley en el caso concreto, pues, bajo ese esquema, debía entenderse que existía coincidencia entre el dispositivo contenido en la norma con el postulado de justicia que se presume recogido en la ley.

Sobre la base de lo antes dicho, se entendía que el Estado Venezolano cumplía con su misión de administrar justicia, procurando, simplemente, que la decisión judicial guardara una precisa correspondencia matemática entre la norma jurídica, general y abstracta, y el caso particular al cual ésta era aplicada.

Sin embargo, bajo el imperio de la nueva Carta Fundamental:

“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político” (véase el artículo 2).

Lo cual implica, necesariamente, que la noción de la justicia, como resultado de la actividad jurisdiccional, se ha desprendido del simple requisito formalista de la aplicación, en ocasiones fría, de la Ley al caso concreto, para ir en busca de una solución judicial que resulte no solamente ajustada a la norma legal, sino, al propio tiempo, mas apegada a la moral, al sentimiento de igualdad, mas equitativa, en suma, se ha de procurar una justicia mas humana. Solo esta reflexión justifica la consagración en el Texto Fundamental de la República el enunciado contenido en el artículo 257, conforme al cual:

“El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia...”.

En este sentido, el Estado Venezolano está garantizando a los justiciables un método de juzgamiento que conduzca siempre a una sentencia justa, que respete la personalidad y la dignidad humana dentro del propio proceso, el derecho a la defensa de las partes contendoras, la independencia e imparcialidad del juez, todo ello con el objeto primordial de alcanzar una justicia social e igualitaria para todos los asociados.

En efecto, en el constitucionalismo moderno, se ha vuelto un lugar común observar que la acción afirmativa por parte del Estado es necesaria para asegurar el disfrute de los derechos sociales básicos (la libertad, la propiedad

individual, la igualdad, la seguridad jurídica y material, el trabajo, la educación, etc.) por todos los ciudadanos. Si bien es cierto que esta es una obligación común a todos los órganos del Poder Público, no es menos cierto que la misma hace recaer sobre los hombros de los “jueces”, como integrantes del Poder Judicial, *la responsabilidad de constituirse en la mas grande garantía para asegurar a los particulares aquel ejercicio plenario de sus derechos*, para lo cual hace falta que se entienda, de una buena vez, que si bien éstos jueces, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, se encuentran en el deber de aplicar las normas jurídicas dictadas previamente, ésta actividad no se agota con la simple subsunción de los hechos en el presupuesto general y abstracto de aquellas, sino que *ahora tienen como misión fundamental: desarrollar el principio contenido en la norma jurídica misma y adecuar la solución que se brinda al caso concreto con la realidad que se vive en ese lugar y tiempo determinado.*

O sea que:

“aquellas pretensiones del positivismo simple de creer que el derecho era solamente ley y que aquí los valores no tenían cabida, y que no importa si la ley es dura, pero es la ley ....(sic) el pensamiento jurídico contemporáneo las ve con cierto desdén. Naturalmente que aquí se trata de establecer unos valores y cuando se está razonando desde el punto de vista jurídico, no se puede perder u omitir la visión axiológica. Estos son medios para alcanzar fines, *no se trata de acatar la ley por acatarla, se trata de alguna manera de alcanzar las finalidades sociales y morales que el derecho persigue*” (Zerpa, L. 2001, p.169).

La herramienta básica con la que cuentan los operadores de justicia para alcanzar los objetivos arriba señalados es, precisamente, el “derecho procesal”, el cual, como afirma el maestro italiano Calamandrei, P. (1960, p.42):

“deberá entenderse como un método impuesto por la autoridad para llegar a la justicia; es un método de razonamiento que debe estar siempre previamente establecido por la ley, el cual tanto las partes como el juez deben seguir, etapa por etapa y dentro de una coordinación dialéctica con el fin de obtener una sentencia justa”.

En la República Bolivariana de Venezuela, como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que es, *el derecho a la protección o tutela judicial de los derechos* (mismo que se deduce de la interpretación concatenada de los artículos 26, 49, 253 y 257 del Texto Constitucional) impide una perspectiva excesivamente formalista del operador de justicia. No es admisible, a la luz del derecho en análisis, el establecimiento de obstáculos excesivos producto de un formalismo ritualista que no sería coherente ni concordante con el derecho a la justicia, cuando estos formalismos (o formalidades) no aparezcan justificados, legitimados o proporcionados conforme a sus finalidades, vale decir, cuando no sean adecuados a la Constitución.

Con tal afirmación no se desconoce que las formas y requisitos procesales cumplen una función importante para la ordenación del proceso, sólo se

quiere señalar que no cualquier irregularidad formal puede constituirse en un obstáculo insalvable para la protección de los derechos. Entonces, si bien es cierto que los requisitos formales deben interpretarse y aplicarse en forma flexible, atendiendo a su finalidad y procurando que respecto de su incumplimiento no se anuden consecuencias ilegítimas o desproporcionadas en relación al fin de protección de los derechos de las partes, no es menos cierto que no debe “abusarse” en la permisividad del relajamiento de las formas procesales pues, de ésta manera, podría igualmente incurrirse en ilegitimidades que atentarian contra el derecho a la defensa de las partes y, por qué no decirlo, contra la garantía de la seguridad jurídica de éstas.

Los juicios de razonabilidad y proporcionalidad deben imperar a la hora de interpretar las normas procesales que se encuentren referidas a esta materia. En este sentido, un auto de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de octubre de 2000, dictado en el juicio de Jaime Requena Mandé, dejó establecido lo siguiente:

“... cuando el Estado se califica como de Derecho y Justicia y establece como valor superior de su ordenamiento jurídico a la justicia y a la preeminencia de los derechos fundamentales, no está haciendo mas que resaltar que los órganos del Poder Público -y en especial el sistema judicial- debe inexorablemente hacer prelar una noción de justicia material por sobre las formas y tecnicismos propios de una legalidad formal que ciertamente ha tenido que ceder frente a la nueva concepción de Estado.....” (Pierre, O. 2000, p.15).

De modo que, siendo uno de los cometidos del Estado social de derecho y justicia la consecución, antes que cualquier cosa, de la “justicia material” deben entonces distinguirse dos (2) realidades diversas: la justicia “formal” de la “material”, para poder brindar al justiciable, precisamente, esa justicia que reclama, así, puede entenderse que:

De acuerdo con la Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 21 de junio de 2000 en el caso de Banco Capital C.A. en nulidad, la “*justicia formal*” se concreta en el “derecho de defensa”, como parte del derecho que tiene todo sujeto a un debido proceso, y a la seguridad jurídica que otorga la estabilidad de los juicios, producto del cumplimiento de las reglas de la controversia o del litigio (Ramírez & Garay. 2000, p.301). En pocas palabras, la justicia formal se obtiene, simplemente, del cumplimiento estricto (cabal y sin alteraciones) de las etapas diversas del procedimiento.

Sin embargo, es bueno que se advierta, a pesar del cumplimiento sacramental de las formas legales establecidas, este proceso puede terminar con una sentencia que, desde todo punto de vista jurídico formal resulte infranqueable pero que, desde el punto de vista intrínseco (o moral, como prefiere algún sector denominarlo), sea cuestionable.

La *“justicia material”*, real, concreta y vivida en la esfera subjetiva del justiciable, la concreción de una tutela judicial efectiva a la cotidianidad de todas las personas, y la satisfacción jurídica de las pretensiones que se oponen en un conflicto sometido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, *se alcanza cuando el sentenciador desentraña en el fallo lo “esencial del contenido del derecho”, esto es, cuando alcanza aquella parte del derecho mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles y que le dan vida a ese derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos*, muy a pesar de que en el mismo procedimiento de su formación hubieran podido sucederse alteraciones, sin que éstas sean “esenciales”, por supuesto.

Es cierto que, en todo caso, debe preferirse siempre alcanzar tanto la justicia formal como la material en todo proceso jurisdiccional, pero, *en caso de presentarse conflicto entre la justicia formal y la material, debe, según manda el artículo 257 constitucional, preferirse ésta última.*

Así, para lograr hacer prevalecer la justicia material sobre la formal y, con ello, satisfacer la exigencia del artículo constitucional antes mencionado, se ha hecho necesario determinar en qué consisten “esas formalidades no esenciales” a las cuales se alude en su texto. En este sentido, en una labor interesante, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, presentó su

criterio respecto de que las “formalidades esenciales” estarían constituidas por aquellas circunstancias “... indispensables para la solución de la controversia (existencia del proceso)... y .... cuando sea sustancial a los derechos ventilados en el proceso...” (Véase sentencia de fecha 21 de junio de 2000, en el juicio de Banco Capital C.A., en nulidad), basta hacer un argumento en contrario para obtener lo que serían, en todo caso, las “formalidades no esenciales”.

Tratando el tema de los requisitos ineludibles o inexcusables y salvables o subsanables, con especial referencia a la moderna tendencia a favorecer la subsanación de los defectos susceptibles de reparación, en una decisión del Tribunal Constitucional español se dejó establecido lo siguiente:

“... Como dijo la STC 5/88, de 21 de enero, el art. 24.1 CE impone al juez el deber de favorecer la defensa de los derechos e intereses cuya tutela ante él se reclama sin denegar esa protección mediante una aplicación desproporcionada de las normas procesales y teniendo en cuenta en el ejercicio de ese favor actionis la entidad del defecto y la posibilidad de cumplir a pesar de todo los fines que la regla incumplida persigue...” (Gui Mori, T. 1997, p.273).

Por nuestra parte, pensamos que la noción de formalidades esenciales ha de estar delimitada por la circunstancia de que, *por su omisión o quebrantamiento el derecho sustancial del justiciable quede sometido a limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten mas allá de lo razonable*

*o lo despojen de la necesaria protección, y, en este caso, a nuestro juicio, sólo es permisible que el juez de prevalencia a la forma, pues, como queda claro, sin la satisfacción de aquella el derecho sustancial cuya protección se ha reclamado, queda, simplemente, desguarnecida.*

En conclusión, ese Estado Social de Derecho y de Justicia, en el cual se ha convertido Venezuela, busca, a través de la actividad que desarrollan los órganos del Poder Público, y muy particularmente, claro está, los órganos del Poder Judicial, la reforma y el progreso social, y estos cometidos sólo se logran cuando aquellos órganos ejercen sus funciones con la conciencia de que, mas allá de obtener la simple correspondencia del resultado de su actividad con el postulado frío de la norma que los habilita para su actuación, deben procurar soluciones a los conflictos que sean mas apegadas a *la justicia*, entendida ésta, en principio, como *virtud que nos hace dar a cada cual lo que le corresponde, no sólo por sus merecimientos como individuo, sino como parte de una sociedad obligada a garantizar a sus componentes un minimum de bienestar* (Mejía, L. 1992, p.36).

De manera tal pues que, no le está dado a ningún sentenciador, escudarse tras el postulado de la norma, sino que, por el contrario, se encuentra obligado a desarrollar el principio contenido en la misma y adecuar la solución que se brinda al caso concreto con la realidad que se vive en ese

lugar y tiempo determinado, pues, como se indica en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil , “al requerirse el ejercicio de la función jurisdiccional, entra en juego también el interés público en una recta y pronta administración de justicia”.

### **Diversas teorías sobre la jurisdicción**

El tema de la jurisdicción goza de la misma suerte que han corrido los de la acción y el proceso en cuanto a su elaboración conceptual, que se encuentra, aún en nuestros días, lejos de ser definitiva.

Son múltiples las circunstancias que han influido para arribar a esta falta de consenso doctrinario, entre otras muchas pueden mencionarse las siguientes:

En primer lugar puede apuntarse el hecho de que la jurisdicción, como manifestación de la soberanía estatal, se encuentra constitucionalmente atribuida a un grupo determinado de órganos que ejercen el Poder Público de un Estado (Poder Judicial), plantea la duda respecto de cual disciplina jurídica habrá de estudiarla (el derecho constitucional o el derecho procesal). Sin embargo, tal y como afirma Alcalá-Zamora, N. (1992, p.30) se trata, en rigor, de una pugna mas aparente que real, puesto que son aspectos

distintos los que a una y otra esfera toca contemplar: al derecho constitucional pertenece la jurisdicción tan sólo desde el punto de vista *estático*, es decir, como emanación o atributo de la soberanía del Estado, o sea como manifestación de los poderes o funciones que le incumben pero en modo alguno cuando se la considera en actitud *dinámica*, ya que entonces, dada la correlatividad entre jurisdicción y proceso, el segundo es el campo donde se lleva a cabo la primera.

En segundo lugar, cabe apuntar como circunstancia determinante de la multiplicidad de teorías expuestas acerca de la jurisdicción, la diversidad de aspectos que suelen ser tomados en consideración para procurar definirla: desde el punto de vista de los fines que persigue, de la actividad que realiza, su objeto, sus efectos etc. Sin embargo, esto no significa ineludiblemente oposición, sino aspectos diversos de un mismo fenómeno y, por consiguiente, posible de complementar (Di Iorio, A. 1997, p.31; Ramos, M. 1999, p.11).

Así las cosas, la necesidad de explicar ese fenómeno complejo que es la jurisdicción y formular un concepto que facilite la inclusión de sus múltiples elementos integrantes, nos coloca en el deber de mencionar algunas de las opiniones que la doctrina más calificada ha producido respecto de ella. Estas

opiniones pueden, sin embargo, ser recogidas en dos (2) grandes grupos que normalmente se vienen denominando “doctrinas subjetivas y objetivas”:

### **Doctrinas subjetivas**

En una primera corriente pueden agruparse aquellas posiciones doctrinarias que ven en la jurisdicción *la tutela de los derechos subjetivos*. Consideran quienes propugnan estas tesis que con la jurisdicción se satisface el interés lesionado, restableciendo el orden jurídico perturbado *por la violación del derecho subjetivo* y, en su caso, desterrando los obstáculos que se oponen a su libre ejercicio.

Así, por ejemplo, para Hellwig citado por Montero, J. et. al. (1991, p.151), la jurisdicción tiene como fin el descubrimiento y declaración de lo que sea derecho entre las partes, así como también su ejecución y efectividad; en pocas palabras, el proceso habrá de estar al servicio de los intereses de los particulares pues, el Estado, a través de la jurisdicción ha de tutelar los derechos subjetivos de los particulares.

Esta orientación ha sido compartida en Alemania, entre otros, por Gerber y Gierke, y en Italia por Manfredini y Simoncelli.

A esta posición doctrinaria se le ha criticado, según enseña Carlos, E. (1959, p.39), desde un doble punto de vista:

“En primer término, porque nos encontraríamos ante una nueva y segunda tutela, que ya ha sido objeto de tal por la ley, la cual es garantía de fines y protección de intereses. De ahí que se advierta -por quienes se oponen- una tautología, puesto que esa tutela se da ya en la legislación y se pretende reproducirla nuevamente en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

En segundo lugar, se observa que en la jurisdicción no siempre se tutela un Derecho subjetivo lesionado. Existen ejemplos demostrativos de esta afirmación en la sentencia desestimatoria de la demanda, en las de mera declaración de certeza y, aún para algunos autores, en las constitutivas”.

Desde lo que podría considerarse una segunda corriente, encuadrada, claro está, dentro de los límites precisos de las “doctrinas subjetivas”, pueden mencionarse aquellas construcciones que ven en la jurisdicción la función del Estado dirigida a la resolución de conflictos entre derechos subjetivos; resolución de conflictos entre voluntades subjetivas y normas objetivas, reales o aparentes o, resolución de controversias (Montero, J. et. al. 1991, p.151).

### **La jurisdicción como actividad que procura la justa composición de la litis**

Luego de una larga y lenta evolución, nos dice Carnelutti, F. (1993, p.162), la actuación del juez puede también ser provocada, además de las hipótesis de violación o de modificación de la relación jurídica, para el mero accertamento

de esta. Advierte el maestro italiano, “que no debe pensarse por ello que la certeza jurídica sea, de manera inmediata y sin límites, el fin del proceso o siquiera el del proceso declarativo”.

En efecto, sostiene Carnelutti, F. (1993, p.162) que “mediante el proceso no cabe eliminar cualquier incertidumbre, sino sólo la que haya determinado o pueda motivar la explosión de un litigio”. A este propósito, recurre Carnelutti a las previsiones del artículo 36 del Código Civil, para significar que, de acuerdo con el mismo, la ley prohíbe el proceso si no ha sido provocado por aquella persona a quien la incertidumbre jurídica pueda ocasionar perjuicio. Así, pues, el proceso actúa también, en este caso, no en general, para obtener el beneficio de la certeza, sino, en especial, para eliminar el daño que deriva de la incertidumbre de los sujetos acerca de relaciones jurídicas. Y puesto que “este daño consiste precisamente en el litigio, el fin inmediato del proceso declarativo está en la composición de aquel” (1993, p.162).

A los solos fines de precisar algunos términos, diremos que, en el pensamiento de Carnelutti, F. (1973, p.28), la litis (o el litigio) puede definirse como “un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión

resistida (discutida)", en el cual, el conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal<sup>3</sup>.

A esta tesis se le ha criticado, entre otras cosas, lo siguiente:

*Primero:* Que si bien es cierto que en el ejercicio de la función jurisdiccional se llega en la práctica a una composición, no en sentido técnico jurídico, de una litis, no es menos cierto que dicha composición sólo es posible en cuanto que el juez, mediante el pronunciamiento y la prestación de su actividad, realiza las normas del derecho objetivo (Rocco, U. 1983, p.64).

*Segundo:* Que de acuerdo con las enseñanzas del mismo Carnelutti, las normas llamadas de derecho material tienen el cometido y la función de dirimir conflictos de intereses, en consecuencia, puesto que tanto la legislación como la jurisdicción tendrían la función y el carácter de regular conflictos de intereses, la distinción entre estas dos funciones del Estado

---

<sup>3</sup> Dentro de esta corriente puede encuadrarse a Díaz, C. (1972, p.56), para quien "la función jurisdiccional es el poder deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre estos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico". Del mismo modo, estimamos que puede incluirse dentro de esta tendencia doctrinaria a Pesci-Feltri, M. (2000, p.23), quien estima que la jurisdicción es "aquella actividad propia del estado que tiene como objeto la resolución de controversias jurídicas mediante la declaración de la voluntad de la ley aplicable al caso concreto".

sería imposible por tener en el fondo, la una y la otra, una función única (Rocco, U. 1983, p.64).

*Tercero:* Que sólo toma en cuenta la fase de declaración de certeza y no la de ejecución, toda vez que en esta no se puede hablar de litis, ya que el derecho es cierto e indiscutible y no hay controversia (Monroy, M. 1996, p.153).

### **Doctrinas objetivas**

Constituidas por aquellas que consideran que, con la actividad jurisdiccional, se actúa el derecho objetivo. Con diferencia de matices o de grados, son las predominantes.

A continuación presentaremos, resumidas en sus aspectos mas resaltantes, las principales posiciones doctrinarias reconducidas bajo esta clasificación:

#### **La jurisdicción como actividad estatal que sustituye la actividad de los particulares**

Para Chiovenda, G. (1922, p.349), "la jurisdicción consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a la

actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica”<sup>4</sup>.

Esta sustitución tendría lugar de dos maneras correspondientes a los dos estadios del proceso: conocimiento y ejecución. Así las cosas:

“en el conocimiento, la jurisdicción consiste en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual del juez a la actividad intelectual, no sólo de las partes, sino de todos los ciudadanos, al afirmar existente o no existente una voluntad concreta de ley concerniente a las partes. En la sentencia, el juez se sustituye para siempre a todos al afirmar existente una obligación de pagar, de dar, de hacer o no hacer, al afirmar existente el derecho a la separación personal o a la resolución de un contrato, o querido por la ley un castigo. Esta función no puede significarse mejor que con la palabra juzgar” (Chiovenda, G. 1922, p.345)

Por otra parte, en cuanto a la actuación definitiva de la voluntad de la ley, declarada por el juez en la sentencia:

“si se trata de una voluntad que no puede cumplirse mas que por los órganos públicos, esta jurisdicción en sí misma, no es jurisdicción: así no es jurisdicción la ejecución de la sentencia penal. Pero cuando se trata de una voluntad de ley que debe cumplirse por la parte litigante, la jurisdicción consiste en la sustitución de la actividad material de los órganos del Estado a la actividad debida, sea que la actividad pública tenga sólo por fin

---

<sup>4</sup> Rocco, U. (1983, p.53), que comparte la tesis de la sustitución (aún y cuando con algunas objeciones), afirma que la jurisdicción es “la actividad del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo por requerimiento de los particulares, sujetos de interés jurídicamente protegidos, se sustituye a ellos en la actuación de la norma que tutela aquellos intereses, declarando en lugar de ellos si existe y cual es la tutela que una norma concede a un determinado interés, imponiendo al obligado, en lugar del derecho habiente, directamente aquellos intereses cuya tutela legalmente se ha declarado cierta”.

constreñir al obligado a obrar, o que atienda directamente al resultado de la actividad debida” (Chiovenda, G. 1922, p.345).

A esta teoría se le ha criticado lo siguiente:

*Primero:* Que la actuación del derecho no es en modo alguno una característica de la actividad jurisdiccional, toda vez que tanto el individuo como el Estado mismo, en cuanto sometidos están al derecho, para ajustar sus acciones a la norma, deben aplicar la norma al caso concreto.

*Segundo:* Que no es enteramente verdad decir que constituya la finalidad exclusiva de la jurisdicción decir que la actuación del derecho es la realización del derecho. Pues la jurisdicción no tiende tanto a actuar la norma presionando sobre la voluntad ajena, cuanto a obtener incluso sin la voluntad del obligado, o en contra de ella, la satisfacción de los intereses tutelados por la norma.

### **La jurisdicción como actividad que permite la aplicación de sanciones**

En el ejercicio de la función jurisdiccional, afirma Redenti, E. (1957, p.6), el Estado actúa para asegurar y garantizar el vigor práctico del derecho, promoviendo y controlando su observancia, o reprimiendo los hechos

cometidos iniuria, o poniendo (o constriñendo a poner) remedio a las consecuencias de eventuales transgresiones.

Así las cosas, a los fines de asegurar la observancia del derecho objetivo, se ha adoptado un método que suele ser denominado como “represión”, en contraposición a “prevención” (Redenti, E. 1957, p.10). Esto supone, en palabras del mencionado autor, que las normas jurídicas inferibles por interpretación de las fuentes, se puedan o se deban reconstruir intelectualmente en su integridad según un esquema lógico formado de dos proposiciones:

“Una primera proposición, que llamaremos, aunque no sea mas que para entendernos, el precepto de la norma, prohíbe, manda o permite comportarse en determinadas circunstancias de la vida de un modo determinado (del latín *praeceptum*; estamos oyéndolo: *iuris praecepta sunt haec...* [los preceptos del derecho son estos...])”.

Una segunda proposición (hipotética y de segundo grado), prevé como evento posible que dicho precepto no sea observado o quede en cualquier forma insatisfecho o inadecuado. Y para esta última hipótesis conmina sanciones, es decir providencias de reacción contra el crimen o del entuerto representado por la transgresión o la inobservancia del precepto (del latín *sancio*, que a decir verdad aludía sin embargo mas bien a la conminación, que a la providencia conminada)” (1957, p.10).

Precisado lo anterior, concluye Redenti, E. (1957, p.10):

“La función de jurisdicción contenciosa (en contraposición a la voluntaria) es precisamente la función de aplicar las sanciones conminadas por las normas jurídicas. En nuestro ordenamiento, está reservada al Estado, que la ejerce a su vez por medio de los

órganos judiciales. Estos, pues, resultan íntegra y exclusivamente investidos de ella”.

A esta tesis se le ha criticado lo siguiente.

*Primero:* Que no todas las actividades destinadas a aplicar sanciones son actividades jurisdiccionales (Rocco, U. 1983, p.60).

*Segundo:* Que no todas las actividades que indudablemente deben conceptuarse como jurisdiccionales, tienen como carácter específico la función de aplicar sanciones.

### **La jurisdicción como garantía de observancia de las normas**

Para Calamandrei, P. (1973, p.128), el Estado, al establecer las leyes no se ha limitado a dirigir, mediante ellas, un grupo de mandatos que afecten al comportamiento de los particulares, sino que se ha comprometido a actuar él mismo, empleando la fuerza (si resultara necesario), para hacerlas valer<sup>5</sup>. Esas normas jurídicas (leyes) no pueden ser consideradas como un exhorto

---

<sup>5</sup> Dentro de los seguidores de esta tesis puede incluirse a Podetti, R. (1963, p.351), para quien la jurisdicción: “es el poder público, que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición de interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”. Del mismo modo, Vélez citado por Borthwick, A. (2001, p.174) afirma que la jurisdicción: “es la potestad atribuida por la Constitución a un órgano específico del estado y disciplinada por el derecho procesal, de investigar la verdad y actuar en concreto la ley sustantiva, que se ejerce definitivamente cuando el tribunal decide el caso singular sometido al proceso y ejecuta la sentencia firme”.

dirigido a quienes deben cumplirlas, sino una amenaza concreta de represión para quienes no las observen (o acaten) y una promesa de ayuda para los que adecuen su actuar a lo dispuesto en ellas:

“un programa de fuerza, en suma, que el Estado se propone poner en práctica en el futuro, para impedir que el derecho quede inobservado. En esto consiste la coercibilidad de las leyes: en que las mismas están garantizadas por la fuerza del Estado. Si la actividad de aquellos a los cuales se dirigen las leyes no es conforme al mandato, intervendrá la actividad sucedánea del Estado que, al establecerlas, se ha constituido en asegurador de su observancia” (Calamandrei, P. 1973, p.128).

Sostiene Calamandrei, P. (1973, p.128) que esta ulterior actividad del Estado “dirigida a poner en práctica la coacción amenazada y a hacer efectiva la asistencia prometida por las leyes, es la jurisdicción”.

En efecto, el Estado, en cuanto crea el derecho, establece en abstracto reglas de conducta que deben ser observadas por otros, esto es, por los ciudadanos en sus relaciones interindividuales. Pero si después los preceptos concretos que, según las circunstancias, nacen de estas normas, no son voluntariamente observados por aquellos respecto de los cuales se han individualizado, entonces, a fin de que las leyes tengan un valor práctico, es necesario en un segundo momento poner en obra esta ulterior actividad, la cual sirve para garantizar que, cuando el derecho no es observado voluntariamente por aquellos a los cuales el mismo, con sus preceptos

individuales, se dirige, el Estado provea a hacerlo observar con otros medios; la puesta en práctica de los cuales constituye la jurisdicción (Calamandrei, P. 1973, p.174).

Luego de repetir las críticas hechas a la tesis de Redenti, Rocco, U. (1983, p.62) critica a esta tesis que si las normas del derecho objetivo no tienen una función en sí y por sí, sino que tienen una función de garantía de las finalidades que las normas jurídicas protegen, entonces el derecho aparece como garantía de finalidades, o como tutela de intereses, de manera que las finalidades aparecen como garantizadas, y los intereses, como tutelados.

Entonces, si es verdad que el derecho tiene la función de garantía de las finalidades, no es concebible que la jurisdicción sea una segunda forma de garantía, que se traduciría en la garantía de la garantía.

### **La jurisdicción como actividad generadora de cosa juzgada**

En palabras de Allorio, E. (1963, p.96), se puede decir que hay actos del Estado que producen un efecto jurídico que les es peculiar y que no se encuentra en actos de otra índole y de otra denominación; este efecto jurídico es el efecto declarativo, que en el ordenamiento jurídico italiano es la denominada "cosa juzgada". Afirma el autor en comentarios (1963, p.96) que,

según la ley, los actos dotados de este tipo de eficacia son las sentencias; “ellas constituyen los actos jurisdiccionales en sentido propio y técnico”<sup>6</sup>.

Recorre Allorio, E. (1963, p.97) en su exposición, a las normas que, en la legislación italiana, gobiernan el efecto declarativo o la cosa juzgada. La primera de ellas se encuentra recogida en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil y está concebida literalmente de la manera siguiente: “se entiende pasada en cosa juzgada la sentencia que no está ya sujeta ni a regulación de competencia, ni a apelación, ni a recurso de casación, ni a revocación”, por los motivos que son denunciados desde el momento en que se publicó la sentencia. Sostiene que esta norma consagra la cosa juzgada formal, y representa la premisa del artículo 2.909 del Código Civil, conforme al cual, la declaración de certeza contenida en la sentencia pasada en cosa juzgada forma estado para todo efecto entre las partes, sus herederos y causahabientes. Este último, continúa diciendo Allorio, E. (1963, p.97), es el artículo del cual, en el derecho italiano, depende la disciplina del efecto

---

<sup>6</sup> Para Couture, E. (1981, p.40), la jurisdicción es una: “función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”. Peyrano, W. (1993, p.214) estima que la jurisdicción es: “la actividad desarrollada por el Estado a través de una autoridad “imparcial” que actúa –independiente e imparcialmente- dentro de un proceso, siendo las resultas de su labor la producción de normas jurídicas irrevisables para las demás actividades estatales y, en ciertos casos, para la misma actividad jurisdiccional”. Incluiremos dentro de esta corriente a Montero, J. (1991, p.167), para quien la jurisdicción “es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por tribunales independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”.

declarativo de las sentencias, o, en otros términos, de la cosa juzgada sustancial.

A esta tesis bien puede criticársele que reduce la función jurisdiccional al acto conclusivo del proceso de cognición, o sea a la sentencia, único acto procesal del juez susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada. Como ya tendremos oportunidad de explicar, la función jurisdiccional comprende, no sólo la actividad que el Estado realiza para aplicar la norma general y abstracta al caso concreto y para poner en claro el mandato individualizado que de ella nace, sino también la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para procurar la ejecución efectiva de ese mandato que se contiene en la sentencia, claro está.

### **La jurisdicción como función que satisface pretensiones**

El tratadista español Guasp, J. (1998, p.92), sostiene que para obtener una noción precisa de la función jurisdiccional se debe, necesariamente, renunciar a toda idea que no parta de la congruencia que existe entre jurisdicción y proceso, pues, en su opinión, ambos conceptos son correlativos y cualquiera de ellos implica necesariamente el otro. Así las cosas, en virtud de la definición del proceso, al cual concibe como “la institución jurídica que tiene por objeto la satisfacción pública de pretensiones, cuando estas pretensiones, por la materia sobre que recaen,

afectan al ordenamiento jurídico privado” (1998, p.42), la jurisdicción habrá de considerarse “como la función específica estatal que tiende a la satisfacción de pretensiones”.

Sostiene Guasp (1998, p.92) que el Estado ha asumido esta función, no porque si no lo hiciera quedaría sin resolver un conflicto o lesionado un derecho, sino porque, “al no reconocer la figura de la pretensión procesal, quedaría estimulada por el abandono público la satisfacción privada de otras pretensiones de análogo contenido”.

En este orden de ideas:

“aunque al Estado interesa indudablemente eliminar los conflictos sociales y dar efectividad a los derechos subjetivos que la ley reconoce, o, aún en mayor grado, realizar prácticamente las normas que él mismo ha puesto en vigor, ninguna de las funciones que inmediatamente se dirigen a ese fin se basa en supuestos de estricto carácter jurisdiccional. Por el contrario, el fundamento de la Jurisdicción se halla en la idea de que, por el peligro que supone para la paz y la justicia de la comunidad una abstención en este punto, se ha de concebir como función del Estado la de la satisfacción de las pretensiones que las partes puedan formular ante él” (Guasp, J. 1998, p.92).

A esta tesis se le ha criticado que, como consecuencia de haber levantado toda su construcción, incluida la función jurisdiccional, sobre la base de la satisfacción de pretensiones, ha pasado por alto las relaciones entre la jurisdicción y el derecho material y comprender la función jurisdiccional como

una función que sólo trasciende en sí misma en cuanto respuesta a aquel problema social que le dio origen. Esa explicación resultaría tan válida para una organización estatal en la que fuera indiferente con arreglo a que ha de resolver el juez, como para otra en que existe un ordenamiento jurídico previo de las relaciones humanas en sociedad, que constituye una realidad insoslayable a la hora de explicar, jurídicamente, la atención del derecho hacia la pretensión y la función jurisdiccional respecto de la misma (Ramos, M. 1999, p.68).

### **Un balance de la situación**

Para Calamandrei, P. (1973, p.177), en ambos sectores doctrinarios (tanto en los que propugnan las teorías subjetivas como en las objetivas) existe una parte de verdad y, desde el punto de vista estrictamente dogmático, su divergencia se reduce a un desplazamiento del ángulo visual y al uso de las mismas palabras con un significado diverso.

En efecto, dice, la razón del contraste es de carácter político e histórico toda vez que:

“la concepción que ve en la jurisdicción civil principalmente la defensa de los derechos subjetivos, parte de las premisas propias del Estado liberal, para el cual la función del derecho mira, en primer término al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales, y la justicia aparece casi como un servicio público puesto a la disposición de los mismos. Viceversa, cuando se parte de la

concepción autoritaria, que ve en el derecho, ante todo, la voluntad del Estado, y en la observancia del derecho, el respeto a la autoridad, resulta que también en la definición de la finalidad de la jurisdicción queda a la sombra del interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo” (Calamandrei, P. 1973, p.177).

Las doctrinas objetivas se encuentran, hoy por hoy, mas en armonía con el derecho positivo vigente y no cabe alegar contra ellas, apunta Montero, J. et. al. (1991, p.153):

“que es inadmisibles tratándose de intereses privados, en los que la función jurisdiccional no podría ser actuación del derecho objetivo, sino tutela de los derechos subjetivos. Basta para ello tener en cuenta que en estos casos lo que sucede es que la actuación de la ley depende de la voluntad del particular. El principio de oportunidad (sic) lleva a que el derecho privado resulte violado y sea precisa su actuación sólo cuando, y en la medida en que, el particular lo decida; en esa medida actuará el juez, pero lo hará aplicando el derecho objetivo. El que la aplicación de este dependa de la voluntad de un particular, no impide que en cualquier caso la función jurisdiccional se resuelva en la actuación del derecho objetivo”.

Y es que, sólo desconociendo que en un sistema jurídico de nuestros tiempos existan las dos fases atribuidas normalmente al derecho, puede concluirse que los derechos subjetivos precisan de la actuación jurisdiccional para ser protegidos. En efecto, el derecho subjetivo es una situación de poder concreto que es conferida por el ordenamiento jurídico positivo, o sea, por la norma material u objetiva, de modo que aquel derecho se encuentra

intrínsecamente protegido. De allí que la actuación jurisdiccional no viene a determinar la protección señalada al derecho subjetivo, sino que se limita a llevar a la práctica esa protección una vez que su necesidad ha sido constatada por el órgano del Estado encargado de determinar su procedencia (Rodríguez, J. 1984, p.16).

### **Bases normativas sobre las cuales se asienta el concepto de jurisdicción**

En el ordenamiento jurídico positivo venezolano no se encuentra definida, de manera expresa, que es la jurisdicción, motivo por el cual esta se debe inferir del conjunto normativo que, de algún modo, contribuyen a acercarnos a este concepto.

Por lo pronto, nos valdremos de aquellas normas insertas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establecen la existencia de un "Poder Judicial".

Sin temor a desviarnos del objetivo central de este trabajo, estimamos necesario precisar lo siguiente:

En nuestros días, el Poder Público está concebido como una noción abstracta que indica una potestad, es decir, una situación jurídico constitucional general que permite a los entes que forman la organización política de la sociedad venezolana, ejercer las funciones que la Constitución, como pacto político establece (Brewer, A. 1996, 21). Así las cosas, el Poder Público es una situación jurídica constitucional individualizada que se manifiesta a través del Poder Jurídico que tiene el Estado, conferido por la Constitución, para expresar e imponer su voluntad a los particulares, para ejercer su poder de dominación por medio de sus órganos esenciales (Caicedo, L. 1995, 167).

La estructura de las instituciones en las democracias liberales descansa en un principio célebre, el de la "separación de poderes". La arquitectura de este principio se le atribuye al autor inglés John Locke, en su obra "Tratado de Gobierno Civil" y a Montesquieu, en "El Espíritu de las Leyes".

Todos los regímenes políticos contemporáneos presentan una división entre varios órganos gubernamentales, cada uno de los cuales se encuentra, mas o menos, especializado en una función particular. La separación de poderes, en el sentido estricto que la expresión revela, no solamente consiste en la división del trabajo, implica también que los distintos órganos gubernamentales sean independientes los unos de los otros.

La teoría de la separación de los poderes fundamentaba esta independencia recíproca de los órganos gubernamentales en el hecho de que, según el decir de sus propulsores, existían dentro del mismo Estado funciones fundamentales, distintas entre sí por su naturaleza, que solamente era posible ejercerlas por separado. El Estado estaría, por lo tanto, dividido en varios "poderes" término utilizado para designar tanto el órgano como las funciones que ejerce (Duverger, M. 1982, p.124).

De modo que si el Poder Público es único, y única su voluntad; la forma o manera de manifestarse ésta se hace por medio de sus distintas ramas, por intermedio de órganos que tienen propias y determinadas funciones (De Pedro, A. y Naime, A. 1994, p.19).

En este orden de ideas, puede afirmarse que, es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la que ha de establecer *una multiplicidad de órganos* que estarán encargados de ejercer las *diversas funciones jurídicas* del Estado, a través de las cuales se manifiesta en la realidad ese Poder Público, así se colige de lo establecido en el artículo 136 del Texto Fundamental:

"El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

Sobre este particular se dice en la Exposición de Motivos de la Constitución patria que el Estado democrático, social de derecho y justicia, al implicar fundamentalmente, división de los poderes del Estado, imperio de la Constitución y las leyes con expresión de la soberanía popular, la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y garantía judicial 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.

Entonces, dado que el conjunto de órganos que desarrollan esa función constituyen el denominado “Poder Judicial”, a la jurisdicción debe estudiársele desde aquel doble ámbito al cual se hizo referencia precedentemente (como función y como órgano).

## La jurisdicción como potestad

También se ha presentado en la doctrina algún debate acerca de la naturaleza jurídica de la jurisdicción.

Así, de una parte se encuentra aquel sector de la doctrina que estima que la jurisdicción debe ser considerada como un “derecho subjetivo público”, (entre quienes propugnan esta tesis Rocco, U. 1983, p.243; Alsina, H. 1963, p.424; Devis, H. 1996, p.80; Monroy, M. 1996, 151) y, por otra parte, aquel sector que la considera una “potestad” (Carnelutti, F. 1955, p.197; Gimeno, J. 1981, p.31; Montero, J. et.al. 1991, p.48; Ortells, M. 1999, p.57; Di Iorio, A. 1997, p.35; Fairén, V. 1990, p.101).

Veamos, para Rocco, U. (1983, p.244) el interés del Estado en la realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo, ha adquirido una especial y autónoma individualidad, y ha venido a ser, por tanto, un especial derecho subjetivo del Estado, o sea, un derecho especial de supremacía, por cuanto las normas del derecho procesal civil lo han protegido y garantizado particularmente, regulando su ejercicio detalladamente, mediante la atribución al Estado de una serie específica y determinada de *facultates agendi*.

Las características de ese interés especial, consistirían en ser un interés público y general del Estado, puesto que se lo ha asumido en interés general de la colectividad. En consecuencia, por ser general ese interés, se refiere a todos los casos posibles en que pueda entrar en función, esto es, que tiene un carácter indeterminado, pero determinable, y la determinación de su contenido concreto se hace precisamente siempre que en los casos singulares se da lugar a la función jurisdiccional y al ejercicio de ese particular derecho de supremacía del Estado (Rocco, U. 1983, 244).

Nosotros, por nuestra parte, estimamos que la jurisdicción constituye una potestad y no un derecho subjetivo público y para justificar nuestra posición reproduciremos las enseñanzas de Santi Romano (S/F) citado por Ortells, M. (1999, p.58), para distinguir, las nociones de “poder”, “derecho subjetivo” y “potestad”.

Veamos, poder en sentido estricto y derecho subjetivo entrarían en el género común de los poderes en sentido amplio, atribuidos por el ordenamiento jurídico en orden a bienes o intereses protegidos por él; pero, el poder se desenvolverá siempre en un aspecto genérico, no tendrá objetos singularmente determinados, no se resolverá en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto, no será correlativo de obligaciones, mientras que, por

su parte, el derecho subjetivo se desenvolverá siempre en una concreta y particular relación jurídica.

Por otra parte, habría que hablar mas propiamente de potestades cuando su titular aparece investido de una autoridad, sea ella de derecho público, sea de derecho privado, mientras que cuando falta este elemento de la autoridad y de la consiguiente posición de superioridad o supremacía, se ha usado mas frecuentemente la palabra poder.

Como se podrá comprender, la distinción de los poderes en sentido amplio (o sea, entre poder en sentido estricto, derecho subjetivo y potestad) se encuentra fundamentada, básicamente, por la circunstancia de que éstos sean ejercidos en interés propio de su titular o que el titular del determinado poder ejercite ese poder con la finalidad de satisfacer un interés que no es suyo, es decir, un interés ajeno.

En este orden de ideas, podemos afirmar, siguiendo a Carnelutti, F. (1955, p.202) que el derecho subjetivo difiere de la potestad en cuanto que el interés tutelado por el mando pertenece a quien manda. En pocas palabras, quien ejerce un derecho subjetivo está ejerciendo un poder en procura de satisfacer un interés que le es propio. Luego, dado que el Estado está interesado directamente en la realización de los intereses (permítasenos la

reiteración) tutelados por el derecho positivo, pareciera que, esta perspectiva no genera un elemento que, a las claras, nos muestre la esencia de la jurisdicción como una potestad mas bien que como un derecho subjetivo público.

Pero, si se tiene en cuenta que el derecho subjetivo, a diferencia de la potestad, es el poder de mandar *inter partes*, la diferencia, entonces, si aparecerá clara.

Para Carnelutti, F. (1955, p.208), un requisito indispensable del derecho subjetivo público es, el carácter colectivo de uno al menos de los intereses en conflicto, que el mandato tiende a resolver y componer. Pero aunque éste es un requisito necesario, no es suficiente. Es preciso que la tutela del interés colectivo en conflicto sea confiada al juicio de alguno de los interesados como tal, o sea, exclusivamente por su calidad de tal. En este orden de ideas, afirma el maestro italiano que la fórmula corriente de este requisito es que el interés esté tutelado por el interesado en nombre propio, y no en nombre también de los otros interesados.

Construido así, el derecho subjetivo público es diferente de la potestad, pues el mandato, vale decir, el poder no se atribuye a un extraño a los sujetos del conflicto que tiende a componer, de allí que se afirme que mientras al

derecho subjetivo (público, inclusive) corresponde el *ius inter partes*, pues se ejercita exclusivamente entre los sujetos integrantes de la relación jurídica que ha generado el conflicto, a la potestad corresponde, en cambio, el *iussum super partes* pues, siendo ajeno a la relación jurídica que le toca conocer (Alcalá-Zamora, N. 1992, p.55), crea un estado de deber general de sujeción por parte de los justiciables, que se resume en la exigencia de colaboración y obediencia de a las resoluciones judiciales.

En éste orden de ideas, no puede menos que convenirse con Montero, J. (1976, p.23) en que el concepto de jurisdicción no se agota atribuyéndole la naturaleza jurídica de simple poder:

“se trata de un poder de juzgar y ejecutar lo juzgado y el tal poder se individualiza dentro de la familia de los mismos por su calidad de potestad, de llevar insita una fuerza de mando -autoridad- basada en la superioridad de uno de sus elementos -el juez- sobre las partes, por una autoridad que se manifiesta, aún antes del juzgar definitivo, -en la sentencia-, en todo lo que supone el instruir, el preparar el juicio, lo cual también supone labor juzgadora y que se reafirma en la ejecución que, no se olvide, forma parte integrante del proceso. Es el imperium lo que caracteriza a ese poder y le confiere categoría de potestad”.

Luego, se insiste, la jurisdicción es, sin más, una potestad, vale decir, el poder de mandar super partes y, en cuanto tal, ocupa el escalón mas alto del poder, ya que es expresión de soberanía (Carnelutti, F. 1955, p.197). Así pues, en tanto que es una derivación de la soberanía, la potestad atribuye a

su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando insita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás acudiendo, en caso de ser necesario, al uso de la fuerza, de este modo, actuando conforme a la potestad conferida y dentro de su ámbito, el titular de ella no tiene superior ni iguales (Montero, J. et.al. 1991, p.48).

Precisado lo anterior, puede ahora comprenderse que la afirmación de acuerdo con la cual la jurisdicción constituye el mas alto poder de decisión dentro del Estado y que, por lo tanto, sus órganos pueden someter tanto a los justiciables como a los demás órganos del Poder Público al cumplimiento de la Constitución y las leyes (contenida en la Exposición de Motivos del Texto Fundamental) no dejaría de ser una simple declaración teórica si la Propia Constitución no otorgara al conjunto de órganos que la ejercen (los tribunales) y los jueces que la encarnan, la "potestad jurisdiccional".

Ahora bien, en el encabezamiento del artículo 253 Constitucional se prescribe que "la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley".

Así tenemos que, en principio, este precepto viene a ser una lógica consecuencia de la declaración contenida en el artículo 5 del mismo Texto Constitucional, en virtud del cual:

“La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado Emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

De acuerdo con el primer aparte del mencionado artículo 253, el ejercicio de la función jurisdiccional ha sido atribuido a los órganos del Poder Judicial y, en ejercicio de la misma, estos se encuentran facultados para conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. De lo cual resulta fácil concluir que la potestad jurisdiccional se ejercita juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Por otra parte, al constituir la potestad jurisdiccional una emanación de la soberanía nacional, puede afirmarse, como criterio general, que los límites de su actuación vienen determinados por los de la soberanía misma, esto es por el territorio y las personas a ella sometidas, así se desprende del artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con los artículos 1, 2 y 8 del Código de Procedimiento Civil.

El contenido de la mencionada potestad se concreta en una fuerza de mando que resulta jurídicamente vinculante para con las partes y los terceros, la cual se encuentra respaldada por todo el aparato coactivo del Estado, así se desprende de los artículos 11 de la ley Orgánica del Poder Judicial y 21 del Código de Procedimiento Civil. Ese imperio, energía o fuerza ética y física que contiene la potestad jurisdiccional es la que garantiza la supremacía o superioridad del órgano jurisdiccional frente a las partes y la que hace eficaz, en definitiva, el cumplimiento ulterior de sus decisiones (Gimeno, J. 1981, p.32).

Si bien parece que el objeto de la potestad jurisdiccional se resumiría en “juzgar y ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado”, como lo dispone el primer aparte del artículo 253 Constitucional, resulta que un estudio más detenido de dicha potestad revela que ésta cuenta con un haz de facultades que se proyectan desde el juez hacia las partes y los terceros.

En efecto, generalmente se reconocen cinco (5) elementos integrantes de la potestad jurisdiccional que, al propio tiempo, son representativos de otras tantas potestades del juez para el cumplimiento de su misión de “administrar justicia”; y se las menciona siguiendo el orden temporal en que, esquemáticamente, estas las utiliza: *notio*, *vocatio*, *coertio*, *iudicium* y *executio*.

Veamos:

*Notio*: Es la aptitud judicial de conocer en el asunto de que se trate, de conocer en la causa; aptitud esta que es imprescindible, indiscutible, porque el juez, como todo el mundo, debe actuar con conocimiento de causa (Oderigo, M. 1989, p.215; Alsina, H. 1957, p.426).

De esta necesidad derivan las posibilidades instructorias del juez, que las leyes reconocen y regulan, sea para actuar directamente en la adquisición de las probanzas<sup>7</sup>, o para atender los requerimientos probatorios de las demás personas interesadas en el proceso<sup>8</sup> (las partes y los terceros), porque la

---

<sup>7</sup> De acuerdo con el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. Así las cosas, a los fines de lograr imponerse de esa verdad, el artículo 487 *eiusdem* faculta al juez para hacer a los testigos las preguntas que crea convenientes para ilustrar su propio juicio: En este mismo orden de ideas, el artículo 401 *ibidem* faculta a los jueces para que, concluido el lapso probatorio, de oficio ordenen la práctica de las siguientes diligencias: 1) Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u obscuro; 2) Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario; 3) La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes; 4) Que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro; 5) Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

<sup>8</sup> Así tenemos que el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil dispone que dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo 397 *eiusdem*, el Juez debe providenciar los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. Del mismo modo, el artículo 399 *ibidem*, manda que si el Juez no providenciar los escritos de prueba en el término que se le señala en el artículo anterior, incurrirá en una multa disciplinaria de quinientos a mil quinientos bolívares, que le impondrá el Superior de acuerdo con el artículo 27; y si no hubiere oposición de las partes a la admisión de las pruebas promovidas por la contraria, éstas tendrán derecho a que se proceda a la evacuación de las pruebas, aun sin providencia de admisión.

actividad probatoria de éstas últimas no se encuentra destinada a que ellas mismas se informen sino a que conozca el juez, o lo que es igual decir, están dirigidas a perfeccionar el conocimiento del juez: en este sentido, cuando el juez autoriza a que se agregue un instrumento a los autos, o cuando fija la oportunidad para que rinda declaración un testigo, está enriqueciendo su propia noción del asunto que le corresponderá solucionar.

De esta facultad, nos dice Oderigo, M. (1989, p.217), también se deriva la posibilidad judicial de adquirir conocimiento transitivo (o *incidentalís cognitio*) respecto de determinadas relaciones jurídicas que él no debe definir mediante un pronunciamiento jurisdiccional susceptible de generar cosa juzgada, porque no están sometidas directamente a su decisión; pero las que necesita conocer para definir la relación que le está sometida a su consideración. De esta última juzga plenamente (*noicit et iudicat*); mientras que de aquellas solamente conoce *noicit non iudicat*<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Ante este tipo de problemas puede encontrarse el Juez cuando se ha demandado la nulidad de un matrimonio, argumentándose que éste se celebró, por ejemplo, no obstante el demandado haber contraído matrimonio previamente, y éste último se defiende argumentando que no existía tal impedimento porque el primer matrimonio era nulo o que se había divorciado. El juez solo podrá juzgar sobre la nulidad del segundo matrimonio; pero, para poder decidir deberá tener conocimiento transitivo, de la nulidad del primero o del divorcio que se habría producido, porque el ligamen, que únicamente existe cuando el matrimonio antecedente es válido o existente (según sea el caso), representa un presupuesto de la nulidad del segundo matrimonio.

*Vocatio*: Es la aptitud de convocar a las partes, de llamarlas, de ligarlas a la empresa procesal, sometiéndolas jurídicamente a sus consecuencias (Oderigo, M. 1989, p.218; Alsina, H. 1957, p.427).

De ordinario, esta aptitud es necesaria con relación a la denominada parte pasiva del proceso, o sea, al demandado, pues el actor comparece voluntariamente.

El demandado, emplazado para que conteste la demanda<sup>10</sup>, colaborará con el juez contestándola, indicándole cual es su posición frente al actor, recuérdese que en la contestación de la demanda el demandado debe expresar con claridad si la contradice en todo o en parte, o si conviene en ella absolutamente o con alguna limitación y las razones, defensas y excepciones perentorias que creyere conveniente alegar (véase el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil). Esta colaboración se debe, fundamentalmente, a que el demandado se encuentra persuadido de que esa invitación judicial no es intrascendente, toda vez que su

---

<sup>10</sup> El artículo 342 del Código de Procedimiento Civil dispone que admitida que sea la demanda, el Tribunal ordenará compulsar por Secretaría tantas copias cuantas partes demandadas aparezcan en ella, con certificación de su exactitud; **y en seguida se extenderá orden de comparecencia para la contestación de la demanda**, orden que autorizará el Juez expresándose en ella el día señalado para la contestación. El artículo 359 eiusdem manda que la contestación de la demanda podrá presentarse dentro de los veinte días siguientes a la citación del demandado o del último de ellos si fueren varios, a cualquier hora de las indicadas en la tablilla a que se refiere el artículo 192, sin necesidad de la presencia del demandante....(sic)".

incomparecencia generará perjuicios en su contra, en pocas palabras, se le tendrá por confeso<sup>11</sup>.

Excepcionalmente, la necesidad de la *vocatio* también se hace sentir en relación al actor. En efecto, cuando el demandado manifiesta su interés en provocar la confesión del demandante promoviendo, a tales fines, las posiciones juradas, caso en el cual, el demandante, aunque no tenga ningún interés en facilitar la prueba de su contrario, habrá de ocurrir al tribunal<sup>12</sup>, sabiendo que si no lo hace será tenido por confeso<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> El artículo 362 del Código de Procedimiento Civil prescribe que "si el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en este Código se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca. En este caso, vencido el lapso de promoción de pruebas sin que el demandado hubiese promovido alguna, el Tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de aquel lapso, ateniéndose a la confesión del demandado. En todo caso, a los fines de la apelación se dejará transcurrir íntegramente el mencionado lapso de ocho días si la sentencia fuere pronunciada antes de su vencimiento".

<sup>12</sup> El artículo 403 del Código de Procedimiento Civil dispone que quien sea parte en el juicio estará obligado a contestar bajo juramento las posiciones que le haga la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal.

<sup>13</sup> El artículo 412 del Texto Adjetivo Civil estatuye que se tendrá por confesa en las posiciones que la parte contraria haga legalmente en presencia del Tribunal: a la que se negare a contestarlas, a menos que el absolvente, por su propia determinación, se niegue a contestar la posición por considerarla impertinente, y así resulte declarado por el Tribunal en la sentencia definitiva; **a la que citada para absolverlas no comparezca sin motivo legítimo**, o a la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos a que se refiere el perjurio. Si la parte llamada a absolver las posiciones no concurre al acto, se dejarán transcurrir sesenta minutos a partir de la hora fijada para la comparecencia, ya se refiera ésta al primer acto de posiciones o a la continuación del mismo después de alguna suspensión de aquel o de haberse acordado proseguirlo ante un Juez comisionado al efecto. Pasado este tiempo sin que hubiese comparecido el absolvente, se le tendrá por confeso en todas las posiciones que le estampe la contraparte, sin excederse de las veinte indicadas en el artículo 411.

*Coertio*: Es la aptitud de disponer de la fuerza para obtener el cumplimiento de las diligencias decretadas durante la tramitación del proceso (Oderigo, M. 1989, p.220; Alsina, H. 1957, p.427).

Bien limitadas serían las posibilidades instructorias del juez si en la adquisición de las probanzas tuviera que detenerse cada vez que encontrara resistencia de una voluntad contraria, si tuviera que prescindir del examen de los instrumentos relacionados con la causa porque su detentador se negara a entregarlos, o que se conformase sin escuchar la declaración de un testigo (la cual necesita para esclarecer los hechos) porque este no se tomó las molestias de concurrir a la cita. Y también serían verdaderamente limitadas sus posibilidades de contribuir a la realización del derecho material, si no pudiese asegurar coercitivamente a las cosas sobre las que eventualmente deba ejecutarse la sentencia, si no se pudiese disponer de la fuerza para, por ejemplo, trabar embargo preventivo sobre los bienes del deudor o el secuestro sobre la cosa litigiosa.

Si bien es cierto que esta aptitud coercitiva aparece pocas veces expresada en los códigos procesales con relación a actos procesales determinados<sup>14</sup>,

---

<sup>14</sup> El artículo 494 del Código de Procedimiento Civil dispone que las personas cuyo testimonio se necesitare en juicio, deberán comparecer precisamente, sin necesidad de previa licencia de sus respectivos superiores, pero dando aviso anticipado a éstos, a rendir declaración ante el Tribunal y no podrán excusarse por razón de privilegio ni por ninguna

no es menos cierto que esta es inseparable de la función jurisdiccional, que no puede, como se entenderá, quedar subordinada a voluntades extrañas, públicas o privadas, y de ella se ocupa especialmente la Ley Orgánica del Poder Judicial al disponer en el único aparte del artículo 11 que:

“La autoridad requerida por un Tribunal que obre en ejercicio de sus atribuciones, debe prestar su concurso sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pida, ni la legalidad o la justicia de la sentencia o decreto que se trate de ejecutar”.

*luditiu*m: Es la aptitud de dictar la sentencia definitiva que decida el conflicto; la aptitud judicial mas importante, porque se refiere al acto de juicio hacia el cual se encamina toda la actividad procesal, del juez y de las partes, y de sus respectivos auxiliares (Oderigo, M. 1989, p.222; Alsina, H. 1957, p.427).

El juez, obligado como se encuentra a sentenciar debe, según enseña Alsina, H. (1957, p.427), en caso de que la ley sea clara, aplicarla; si es obscura, interpretarla; y si falta, integrarla.

*Executio*: Igualmente que la *coertio*, la *executio* consiste en la aptitud judicial de recurrir a la fuerza, pero se diferencia de aquella en que se refiere a la fuerza necesaria para el cumplimiento de la sentencia definitiva, y no a las

---

otra causa. **Los contumaces pagarán una multa que no exceda de mil bolívares o arresto proporcional.** Por su parte, el artículo 241 del Código Orgánico Procesal Penal estatuye lo siguiente: “Si el testigo no se presenta a la primera citación, **se le hará comparecer por medio de la fuerza pública (...)**”.

diligencias decretadas durante el proceso (Oderigo, M. 1989, p.226; Alsina, H. 1957, p.428).

Así tenemos que de acuerdo con el artículo 11 de la ley Orgánica del Poder Judicial:

“Los Tribunales para la ejecución de sus sentencias y de todos los actos que decreten o acuerden, pueden requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa, y, en general, valerse de todos los medios legales coercitivos de que dispongan. Se exceptúa en caso de conflicto de poderes, el cual deberá ser sometido a la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

La autoridad requerida por un tribunal que obre en ejercicio de sus atribuciones, debe prestar su concurso sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pida, ni la legalidad o la justicia de la sentencia o decreto que se trate de ejecutar”.

### **La jurisdicción como órgano**

Una lectura concatenada del primer aparte del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nos indica que el ejercicio de la potestad jurisdiccional (de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), corresponde exclusivamente a los tribunales, en la forma dispuesta en la propia Constitución y en las leyes.

Sin embargo, las disposiciones antes mencionadas nada nos dicen acerca de las peculiaridades de estos órganos titulares de la potestad jurisdiccional.

A procurar delinear (aún y cuando sea someramente) las tales peculiaridades, se encuentran destinadas las siguientes líneas.

El encabezamiento del artículo 253 del texto fundamental dispone que “la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley”. De modo tal pues que, en principio, habrá que advertir que no son los jueces, como personas individuales, los llamados a administrar justicia, sino que la potestad correspondiente se les atribuye en cuanto encarnan (y sólo ellos pueden encarnarlos) los órganos jurisdiccionales determinados por las leyes (Ortells, M. 1999, p.19).

Concatenando los artículos 254, 255 y 256 del Texto Constitucional se obtiene que los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, son independientes, imparciales, inamovibles y responsables<sup>15</sup>.

Como se ve, son varias las condiciones que han de concurrir en quienes, integrados en un órgano jurisdiccional, pueden tener atribuida y ejercer la potestad jurisdiccional. Toda vez que su tratamiento detallado excede los

---

<sup>15</sup> Estos requisitos que han de concurrir en quienes tienen encomendado el deber de administrar justicia se encuentran recogidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En efecto, establece la norma en cuestión que “en el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos, independientes, imparciales, responsables inamovibles e intransferibles”.

límites que nos hemos propuesto en esta investigación, veremos de modo general y por lo demás enunciativo, en que consiste cada una de estas condiciones, sin dejar de hacer algún énfasis en la noción de independencia del juez, a la cual estimamos fundamental.

Junto con la imparcialidad que cada juzgador ha de tener respecto del objeto litigioso y de las partes procesales, en el moderno Estado constitucional se ha implantado la garantía de la independencia del juez respecto de los otros poderes del Estado, en particular del Ejecutivo, ello con la finalidad de asegurar su plena sumisión al ordenamiento jurídico. En efecto, enseña Montero, J. (1999, p.99) que las declaraciones de independencia que se contienen en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial significan:

“aunque pueda parecer una paradoja, que los jueces y magistrados, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el cumplimiento de su función, quedan sometidos única y exclusivamente a la ley. Es necesario que los jueces y magistrados sean independientes para que la garantía de los derechos de los ciudadanos, en que se resuelve la actuación del Derecho objetivo, se haga sólo con sujeción a la ley, desvinculándose de cualquier otra sumisión o influencia”.

La independencia es, por encima de cualquier otra, la nota definitoria de los jueces y magistrados frente a los demás cuerpos de funcionarios y servidores públicos, que se encuadran en una organización administrativa regida

precisamente por el principio de la dependencia jerárquica (Moreno, V., Cortés, V. y Gimeno, V. 2000, p.82).

La garantía de la independencia permite al juzgador actuar con absoluta libertad de criterio en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sustrayéndose a toda posible intromisión en su quehacer. Por tales motivos, la garantía de la independencia de los jueces ha de ser cuidadosamente respetada por todos y habrá de ser garantizada frente a todos: las partes, los superiores en la jerarquía judicial, frente a los demás poderes del Estado y a las presiones sociales, y muy particularmente frente a las presiones que pudieran provenir de los medios de comunicación social.

En este orden de ideas, cuando los jueces se consideren inquietados o perturbados en su independencia deben informar al Tribunal Supremo de Justicia sobre tales hechos, a los fines de que éste dicte las medidas necesarias para hacer cesar las interferencias externas que pudieran estar afectando la independencia de aquellos (véase al respecto el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Una de las manifestaciones mas trascendentales en la garantía de la independencia judicial es la que se ha de observar frente a las influencias internas de la organización judicial.

Existe, sin ninguna duda, un complejo entramado de órganos jurisdiccionales que se estructuran sobre la base de un criterio jerárquico, de tal forma que los superiores están llamados a revisar, confirmando o revocando, las decisiones y las actuaciones de los inferiores; sin embargo, lo cierto es, como se explicará con mas detalles *infra*, que cada Tribunal detenta la potestad jurisdiccional en toda su plenitud, y en el ejercicio de esa potestad cada juez es soberano e independiente en sus decisiones respecto de todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial (véase el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Precisamente por esta razón ex artículo 4 eiusdem, se impide a los jueces de alzada corregir la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

Pero, donde se manifiesta con mayor nitidez la independencia de los jueces es en la prohibición impuesta a todos los jueces y a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia de dictar instrucciones de carácter vinculante, generales o particulares, sobre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional. Estas intromisiones son verdaderamente graves, al punto que son sancionadas con la destitución del

funcionario, según lo dispone el artículo 40, numeral 7, de la Ley de Carrera Judicial.

La inamovilidad y la responsabilidad de los jueces, no son más que garantías de la independencia judicial.

La *inamovilidad*, de acuerdo con los artículos 255 de la Constitución Patria y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, implica que los jueces no podrán ser removidos, suspendidos o trasladados, sino en los casos y mediante los procedimientos establecidos en las leyes.

La *responsabilidad de los jueces y magistrados*. Sin perjuicio de la responsabilidad del Poder Judicial, que se traduce en la Responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, previsto en el ordinal 8º del artículo 49 Constitucional, cada juez ha de responder personalmente por su quehacer como detentador de un poder público.

Esta responsabilidad (regulada en los artículos 255, último aparte, de la Constitución Patria y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) se justifica y tiene como presupuesto la sumisión del juez a la ley y su independencia y viene a ser la expresión jurídica de la coordinación existente entre estos dos

requisitos fundamentales: la independencia del juez no es reconocimiento de un poder arbitrario, sino el postulado para que pueda mejor ejercer su potestad de proceder y juzgar con sumisión exclusiva a la ley; las desviaciones de esa sumisión hacen nacer en él la responsabilidad, precisamente porque su posición de independencia impide que pueda derivarla hacia otras personas (Ortells, M. 1999, 20).

Otras garantías de la independencia de los jueces son las siguientes:

Las *prohibiciones y/o incompatibilidades* que, por una parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 256 del Texto Fundamental, impiden a los jueces, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con sus funciones, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas.

El principio del *juez natural* que, de acuerdo con el artículo 49, ordinal 4º, del Texto Constitucional, confiere al justiciable el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales, así las cosas, se garantiza la inexistencia de jueces *ad hoc* que pudieran, eventualmente, ver comprometida su independencia, con

ocasión a la designación que sobre ellos ha recaído para conocer y decidir el caso concreto (Picó, J. 1997, 100).

La configuración constitucional de un régimen de autogobierno de la magistratura (artículo 267 Constitucional).

Estas consideraciones acerca de la independencia de los órganos jurisdiccionales resultan necesarias, pues en la doctrina se ha discutido respecto de si es de la esencia de la actividad jurisdiccional el que sea realizada por un órgano independiente (opinan que la independencia del juez si es esencial a la actividad jurisdiccional: Carnelutti, F. 1993, p.258; Chiovenda, G. 1922, p.342; Montero, J. 1999, p.99; Lascano, D. 1941, 29; en contra: Alcalá-Zamora, N. 1992, p.38; Palacio, L. 1994, p.344).

Al respecto, merece la pena destacar que no se puede hablar del control de la constitucionalidad y la legalidad de las distintas funciones del Estado, sin que exista independencia del órgano encargado de efectuar el control respecto del controlado, motivo por el cual debe concluirse en que el órgano jurisdiccional debe, inexorablemente, ser independiente si se pretende que la actividad jurisdiccional sea realmente efectiva. Precisamente por ello, en la Exposición de Motivos del Texto Fundamental se dispone que el ejercicio de la función jurisdiccional:

“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”.

### **La unidad de la jurisdicción**

Si, como se ha dicho, la jurisdicción es, por una parte, la soberanía del Estado aplicada a la función de administrar justicia y, por otro lado, la potestad del Estado para someter o doblegar los intereses de los particulares al interés colectivo en la satisfacción de los intereses de los justiciables a través del proceso y mediante la aplicación de las normas del derecho objetivo, resulta evidente que cualquiera que sea la materia a la cual se aplique, las personas que sean parte en esos procesos y la clase de conflicto que requiera su intervención, se tratará siempre de la misma función jurisdiccional y del mismo derecho, muy a pesar de que esta función sea ejercida por múltiples órganos jurisdiccionales (tribunales). En síntesis, conceptualmente la jurisdicción es una, y esta unidad emana de su propia naturaleza (Calamandrei, P. 1973, p.173; Carlos, E., 1959, p.37; Devis, H. 1996, p.83; Gimeno, J. 1981, p.85).

## Concepto de Jurisdicción

Una vez efectuado el estudio de las diversas definiciones que la doctrina nos presenta acerca de la jurisdicción entendemos que el concepto de esta debe encontrarse fundado en la realidad de nuestro país y de nuestro tiempo, esto es, en la Constitución y en la ley Orgánica del Poder Judicial. Así, para poder definirla debe partirse, en principio, de la idea de que se trata de una de las potestades del Estado que, por lo demás, ha de ser ejercida por órganos especializados previamente determinados, sin embargo, conscientes de que en el proceso (único mecanismo por el cual se ejercita la jurisdicción) se conjugan la dinámica de la acción de las partes y de la jurisdicción del juez, o sea, que el proceso es, sin más, el ejercicio y desarrollo de la acción y de la jurisdicción, no puede concluirse en otra cosa que no sea que: la jurisdicción para poder ser definida debe estar referida, necesariamente, a todos estos factores.

Precisado lo anterior, pensamos que la definición de la jurisdicción que ha propuesto Longo, P. (2002, p.99) resulta la mas acertada y técnica que hayamos tenido la oportunidad de estudiar. En efecto, afirma el maestro venezolano que la jurisdicción:

“es la expresión del poder soberano asumido por el Estado, como consecuencia de la supresión de la violencia privada, indispensable, junto con el poder correlativo de la acción, para la

válida constitución del proceso, único mecanismo a través del cual se la ejerce, mediante delegación en órganos especializados en la tutela judicial de los intereses jurídicos”.

Parte el autor en comentarios del origen mismo de la jurisdicción, a la cual entiende en su más llano sentido, como un poder<sup>16</sup> del Estado que resulta de la supresión de la autodefensa, la cual, a su vez, es la que da lugar al efecto de sujeción colectiva frente a lo que resulte del ejercicio de dicho poder.

Esta situación de superioridad o de supremacía respecto de los demás, no nos cabe la menor duda, puede ser apreciada a diario en una serie de actuaciones que producen los órganos jurisdiccionales, en virtud de las cuales se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas que, de hecho, producen efectos jurídicos en la esfera personal y patrimonial de los justiciables, sin que estos hayan manifestado su voluntad y, aún en contra de la voluntad de éstos. Por ello alude en la definición a que la jurisdicción **es la**

---

<sup>16</sup> La única observación que pudiéramos hacer a la definición que nos presenta el maestro, es que en ella se ha partido de la noción de “poder” para significar la expresión de la soberanía del Estado. Como ya hemos tenido la oportunidad de comentar, la noción de “poder” es bastante general y resulta inconveniente para precisar la naturaleza jurídica de la función que se define, toda vez que, como enseña Carnelutti, F. (1955, p.195) “poder” (en sentido estricto), “potestad” y “derecho subjetivo”, entre otros, constituyen especies determinadas del género “poder jurídico”. Como hemos tenido oportunidad de señalar, la noción de “potestad” supone una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando insita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo, en caso de ser necesario, al uso de la fuerza. Actuando conforme a la potestad conferida y dentro de su ámbito, el titular de ella no tiene superior ni iguales, todos están sometidos a él (Montero, J. et. al. 1991, p.48), por ello, estimamos más conveniente que, al partir del origen mismo de la jurisdicción, que es la soberanía, aquella debe ser definida como una potestad.

**expresión del poder soberano asumido por el Estado, como consecuencia de la supresión de la violencia privada.**

Persuadido de la imposibilidad de definir la jurisdicción fuera del sistema al que su ejercicio se encuentra indisolublemente vinculado, señala el autor en comentarios que la jurisdicción, una vez inducida su actuación, queda implicada en una inexorable relación de pertenencia con las manifestaciones procesales de los sujetos titulares del poder de la acción, de modo que su actuación siempre estará dirigida, cuando menos, a uno de ellos, del mismo modo que cualquier actuación de los titulares del poder de la acción, siempre estará dirigida al órgano jurisdiccional, en una suerte de interdependencia sistemática que se reúne en un solo concepto: el proceso. No en vano se había dicho que el proceso es tanto el desarrollo de la acción, cuanto de la jurisdicción, y a su vez, deviene en su esencia gracias a la dinámica conjunta de ambas (Ramos, F. 1978, p.115).

Por ello alude en su definición a que la jurisdicción **es indispensable, junto con el poder correlativo de la acción, para la válida constitución del proceso.**

La anterior explicación resulta de capital importancia pues contribuye a romper con el enquistado estigma de considerar a la sentencia como la

expresión formal del acto jurisdiccional, prescindiéndose de toda consideración que pudiera sugerir que esta no es mas que “el acto conclusivo del proceso de cognición”, en cuyo proceso, por lo demás, se han sucedido ordenadamente una serie de actos (de las partes y del juez) tendientes a llegar a su natural desenlace, cuyos actos se encontraban atados por el inquebrantable principio de la preclusión. De acuerdo con el cual no ha podido nunca alterarse el orden procesal de aquella sucesión de momentos y oportunidades.

De otro lado, se hace patente la determinante influencia que ejerce en el proceso la actividad de las partes, las cuales pueden darse una sentencia a ellas mismas, a través de los diferentes modos de autocomposición procesal, correspondiéndole al juez ahora administrar justicia de un modo diverso a la decisión del conflicto (homologando lo acordado por aquellas); pueden, así mismo, las partes separar al juez del conocimiento de la causa para que la misma sea resuelta por árbitros.

Así las cosas, deja claro el autor en comentarios que no es posible concebir la actividad jurisdiccional (y lo mismo vale para la acción) fuera de ese sistema que la envuelve en forma interdependiente con los demás elementos de ese todo sistemático, lo que conduce a entender la razón por la cual se ha propuesto en la definición que **el proceso es el único mecanismo a través**

**del cual se ejerce la jurisdicción** (en el mismo sentido: Montero, J., Flors, J. y López, G. 2000, p.152; Duque, R. 2000, p.91; Podetti, R. 1963, p.338; Ramos, F. 1978, p.115).

Para no cometer equívocos y no someter la noción en estudio a inconsistencias, el autor en comentarios prefirió no incluir en la definición nociones tales como: la cosa juzgada y la potestad de ejecución de los actos declarativos emanados del órgano jurisdiccional, que algún sector de la doctrina estima, sin embargo, esenciales en la jurisdicción.

Ello nos ha parecido extraordinariamente acertado pues, habiéndose postulado la esencia jurisdiccional de todos los actos emanados del juez durante el proceso, antes y después de la sentencia, lo que deviene, necesariamente en que no todos ellos serán susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada ni, mucho menos, de ser ejecutados, lo que debía destacarse en la definición, como efectivamente se hizo, era la especialidad de la jurisdicción como parte del sistema al cual pertenece: la tutela de los intereses jurídicos que los sujetos titulares del poder de la acción no pueden tutelarse a ellos mismos. Por esta circunstancia, destaca en la definición que el ejercicio de la jurisdicción **debe ser cumplido mediante delegación en órganos especializados en la tutela de los intereses jurídicos.**

Consideración aparte es aquella destinada a destacar que en la definición se hace mención, sin más, a que la misión de la jurisdicción consiste en dar satisfacción a los intereses jurídicos de los justiciables, lo que nos parece igualmente acertado pues, con ello se ha impedido limitar a la jurisdicción a la noción de actividad destinada a la solución de conflictos intersubjetivos de intereses, toda vez que, si bien la jurisdicción comprende la solución de conflictos, esta no se agota en ella.

## **CAPÍTULO II**

### **EL CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN**

#### **Transición**

En el CAPÍTULO I tuvimos la oportunidad de tratar la etimología del vocablo “jurisdicción” y apreciamos como la generalidad que este presenta ha conducido a que se le utilice en cuatro acepciones distintas: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.

Del mismo modo, hicimos un recorrido por la evolución histórica de esta función jurídica del Estado y pudimos constatar que la misma nace junto con el Estado Moderno, gracias a la supresión de la violencia privada, pues la función de administrar justicia y, en consecuencia, resolver los conflictos intersubjetivos de intereses surgidos entre los justiciables fue reclamada para ser ejercida de manera exclusiva por el Estado.

Hemos tenido la oportunidad de pasar revista a las diversas teorías (objetivas y subjetivas) que se han propuesto para explicar la naturaleza jurídica de la función jurisdiccional, advirtiendo que en la actualidad tienen prevalencia las teorías objetivas.

Finalmente, hemos fijado posición respecto de la imposibilidad de definir la jurisdicción atendiendo al sólo aspecto funcional, vale decir, sin atender al órgano que la ejerce y, mucho menos, sin estar referida a las nociones de acción y proceso. Por ello, concluimos en que a la jurisdicción debe definírsele como la:

“la expresión del poder soberano asumido por el Estado, como consecuencia de la supresión de la violencia privada, indispensable, junto con el poder correlativo de la acción, para la válida constitución del proceso, único mecanismo a través del cual se la ejerce, mediante delegación en órganos especializados en la tutela judicial de los intereses jurídicos”.

En el presente Capítulo nos corresponde abordar el tema de los fines de la jurisdicción y procuraremos, en la medida de nuestras limitaciones, precisar el contenido de la misma.

## Los fines de la jurisdicción

Otro punto que ha sido objeto de arduas discusiones es, precisamente, el referido a los denominados “fines” de la jurisdicción.

Como se sabe, “el derecho no es mas que un medio por el cual se realizan objetivos ajenos a su propia esencia. Y siendo un medio, lógico es que esté subordinado a esos fines y encuentre en ellos su justificación” (Mouchet, C. y Zorraquín, R. 1970, p.47). Así las cosas, según Olaso, L (1994, p.382), los fines del derecho pueden ser jerarquizados, de este modo tenemos que son *fines inmediatos* del derecho la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, pues mediante ellos se obtiene como algo necesario e inseparable de los mismos, el orden en la sociedad, pero no cualquier clase de orden, sino un orden social justo y humano, que vendría a ser el *fin remoto* del derecho.

En este orden de ideas, en virtud de que la jurisdicción propende, según sostienen las tesis predominantes, a hacer actuar el derecho objetivo, y visto que, asimismo, este derecho objetivo tiene, sin mas, atribuidos como fines la justicia, el bien común, la seguridad jurídica y, en definitiva, el orden social, no nos cabe la menor duda de que a la jurisdicción le corresponden, también, estos fines.

Refiriéndose, en realidad, al derecho procesal, pero con palabras que pueden ser adecuadas perfectamente al tema de la jurisdicción, Díaz, C. (1968, p.147), ha dicho que:

“el problema de los fines del derecho procesal gira alrededor de un tridimensional orden de intereses que recíprocamente se complementan y se suplementan en el fenómeno procesal. Estos intereses pueden ser individuales, supraindividuales y transpersonales, según que en ellos prime el interés meramente hedonístico del individuo, a quien poco preocupan otros valores que no sea los valores de la personalidad, como afirmación de su derecho de libertad, o del interés jurídico político del Estado que afirma la preeminencia del valor orden jurídico, aún a costa y a expensas de los valores de la personalidad, o el interés transpersonal de la comunidad, que afirma el primado del valor justicia, aún a expensas de los intereses jurídico políticos del Estado”.

Así las cosas, podemos afirmar que a la jurisdicción pueden serle atribuidos tres (3) fines diversos: individuales o privados, públicos y sociales.

### **Los fines individuales o privados de la jurisdicción**

Dado que se ha puesto énfasis en la finalidad de solventar conflictos, se debe partir de la finalidad privada o individual de tutela de derechos subjetivos, la cual, por lo demás, fue la que le dio origen.

En efecto, desprovisto el individuo, por virtud de un largo fenómeno histórico, de la facultad de hacerse justicia por su mano, halla en el proceso el

instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de autoridad (Couture, E. 1981, p.146).

No cabe duda de que el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. En este orden de ideas, si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido (Couture, E. 1981, p.146). El proceso, cumple así una función de amparo, tutela o garantía de los derechos sustentados en normas materiales impuestas por el legislador, cuando han sido desconocidas por otros sujetos.

Se comprende, entonces, que al justiciable sólo le interesa la actividad jurisdiccional para obtener de ella una sentencia favorable a su interés particular. Así, pues, no se puede ignorar esta finalidad en tanto que en materia civil predomina el principio dispositivo, por el cual los procesos sólo pueden promoverse por el impulso de los particulares interesados. En efecto, dispone el artículo 11 del Código de procedimiento Civil:

“En 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”.

De este modo, resulta obvio afirmar que en nuestro sistema, sin intereses particulares o individuales que buscan su satisfacción, no existirían procesos jurisdiccionales.

### **Los fines públicos o políticos de la jurisdicción**

Pero es que además de la finalidad "individual o privada" antes atribuida a la jurisdicción, esta también tiene un fin "público" en la realización del derecho pues:

"la formulación de la norma jurídica por el Estado no le exonera de responsabilidad ni le desinteresa de la aplicación que se haga de ese derecho; su labor legislativa se continúa o se integra o se complementa en el ámbito del derecho procesal mediante la sentencia, que concreta la ley in genere e individualizando la norma jurídica, la convierte en *lex specialis*, como instrumento de la realización del derecho objetivo" (Díaz, C. 1968, p.157).

Siguiendo a Vescovi, E. (1984, p.107) parece lo mas aceptable entender que la función del proceso es jurídica, aunque se origina en un problema social. Lo que no puede ser de otro modo, puesto que el derecho tiene por fin regular la convivencia humana o social. De este modo, siendo que la actividad procesal (y por ende la actividad jurisdiccional) se dirige a imponer el derecho objetivo, entonces, el derecho procesal ha de ser entendido como un derecho secundario que busca ese fin último. De este modo, la finalidad última de la jurisdicción sería la realización del derecho objetivo (con lo cual

satisface los intereses jurídicamente tutelados o tutelables de los particulares) y, en definitiva, asegurar la paz social y la justicia.

Precisado lo anterior, resulta fácil comprender que el Estado se encuentre interesado en que la sentencia que se dicte en los procesos jurisdiccionales se encuentre ajustada a la ley, o como lo expresan los clásicos españoles, fundada en derecho congruente (Picó, J. 1997, p.60), como medio para mantener el imperio del derecho objetivo (Di Iorio, 1997, p.56). Por ello, al Estado también le interesa la interpretación uniforme de la ley, y para velar por que ello se cumpla ha creado institutos específicos: por ejemplo, el recurso de casación, el recurso de apelación, el recurso extraordinario de revisión de las sentencias en materia de amparo constitucional, entre otros.

### **Los fines sociales de la jurisdicción**

Al Estado no sólo le interesa que los conflictos propuestos por los particulares en defensa de sus derechos subjetivos, se diriman conforme al principio de la legalidad, sino que además le interesa que sean resueltos del mejor modo posible, es decir, del modo mas justo y eficaz. Recuérdese en esta oportunidad que de acuerdo con el artículo 2 del Texto Constitucional:

“Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la

responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

Consideramos necesario hacer algunas consideraciones respecto de la especial significación e importancia que, a nuestro juicio, tiene la noción de “*estado social*” que a texto expreso ahora se enuncia en el Texto Fundamental, para lograr alcanzar el objetivo que nos hemos propuesto en esta investigación.

El Estado social, en principio, encuentra concreción en la búsqueda de la igualdad social y jurídica, sin discriminaciones derivadas de la raza, el sexo, el credo o la condición social. Sin embargo, el estado social ha sido designado, en otras latitudes, como “Estado benefactor” o “Estado Social Demócrata”, para significar un Estado que se encuentra interesado en el bienestar colectivo, esto es, un Estado que no se conforma con el simple reconocimiento de los derechos, sino que procura, además, la adopción de las decisiones y medidas que incidan, en forma directa, en la vida social de los ciudadanos de modo que se les asegure el goce pleno de aquellos derechos (Rondón, H. 200, p.45).

En efecto, en el constitucionalismo moderno, se ha vuelto un lugar común observar que la acción afirmativa por parte del Estado es necesaria para

asegurar el disfrute de los derechos sociales básicos por todos los ciudadanos, en éste sentido, si bien es cierto que esta es una obligación común a todos los órganos del Poder Público, no es menos cierto que la misma hace recaer sobre los hombros de los “jueces”, como integrantes del Poder Judicial, la responsabilidad de constituirse en la mas grande garantía para asegurar a los particulares aquel ejercicio plenario de sus derechos, para lo cual hace falta que se entienda, de una buena vez, que si bien éstos han de aplicar las normas jurídicas dictadas previamente en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, ésta no se agota con la simple subsunción de los hechos en el presupuesto general y abstracto de aquellas, sino que ahora tienen como misión fundamental desarrollar el principio contenido en la norma jurídica misma y adecuar la solución que se brinda al caso concreto con la realidad que se vive en ese lugar y tiempo determinado.

Por lo tanto, no es de sorprender que el “*derecho al acceso efectivo a la justicia*” haya recibido una atención particular en la Constitución de 1999, puesto que las reformas recientes que se han hecho en torno a la noción del “Estado benefactor” (como también suele denominarse al Estado social) han intentado cada vez mas armar a los individuos con nuevos derechos sustantivos, en su capacidad de consumidores, inquilinos, empleados e incluso como ciudadanos. En realidad, en nuestros días, el “*derecho a un acceso efectivo a la justicia*” se reconoce cada vez mas como un derecho de

importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva. El acceso a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito mas básico (el derecho humano mas fundamental) en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos (Cappelletti, M. y Garth, B. 2000, p.31).

Sin embargo, no debe olvidarse que las normas constitucionales establecen como valor fundamental de la organización política y social de un país, siendo nuestro caso la naturaleza democrática, social, de derecho y de justicia del Estado, a la cual deberán responder tanto la legislación como la actuación concreta de sus órganos (Brewer, A. 1996, p.508): bajo este nuevo esquema, como ya hemos apuntado, no basta entonces con que sean consagrados los derechos de las personas en un cuerpo normativo cualquiera, el Estado está obligado a procurar que estos derechos se materialicen.

Así las cosas, ese Estado social de derecho y de justicia, en el cual se ha convertido Venezuela, busca, a través de la actividad que desarrollan los

órganos del Poder Público, la reforma y progreso social<sup>1</sup>, y estos cometidos sólo se logran cuando aquellos órganos ejercen sus funciones con la conciencia de que, mas allá de obtener la simple correspondencia del resultado de su actividad con el postulado frío de la norma que los habilita para su actuación, deben procurar soluciones a los conflictos que sean mas apegadas a la justicia, entendida ésta, en principio, como virtud que nos hace dar a cada cual lo que le corresponde, no sólo por sus merecimientos como individuo, sino como parte de una sociedad obligada a garantizar a sus componentes un minimun de bienestar (Mejía, L. 1992).

Por otra parte, específicamente en cuanto concierne a la segunda disposición contenida en el artículo 2 del Texto Fundamental, hemos visto que se “*propugna*” como *valores superiores del ordenamiento jurídico* “... la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político...”.

Si observamos que estos valores superiores del ordenamiento jurídico han sido proclamados a renglón seguido de esta nueva configuración del Estado

---

<sup>1</sup> Afirmación ésta que resulta lógica, si se toma en consideración que, de acuerdo con el Preámbulo de la Constitución, ésta se ha promulgado para “refundar la República” y evolucionar hacia un sistema donde efectivamente los derechos de los ciudadanos tengan

Venezolano; que el artículo 2 ha sido encuadrado sistemáticamente en el Título Primero del Texto Fundamental, en el cual se exponen los “Principios Fundamentales”; y que, además, el constituyente indica en la redacción que el nuevo Estado venezolano *propugna* como valores superiores del ordenamiento jurídico los antes mencionados, aparece evidente que nos encontramos ante una idea “tendencial”, es decir, de algo que ha de servir como Norte del ordenamiento jurídico considerado íntegramente (Montoro, M. 1991, p.19); en pocas palabras: *propugna* equivale a decir que el Estado, definido como social y democrático de derecho, asume la misión de que el ordenamiento jurídico tienda hacia esos valores, los alcance y los realice (Fernández, F. 1992, p.89).

Por esto se ha dicho que la fórmula “valores superiores” habla de algo que trasciende al cuadro político institucional y al mismo orden formal del derecho: quiere indicar aspiraciones ideales a las que el ordenamiento jurídico debe tender, de modo que tales valores superiores no tienen el carácter definido de fuentes del derecho, aunque sí se pueden considerar como elementos de interpretación, vale decir, como herramientas para la correcta hermenéutica del derecho, de tal suerte que, *sirven como factores orientadores de la actividad de los órganos del Poder Público, para la*

---

plena vigencia y efectividad, y se logre un clima de confianza en las instituciones del Estado: como antítesis de aquel que imperaba bajo la vigencia del Texto Constitucional de 1961.

*correcta y eficaz realización de los cometidos estatales* (Sánchez, L. 1989, p.74).

Al propio tiempo, es de destacar que la enumeración que de tales valores superiores se produce en el mencionado artículo 2 no se ofrece en un orden indiferente, sino que refleja la mayor intensidad con que a favor de cada uno de ellos ha de ser procurada su efectividad puesto que es evidente que la vida, la libertad y, lógicamente la igualdad, definidas de alguna manera como el ideal humanista de occidente, aparecen como base o soporte de todos los derechos y constituyen realidades que tienen validez anterior al ordenamiento jurídico mismo (Montoro, M. 1991, p.19).

En éste sentido, la actividad toda que realizan los órganos del Poder Público del Estado Venezolano ha de ser ejecutada, necesaria e imperativamente, propendiendo siempre a alcanzar y a realizar plena y efectivamente los valores que se indican en la norma bajo análisis, de modo que el mayor o menor grado de actualización que se obtenga de los mismos habrá de indicar el mayor o menor grado de "legitimidad" de la actuación Estatal. Los órganos del Poder Judicial, claro está, no escapan de esta obligación, por el contrario, según se ha dicho ya, sobre estos ha recaído la inmensa la responsabilidad de constituirse en la mas grande garantía para asegurar la verificación efectiva de aquellos valores "controlando" tanto la actividad realizada por los

órganos integrantes de los demás Poderes del Estado como la actividad realizada por los órganos que al mismo Poder Judicial integran.

De no lograrse un mínimo de eficacia en la actividad jurisdiccional, los particulares no creerán en ella y no recurrirán a sus órganos, haciéndose justicia por su propia mano, con la consiguiente afectación de la paz social.

Por ello se puede decir que al Estado no sólo le interesa que los conflictos sean solventados, sino que además sean solventados de la mejor forma posible para mantener la paz social, lo que lleva al tema de la eficacia de la jurisdicción.

Nos dice Di Iorio, A. (1997, p.57) que no se puede afirmar, a priori, que alguna de estas finalidades predomina sobre las otras o si todas tienen una similar importancia. En su determinación están implicados principios ideológicos y políticos, variables según las distintas legislaciones y a lo largo del tiempo en que se las considera. Por ello, resulta función del intérprete hallar en cada época los principios prevaletientes y de ellos evaluar la forma en que la jurisdicción se presenta cumpliendo sus fines.

## Contenido de la jurisdicción

### **La necesidad de entender a la jurisdicción mas allá de los reducidos límites que demarcan las nociones del conflicto, la sentencia y la cosa juzgada**

Despojándonos de los rígidos esquemas acomodaticios que han venido presidiendo la experiencia procesal debemos, sin mas, imbuirnos en el verdadero significado de la función jurisdiccional, pues debe comprenderse que en nuestros días la jurisdicción ha dejado de ser, simplemente, una actividad circunscrita a procurar la composición de conflictos intersubjetivos de intereses diciendo lo que para el caso concreto sea el derecho aplicable toda vez que, como era lógico suponer, con el transcurrir de los años este concepto se ha venido llenando de contenido.

Ya lo advertía Zagrebelsky, G. (1999), que la función judicial no puede ya concebirse en términos de una aplicación silogística de la norma jurídica, ni de la subsunción de los casos concretos en los supuestos generales y abstractos de las normas jurídicas, sino de modo dialéctico, mediante la transformación de distintos elementos que entran en juego en cada situación. Y es que, si bien la jurisdicción existe para afirmar la voluntad concreta de la ley, esta no se agota en ello; la función jurisdiccional hoy día tiene raíces mucho mas profundas que la mera aplicación de un catálogo de normas de

conducta; sólo el hecho de interpretar esa voluntad e integrar la misma en un orden preexistente supone una función mucho mas humana y por ello mas trascendente (Ortiz, R. 1997, p.6).

Además, muy a pesar de que algún sector de la doctrina opine lo contrario (entre quienes se cuenta Carnelutti, F. 1993, p.156), resulta que, por una parte, la actuación jurisdiccional se despliega en un enorme número de manifestaciones distintas al acto conclusivo del proceso de cognición (o la sentencia) y, por otra parte, un calificado sector de la doctrina ha venido postulando que, en lugar de un efecto característico de la actividad jurisdiccional, la cosa juzgada que deriva de la sentencia sería mas propiamente un elemento del proceso y no de la jurisdicción (Guasp, J. 1996, p.495).

En efecto, no obstante que algunos continúen empleando la palabra jurisdicción en su restringido significado etimológico, esto es, como limitada a indicar solamente la actividad de juzgar, misma que se agota en la fase de cognición, acontece que cuando un justiciable reclama del Estado tutela jurisdiccional, está reclamando la prestación de toda una actividad que tiende a satisfacer su pretensión más allá de las características y formas que ésta pueda revestir (Di Iorio, A. 1997, p.52). En este orden de ideas, si se tiene presente que en el desempeño de sus funciones los jueces y magistrados

están investidos de ciertos poderes (*notio, vocatio, coertio, iuditio y executio*, según hemos destacado en el capítulo precedente), y que estos se ejercitan, efectivamente, durante todo el iter procedimental, pensar entonces que aquellos actos ejecutados por el juez durante el período de instrucción o sustanciación, en tanto que pudieran estar desprovistos del efecto de la cosa juzgada, no deben ser considerados como jurisdiccionales, nos parece, a todas luces, una exageración.

Efectivamente, la función jurisdiccional comprende, según afirma Calamandrei, P. (1973, p.166), no sólo la actividad que el Estado realiza para aplicar la norma general y abstracta al caso concreto y para poner en claro el mandato individualizado que de ella nace<sup>2</sup>:

“...sino también la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que este mandato concreto sea prácticamente observado (en sí mismo, o en el precepto sancionatorio que toma su puesto), también en caso de necesidad, con el empleo de la fuerza física, dirigida a modificar el mundo exterior y a hacerlo corresponder a la voluntad de la ley”.

Barrios, D. (1979, p.156), explica que de no aceptarse esto, todo el proceso anterior a la sentencia no será manifestación de la jurisdicción; la venta forzada de la cosa, el desalojo forzado no serán jurisdiccionales. La

---

<sup>2</sup> Dentro de lo cual se cuenta, en nuestra opinión, lo probatorio, lo instructorio o lo meramente sustanciable, en tanto que en ellas el órgano jurisdiccional está ejerciendo sus poderes deberes para arribar, de ser el caso, a la composición de la litis.

jurisdicción se acabaría, entonces, en el momento de dictar la orden, el proceso llegaría al borde de la satisfacción ejecutiva y miraría como la Administración o el esfuerzo privado hacen una obra extraña, dando el punto final.

Estas ideas no son extrañas a nuestro ordenamiento jurídico positivo pues, como se dispone en el primer aparte del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”.

### **Del contenido de la jurisdicción**

Superado el escollo de considerar a la jurisdicción en su mas reducida expresión, o sea, limitada a indicar solamente la actividad de juzgar, resulta indispensable, ahora, determinar cual es, en definitiva, el contenido de esta función del Estado.

En este sentido, persuadidos como estamos de que cualquier concepto que pretenda darse respecto de la jurisdicción debe estar basado en la realidad de nuestro país y de nuestro tiempo, esto es, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Poder Judicial,

entendemos que, al propio tiempo, la Constitución y la Ley son las que habrán de determinar el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional, o lo que es igual decir: su contenido.

Así las cosas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha determinado que el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional, vale decir, que el contenido de la jurisdicción sea el siguiente:

Primero: La tutela de los derechos e intereses, incluso los colectivos y los difusos.

Segundo: El monopolio de la imposición de las penas.

Tercero: El control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa.

Cuarto: La potestad de asegurar la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución. La cual a su vez se descompone en: La potestad de procurar la aplicación preferente del Texto Constitucional; el control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos dictados por los órganos del Poder Público en ejecución inmediata y directa de la Constitución y la

potestad de procurar la integridad contextual de las disposiciones fundamentales.

Todas estas potestades comprenden, según enseña Longo, P. (2002, 105) el *"control jurisdiccional exógeno"*. Sin embargo, también integra el ejercicio de la actividad jurisdiccional, la potestad de autocontrolarse a sí misma en su estructura interna, por el orden jerárquico que le es propio, a través de los recursos y demás mecanismos de revisión de las actuaciones jurisdiccionales que, en palabras de Longo, P. (2002, p.105) denominase *"control jurisdiccional endógeno"*.

Asumiendo en favor de nuestro estudio la clasificación efectuada por el maestro venezolano, procuraremos indagar un poco en cada una de estas modalidades de actuación jurisdiccional, de modo que podamos colorear las amplias fronteras que ahora presenta la jurisdicción.

### **De las manifestaciones del control jurisdiccional exógeno**

#### **La tutela de los derechos e intereses de los justiciables**

Puesto que ya hemos destacado que la función jurisdiccional comprende, no sólo la actividad que el juez realiza para aplicar la norma general y abstracta al caso concreto para poner en claro el mandato individualizado que de ella

nace, sino que esta incluye también lo probatorio, lo instructorio o lo meramente sustanciable, en tanto que en ellas el órgano jurisdiccional está ejerciendo sus poderes deberes para arribar, de ser el caso, a dictar sentencia y, además, a toda esa actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que este mandato concreto sea prácticamente observado; en este epígrafe haremos mención a algunas de esas manifestaciones de la potestad jurisdiccional que son diversas al acto conclusivo del proceso de cognición<sup>3</sup>: la sentencia.

### **La ejecución de sentencias**

La jurisdicción no agota sus cometidos con la cognición y con el juicio que de ella resulta, pues además de constatar y declarar los derechos, hay que proveer a fin de que sean satisfechos; además de formular la regla jurídica correcta que regula una determinada situación, es necesario proveer a actuarla, a traducirla en hechos reales, modificando la situación de hecho existente, en modo de hacerla que llegue a ser conforme a lo que debería ser (Liebman, E. 1980, p.149).

En efecto, la jurisdicción, que sustituye la autotutela o “justicia privada”, ha de ofrecer y ofrece, no sólo la posibilidad de declarar o crear idealmente lo

---

<sup>3</sup> Se comprenderá que por las mismas motivaciones hemos de prescindir de efectuar consideraciones acerca de las modalidades jurisdiccionales del monopolio de la aplicación

jurídico en casos concretos; debe cumplir también, respecto de esos casos concretos, el cometido de intentar acomodar la realidad a lo jurídico, es decir, realizarlo. Sin este último cometido y la correspondiente actividad, la función jurisdiccional resultaría incompleta y fallida y podría llegar a legitimarse socialmente un regreso o retroceso a la realización del derecho por propia mano (De la Oliva, A., Díez-Picazo, I. y Vegas, J. S/F, p.18).

Y es que, como decía Chiovenda, G. (1936, p.43), hay que relacionar la ejecución con el fin del proceso, no sólo cuando en el curso de la ejecución surgen cuestiones que es necesario dirimir (ya sobre la existencia de la acción ejecutiva, ya sobre las distintas medidas ejecutivas) tenemos jurisdicción, sino que la aplicación misma de las medidas ejecutivas es jurisdicción, puesto que está coordinada a la actuación de la ley.

Esta segunda forma de tutela jurisdiccional del derecho se cumple, nos dice Liebman, E. (1980, p.149), se contrapone y se coloca al lado del proceso de cognición para constituir conjuntamente el cuadro de las actividades fundamentales (pero no exclusivas, agregamos nosotros), por medio de las cuales se ejercita la jurisdicción.

## **La homologación de los modos de autocomposición procesal celebrados por las partes**

Debe tenerse siempre presente que exclusiva del Estado (y del órgano jurisdiccional, claro está) no es la decisión de las controversias, sino la tutela coactiva de los derechos<sup>4</sup> (Satta, S. 1971, p.286).

Así tenemos que, por una parte, el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ofrece al justiciable la posibilidad de resolver sus conflictos mediante la utilización de mecanismos distintos a la vía jurisdiccional. En efecto, prescribe la norma en comentarios que:

“La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Por otro lado, acontece que las partes están plenamente facultadas para darse, mediante las diversas formas de autocomposición procesal, una “decisión” al conflicto que las ha llevado ante el órgano jurisdiccional, correspondiéndole al juez, en estos casos, “administrar justicia” de una manera completamente diversa a la decisión de la causa, o sea, impartiendo

---

<sup>4</sup> Dispone expresamente la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que: “... la administración de justicia no es monopolio exclusivo

la homologación correspondiente a lo acordado por las partes (caso de la transacción) o a la determinación de una de ellas (caso de convenimiento o desistimiento).

Esta diferencia se encuentra, fundamentalmente, en la circunstancia de que el auto homologatorio del juez no puede extenderse sino al examen de los presupuestos requeridos para la validez del acto de composición efectuado por las partes, tales como la legitimación, la capacidad procesal de la parte, la representación de los apoderados de ellas y la facultad expresa que se requiere para ello o la naturaleza disponible de los derechos involucrados, y en que tampoco puede extenderse el auto homologatorio a los móviles que facilitaron la realización del acto de composición procesal, ni al examen de si estos son legítimos u obedecen a la buena o la mala fe de las partes, o si son el resultado de la connivencia fraudulenta con la contraparte en perjuicio de terceros, porque todas estas cuestiones sólo pueden dar lugar a las acciones pertinentes por parte de los sujetos afectados (Rengel, A. 1994, p.354).

---

del Estado aunque sólo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias....”.

## **El decreto de intimación en los procedimientos de naturaleza monitoria**

Otro tanto puede decirse respecto de aquellos casos en los cuales existe un documento “guarentigio”, o sea, de aquellos que aparejan ejecución pues, por haber sido otorgados por las partes de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico positivo, gozan de una presunción legal de eficacia sobre la existencia del crédito para legitimar la “acción ejecutiva”, de modo tal que no requieren de un acto declarativo de tal derecho por parte del juez.

Para explicar mejor cuanto queremos decir, tomemos, como ejemplo, el denominado “Procedimiento de Intimación”, previsto en los artículos 640 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con la doctrina tradicionalmente aceptada, el procedimiento en comentarios goza de la misma naturaleza de los “procedimientos monitorios o de inyunción”, los cuales se caracterizan, a su vez, por ser procedimientos con el “contradictorio diferido”, pues el juez emite sin previo contradictorio una orden de pago (intimación) dirigida al demandado, señalándole un lapso dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el debate mediante la oposición. De este modo, el juicio de conocimiento resulta contingente y eventual pues depende, en todo caso, de la actitud del demandado.

En efecto, siguiendo las enseñanzas del maestro italiano Calamandrei, P. (1953, p.24) podemos afirmar que:

“.... en estas formas especiales de procesos de cognición, el actor, mediante petición, acude al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo....”.

Se comprende fácilmente que *el carácter típico* de ésta categoría de procedimientos *consiste en que en ellos la finalidad de llegar con celeridad a la creación de un título ejecutivo* se alcanza desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado, pues los conceptos lógico y económico en los cuales se inspira este procedimiento consisten, precisamente, en “que el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio, y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio del contradictorio tiene inicialmente vigor, esto es, al demandado” (Chiovenda, G. 1922, p.723).

Sin embargo, debe advertirse que de la lectura concatenada de los artículos 640 y 643, ordinal 2º, del Código de Procedimiento Civil, el Procedimiento de Intimación venezolano no pertenece a la categoría de “procedimientos monitorios puros”, o sea, en los que para decretar la intimación o monición

del deudor bastan sólo las afirmaciones del actor; sino que, por el contrario, pertenece a la categoría de los “procedimientos monitorios instrumentales o documentales”, en los cuales, además de las afirmaciones del actor, se *requiere que éste acompañe al libelo de la demanda el instrumento del cual se evidencie el derecho que reclama*. Pues:

“... esta forma de procedimiento no encuentra justificación lógica mas que en aquellos casos en los cuales exista un alto grado de probabilidad de que la declaración definitiva de certeza coincida con la declaración provisional; o sea, en otras palabras, en aquellos casos en los que la naturaleza de las pruebas en las cuales el actor apoya su demanda sea tal que haga, ya que no cierto, al menos verosímil, el fundamento de la demanda misma; por eso la aplicabilidad de este procedimiento está limitada no solamente a las acciones de condena relativas al pago de sumas de dinero o a la entrega de determinadas cantidades de cosas fungibles .... (sic), sino que está limitada, además, y de ello deriva el nombre de proceso documental, a aquellas acciones cuyos hechos constitutivos pueden ser probados mediante documentos....”. (Calamandrei, P. 1953, p.35).

En nuestro sistema procesal, la necesidad de acompañar al libelo de la demanda la prueba escrita de la obligación que se reclama es, precisamente, lo que justifica que la existencia del contradictorio no sea necesaria sino meramente contingente, pues en el procedimiento de intimación el interés procesal versa más sobre la satisfacción del derecho subjetivo aducido por el actor (*y constante -verosímilmente- en los instrumentos aportados por éste*) que sobre su reconocimiento o declaración judicial (Henríquez, R. 1998, p.99).

Doctrinariamente se ha establecido que para que un instrumento pueda ser considerado hábil para que el juez decrete válidamente la intimación del deudor *debe bastarse a sí mismo*, es decir, el instrumento debe reunir, concurrentemente, las siguientes condiciones:

- a) la obligación debe estar expresamente reconocida por el deudor;
- b) el instrumento debe estar firmado por el deudor;
- c) la obligación debe estar definida claramente y;
- d) la obligación debe ser cierta, líquida y exigible, o sea, no sujeta a término o a condición.

Estas exigencias, sin ningún género de dudas, han sido recogidas expresamente en el texto del artículo 640 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en sentencia de la Sala de Casación Civil de la desaparecida Corte Suprema de Justicia de fecha 28 de septiembre de 1.994, dictada en el juicio de P. Fong contra Estacionamiento 24, C.A. y otro, se dejó establecido:

“.... Ello significa que el procedimiento de intimación sólo es procedente cuando se trate de acciones de condena, en las cuales se persiga el cumplimiento de una obligación de dar que conste en prueba instrumental.

La obligación debe ser líquida y exigible es decir, que el quantum esté determinado o pueda serlo mediante una simple operación aritmética y, además, que no esté sujeta a condición, plazo o contraprestación alguna.

Además de tales condiciones de liquidez y exigibles es preciso que el crédito sea cierto, lo cual significa que no podría usarse el procedimiento por intimación si la pretensión del actor no existe de manera irrefutable.

*Por ello, se exige prueba escrita como presupuesto procesal del procedimiento por intimación, interpretándose que los documentos a que se refiere el artículo 644 del Código de Procedimiento Civil deben demostrar los hechos constitutivos de la obligación demandada....". Las cursivas son propias. (Ramírez & Garay. 1994, p.578).*

Lo cual implica que el juez sólo podrá decretar válidamente la intimación del deudor, es decir, sólo podrá ordenar al deudor que pague o cumpla con una determinada obligación, cuando la pretensión del demandante en intimación *persiga el pago de una suma líquida y exigible de dinero o la entrega de una cantidad cierta de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada y la obligación del deudor conste expresamente en un instrumento, que refleje, a las claras, a simple vista, que esta obligación es de plazo vencido.* Esto se colige de la lectura concatenada de los artículos 640 y 643 ibidem.

El artículo 640 del mencionado Código Adjetivo Civil constriñe al juez a efectuar el correspondiente *"control a limine"* del libelo de la demanda y del instrumento fundamental acompañado por el actor al mismo. Sobre este particular se expresa en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil:

*".... Esta facultad, que aumenta sensiblemente en el procedimiento de intimación los poderes del Juez en relación con los extremos mencionados, se justifica por la naturaleza misma del nuevo procedimiento y en la necesidad de evitar con este tipo de juicio los incidentes dilatorios que hoy han llegado a transformarse en el juicio ordinario, en el expediente mas socorrido por la parte de mala fe*

para eludir la cuestión de fondo y demorar el proceso en perjuicio de la contraparte....”.

Sin embargo, merece la pena advertir que en el ejercicio de esta facultad le está vedado al juez entrar a efectuar consideraciones acerca del fondo de lo pedido, correspondiéndole, simplemente, llevar a cabo un control de legitimidad, si bien meramente formal y exterior (*prima facie*) del requerimiento y, por tanto, también del título ejecutivo documental y de los demás presupuestos específicos, para inferir de él si (el propio organismo) queda formal e inicialmente legitimado para realizar los actos solicitados (Redenti, E. 1957, p.302).

Así las cosas, se comprende fácilmente que en supuestos como el aludido anteriormente la actuación jurisdiccional no se encuentra expresada en forma decisoria (diciendo el derecho aplicable al caso concreto) sino en la ejecución de un conjunto de actos procesales destinados a vencer la resistencia de una de las partes a cumplir las obligaciones que se derivan del instrumento, procurando que, con el uso de la fuerza y aún en contra de su voluntad, satisfaga a quien ostenta la titularidad del derecho que se reclama.

### **La tutela cautelar**

Son muchas las opciones que podrían tomarse en consideración para definir las medidas cautelares. Sin embargo, mas allá de la pluralidad de criterios doctrinales con los cuales puede tropezarse quien busca una definición precisa de lo que son las medidas cautelares, de todos ellos, afirma el profesor colombiano Esguerra, J. (1995, p.221) puede deducirse, en todo caso, la existencia de una concepción básica comúnmente aceptada:

“Se trata, en esencia, de una serie de mecanismos procesales, instituidos, bien con el fin de tutelar o garantizar la efectividad de un proceso principal, bien con el de prevenir los perjuicios antijurídicos que pueden causarse con la iniciación, con el trámite o con la demora en la decisión”.

La doctrina y la jurisprudencia que se ha venido dictando a nivel mundial parte de la premisa de que la “tutela judicial efectiva” no es tal, sin el auxilio de medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la decisión judicial que resuelva el proceso. En tal virtud, las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento definitivo del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia.

Nada se hace con una justicia declarativa, esto es, que se limite a declarar el derecho, que dé satisfacción al alegato del justiciable, si aquello que se

peticiona no se puede materializar mediante actos ciertos y efectivos de ejecución; y ello sólo se logra con la existencia de una institución cautelar objetiva, definida y, obviamente, justa (Jiménez, S. 1999, p.16).

Para que la reintegración del derecho obtenido por vía jurisdiccional pueda resultar igualmente eficaz y oportuno que el cumplimiento voluntario del mandato contenido en la norma jurídica, sería necesario que la declaración de certeza que realiza el juez en la sentencia y la puesta en práctica de los mecanismos de coacción para lograr su ejecución, actuasen inmediatamente, de manera que tomasen la situación de hecho como era en el momento en que, de la norma abstracta, nació el precepto individualizado, y de poder proveer así *re adhuc integra*. Pero esta instantaneidad del acto jurisdiccional no es prácticamente posible, porque el desarrollo de las actividades indispensables para llegar a la declaración de certeza y después a la coacción, exige casi siempre un tiempo que no es breve; de suerte que existe el peligro de que, mientras los órganos jurisdiccionales se ponen a la obra para proveer, la situación de hecho se altere de un modo tal que haga resultar ineficaces e ilusorias sus providencias, destinadas así a llegar demasiado tarde. A evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (*periculum in mora*), está preordenada precisamente la actividad cautelar (Calamandrei, P. 1973, p.156).

Así las cosas, coincidimos con Ortiz, R. (1997, 9) en que las medidas cautelares se vinculan estrechamente con la función jurisdiccional, para garantizar que la tardanza de los procesos judiciales de cognición no signifique la negación del derecho mismo, de modo que la misión de asegurar preventivamente el derecho reclamado es, al mismo tiempo, un momento de la jurisdicción.

### **El control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa**

El paso de la justicia retenida a la justicia delegada, constituyó un gran avance en el derecho administrativo clásico, pues a partir de ese momento, el control jurisdiccional denominado heterotutela supuso la revisión de los actos que ponen fin a la vía administrativa, por el juez, es decir, la revisión de los actos administrativos por parte de un órgano externo e imparcial de la Administración (Hernández, V. 1997, p.53).

De este modo tenemos que debido a la sumisión del Estado al Derecho, a los órganos jurisdiccionales también les corresponde fiscalizar la actividad administrativa, de manera tal que cobren vigencia plena los principios de legalidad y de jerarquía normativa.

El artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que:

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

De acuerdo con el artículo antes transcrito, los órganos de la denominada jurisdicción contenciosoadministrativa, constituidos no sólo por el Tribunal Supremo de Justicia sino por los demás tribunales que determine la ley, son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales “contrarios a derecho”, incluso por desviación de poder, por lo que la competencia en materia de control a cargo de dichos órganos, se origina cualquiera que sea el motivo de contrariedad al derecho, es decir, sea por razones de inconstitucionalidad, de ilegalidad propiamente dicha, o de contrariedad a cualquiera de las otras fuentes del derecho administrativo, lo que ocurriría si se produce una violación a los reglamentos y demás actos de efectos generales, o la violación de la jerarquía de los actos, o la violación de la cosa juzgada administrativa, la violación de los principios generales del derecho administrativo, etc. (Brewer, A. 1993, p.46).

Esto quiere decir que, constitucionalmente, no existe en nuestro país limitación alguna en cuanto a los motivos del control respecto de los cuales pueden conocer los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, y que pudieran conducir a limitar el conocimiento de estos órganos a meras cuestiones de legalidad, excluyéndoles la competencia para conocer de cuestiones de constitucionalidad (Brewer, A. 1993, p.46).

En este orden de ideas, acontece que, el contencioso administrativo, desde el punto de vista de la estructura procedimental, se presenta organizado mediante vías de acciones o recursos ejercitables por los justiciables ante la denominada jurisdicción administrativa. Cada una de estas vías persigue inmediatamente, por sí misma, un fin específico y todas, en función del sistema, una finalidad general. Del juego ordenado del conjunto resulta la vigencia efectiva de la legalidad de la actividad administrativa y, por consiguiente, la tutela integral de los derechos que ella desconoce o vulnera (Araujo, J. 1996, p.314).

Sin embargo, las acciones o recursos contencioso administrativos no están sometidos a las mismas reglas y no siguen las mismas regulaciones procedimentales. Se distinguen así “ramas” o “contenciosos”, a los cuales corresponden regímenes particulares (Araujo, J. 1996, p.314). En efecto, en el contencioso administrativo, dice Brewer, A. (1993, p.70), como instrumento

procesal de protección de los particulares frente a la autoridad pública, pueden distinguirse:

“... cinco tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos: en primer lugar, el contencioso de los actos administrativos; en segundo lugar, el contencioso de las demandas contra los entes públicos; en tercer lugar, el contencioso de las conductas omisivas de la Administración; en cuarto lugar el contencioso de la interpretación; y en quinto lugar, el contencioso de los conflictos entre autoridades públicas, particularmente, municipales. Las pretensiones procesales varían en cada uno de esos tipos de contencioso, y por supuesto, también varían las reglas de procedimiento aplicables a los diversos tipos de acciones o recursos, incluso las relativas a la legitimación activa....”.

Precisar las peculiaridades de cada uno de los procedimientos por los cuales el órgano jurisdiccional ejercita la potestad de controlar la actividad administrativa desborda, con creces, los límites de esta investigación. Sin embargo, a los fines de dar por terminadas las consideraciones correspondientes al presente epígrafe, bastará decir que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“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”. (Las negrillas son propias).

En este sentido, resulta que en el ejercicio del contencioso administrativo, se patentiza **esa noción de supremacía** que ostenta el Poder Judicial frente a los demás órganos del Poder Público, en tanto que, vinculados todos ellos, a actuar con pleno sometimiento a los postulados de la Constitución y las leyes, según lo postula el artículo 137 constitucional, éste último, sin embargo, se erige en guardián de la constitucionalidad y la legalidad de la actuación de los demás.

### **La potestad de asegurar la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución**

Siguiendo una tendencia presente en España, Francia, Italia, Portugal, Rumania y en algunos países latinoamericanos, cuyas constituciones regulan la justicia constitucional en un título o capítulo distinto del que se refiere al Poder Judicial, la Constitución patria incluye en el Título VIII un Capítulo denominado “De la garantía de esta Constitución”, que contiene las disposiciones fundamentales sobre la justicia constitucional.

El Capítulo en cuestión está dirigido a darle eficacia a los principios de supremacía y fuerza normativa constitucional (previstos en el artículo 7), que constituyen la base sobre la cual descansa la justicia constitucional en el mundo y, a tales fines, se esboza el sistema venezolano de justicia constitucional, reafirmando la coexistencia de los métodos de control concentrado, difuso y extraordinario de la Constitución (Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

A presentar los rasgos mas resaltantes de estos mecanismos de control constitucional están dedicadas las siguientes líneas.

**El control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos dictados por los órganos del Poder Público en ejecución inmediata y directa de la Constitución**

Antes de continuar resulta indispensable precisar lo siguiente: Por *justicia constitucional* se entiende la facultad y la obligación de la administración de justicia de asegurar la integridad de la Constitución, a través del llamado control difuso y de la tutela judicial de los derechos humanos mediante la acción de amparo constitucional, en el ámbito de las competencias de los diferentes tribunales de la República. Mientras que por *jurisdicción constitucional* se comprende el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público,

dictados en ejecución directa de la Constitución, que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Duque, R. 2001, p.290).

En efecto, tal y como lo expresa Brewer, A. (2000, p.13):

“... la expresión “justicia constitucional” es un concepto material que equivale a control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, el cual ha sido ejercido en nuestro país, siempre, por todos los tribunales pertenecientes a todas las Jurisdicciones, es decir, por todos los órganos que ejercen el Poder Judicial.

En cambio, la expresión “Jurisdicción Contitucional” es una noción orgánica, que tiende a identificar a un órgano específico del Poder Judicial que tiene, en forma exclusiva, la potestad de anular ciertos actos estatales por razones de inconstitucionalidad, en particular, las leyes y demás actos con rango de ley o de ejecución directa e inmediata de la Constitución”.

Como se podrá observar, la “jurisdicción constitucional” se encuentra caracterizada única y exclusivamente por el objeto de control, que sólo está referido a los actos estatales dictados en ejecución inmediata y directa de la Constitución. En efecto, en sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el día 27 de enero de 2.000, en el juicio de Milagros Gómez, María Bastidas, Milagros Villafañe, Alma González, Francisco Urquía y Abel Moreno, se dejó establecido que:

“...de conformidad con el último aparte del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional,

declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tenga rango de Ley”.

La exclusividad a la que alude el mencionado artículo 334 en materia de inconstitucionalidad, está referida a la nulidad de actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, cuyos supuestos se especifican en los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 336, que señalan:

“Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1.- Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.

2.- Declarar 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 dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta.

3.- Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.

4.- Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

(...)

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

(...)”

Asimismo, en el artículo 336 de la Constitución, se le otorgan a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia otras competencias, tales como la verificación de la conformidad de los tratados internacionales con el Texto Constitucional (numeral 5), el control de las omisiones sobre obligaciones constitucionales del Poder Legislativo en todos sus niveles (numeral 7), la resolución de las colisiones de leyes (numeral 8), la resolución de controversias constitucionales entre entes del Poder Público (numeral 9), y, la revisión extraordinaria de las sentencias de amparo y de control difuso de la constitucionalidad (numeral 10). Igualmente, en el artículo 214 de la Constitución se le otorga a dicha Sala la competencia para realizar el control previo de la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación. Y por último, la determinación de la constitucionalidad del carácter

orgánico otorgado por la Asamblea Nacional a las leyes así calificadas, de forma previa a su promulgación (artículo 203 eiusdem).

De lo anterior emerge, de forma indubitable, que el criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende al rango de las actuaciones objeto de control, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo. Así las cosas, la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público”.

Precisado lo anterior, entremos en el punto que nos ocupa.

Ya hemos dicho que a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia le ha sido atribuido el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y otros actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución por los órganos del Poder Público. Así las cosas, de acuerdo con el Texto Constitucional de 1999, la Sala Constitucional en materia de control concentrado deberá ejercer competencias de “control previo” y “control posterior” de la constitucionalidad, como la mayoría de las cortes o tribunales constitucionales del mundo.

## **El control posterior de la constitucionalidad de los actos estatales**

El *control posterior* de la constitucionalidad es una modalidad de control que es ejercida por la Sala Constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 334, numerales 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 9 del Texto Fundamental, para:

*Primero:* Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con la Constitución.

*Segundo:* Declarar 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 dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ella.

*Tercero:* Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con la Constitución.

*Cuarto:* Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

*Quinto:* Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren los estados de excepción dictados por el Presidente de la República.

*Sexto:* Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

*Séptimo:* Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

Las primeras cuatro competencias mencionadas, son ejercidas por la Sala Constitucional con plenos poderes anulatorios, a requerimiento de parte mediante la denominada "acción popular", prevista en el artículo 336, ordinal 1º, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y tiene como objeto la solicitud de nulidad de alguna disposición de rango legal, esto es, de ejecución directa e inmediata de la Constitución que, a juicio del "recurrente" colide con alguna disposición del Texto Fundamental, en tanto que este constituye la norma suprema del ordenamiento jurídico.

En términos generales, puede afirmarse que cualquier persona del pueblo está legitimada para pretender la nulidad de cualquier acto que ejecute de manera inmediata y directa la Constitución Patria y que, según su concepto, sea contrario al espíritu, propósito y razón de alguna de las disposiciones del Texto Fundamental.

De este modo, puede destacarse que, de acuerdo con la sentencia N°.497, emanada el 12 de marzo de 2.003, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la sustanciación del procedimiento de nulidad por razones de inconstitucionalidad:

**“no implica la realización de un verdadero contradictorio,** como de hecho ocurre en otro tipo de procesos judiciales como el civil, mercantil, laboral, funcional, etc. en donde hay un emplazamiento a la parte demandada para que conteste las pretensiones deducidas en su contra, ya sea para refutarlas o convenirlas, en legítimo ejercicio de su derecho a la defensa, ya que, por el contrario, en sede de nulidad de actos de rango legal se ordenan notificaciones (artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) a determinados órganos del estado (como la Asamblea Nacional, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República, etc.) a fin de que estos, mas que refutar la demanda incoada, informen su opinión sobre la alegada inconstitucionalidad de la norma impugnada. Igualmente, por tratarse de un proceso constitucional de interés para todas las personas legitimadas al objeto de reclamar la protección de la Constitución, se ordena la publicación de un cartel artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) por el que **se llama a participar en el juicio de nulidad a todo aquel que tenga alegatos o argumentos que presentar en relación a la materia debatida, mas no a efectos de que se opongá formalmente a la demanda incoada, ya que, se insiste, no es objeto de este tipo de procedimiento jurisdiccional el examen de la contradicción planteada entre**

**pretensiones deducidas por distintas partes, tendente a decidir cual de ellas ha de vencer, sino el análisis de una solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad y de los argumentos que los órganos del Estado tengan a favor o en contra de dicha declaratoria... (sic)".** Las negrillas son nuestras. (Pierre, O. 2003, p.16).

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Texto Fundamental, la quinta competencia mencionada ha sido acogida de alguna Constitución de América Latina, se refiere a la Constitución Política de Colombia (artículo 241, ordinal 7º), con la particularidad de que se le incorporó la posibilidad de que esta competencia puede ser ejercida por la Sala Constitucional de manera oficiosa.

En el ejercicio de este control, la Sala Constitucional debe pronunciarse no sólo sobre la constitucionalidad de los decretos que declaren el estado de excepción, sino sobre la constitucionalidad del contenido del decreto, tal y como lo disponen los artículos 337 y siguientes del Texto Fundamental. En lo particular, la Sala debe verificar, al decretarse el estado de excepción y restringirse alguna garantía constitucional, si el decreto contiene, la necesaria regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se ha restringido, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 339 eiusdem.

Por lo que respecta a la sexta competencia, destacaremos lo siguiente:

“la inconstitucionalidad por omisión es la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impide su eficaz aplicación” (Fernández, J. 1998, p.36 citado por Haro, J. 1999, p.188).

Dependiendo del caso concreto, el artículo 336, ordinal 7º, de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional la potestad expresa de establecer los plazos para la corrección de la omisión legislativa e incluso para fijar los parámetros o lineamientos en el caso de una omisión de carácter parcial.

Por lo que respecta a la séptima competencia sólo resta decir que, de acuerdo con la Exposición de Motivos del Texto Fundamental:

“... destacan dos elementos esenciales: en primer lugar, que se trata de controversias entre cualesquiera de los órganos que la Constitución prevé en la distribución horizontal o vertical del Poder Público y, en segundo lugar, que deben tratarse de controversias constitucionales, es decir, de aquellas cuya decisión depende del examen, interpretación y aplicación de normas constitucionales, tales como las que se refieren al reparto competencial entre los diferentes órganos del Estado, especialmente, las que distribuyen el poder en los niveles nacional, estatal y municipal.

De esta forma, todas aquellas controversias constitucionales entre la República y alguno de los estados o municipios, es decir, entre el poder central y el descentralizado territorialmente, serán resueltas por la Sala Constitucional dentro del procedimiento que se deberá establecer en la ley orgánica respectiva. En todo caso, esta atribución tiene por objeto que la Sala Constitucional como garante y máximo defensor de los principios consagrados en el Texto Fundamental ajuste la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, al cauce constitucional”.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia dictada el 18 de febrero de 2003, distinguida con el N°.226 de la nomenclatura llevada por ese Oficio Jurisdiccional, dejó establecida la competencia para dirimir las controversias constitucionales, los elementos objetivos para que se dé una controversia constitucional, la diferencia entre conflictos constitucionales y conflictos administrativos y modificó el procedimiento para resolver judicialmente cualquier controversia constitucional.

Luego de transcribir el artículo 336, numeral 9, de la Constitución Venezolana, la Sala prescribió que el objeto de la acción (rectius: pretensión) contenida en la norma anterior es, sin más:

“.... salvaguardar la normal prestación de la actividad pública que despliega cada uno de los órganos del Poder Público que, en un determinado momento, pudiera verse afectada cuando dos o mas de ellos estiman atribuida a su favor una facultad, competencia o atribución constitucionalmente prescrita, dando lugar al ejercicio paralelo de la función disputada (conflicto positivo); o, por el contrario, cuando ninguno de estos entes reconoce ostentar la titularidad de esa facultad, competencia, o atribución constitucional, provocando la omisión de acometer una función encomendada a alguno de ellos por la Carta Magna (conflicto negativo)....(sic)”.

Así las cosas, dispuso la Sala que son dos (2) los elementos objetivos que permiten calificar un determinado conflicto como una controversia de carácter constitucional, a saber:

“.... (i) debe suscitarse entre órganos del Poder Público, entendiendo por estos los distintos entes de consagración constitucional que conforman el Poder Municipal, Poder Estatal y Poder Nacional (que, a su vez, se encuentra integrado por los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral) ex artículo 136 de la Constitución; y (ii) debe suscitarse con ocasión del ejercicio de facultades, competencias o atribuciones previstas en la Constitución, como máximo cuerpo normativo que diseña y ordena la estructura orgánica del Estado....(sic)”.

Del mismo modo, ha dicho la Sala que cumplidos ambos extremos, no deben caber dudas en cuanto a que la competencia para resolver tales conflictos corresponde a la Sala Constitucional, como máximo garante del orden constitucional:

“.... pues la sola existencia de estos desórdenes en la prestación de los servicios públicos encomendados a los órganos en pugna, afecta “la esencia misma de la Constitución, a la cuidadosa distribución de poder y de correlativas competencias por ella operada”, a decir del profesor español García de Enterría (La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, Madrid, 1985. págs. 149 y 150).

La visión del constituyente a este respecto resulta acertada y coherente, pues la Constitución vigente distingue los conflictos constitucionales de los conflictos administrativos, encomendando la resolución de los primeros a la Sala Constitucional, en tanto en ellos resulta primordial interpretar la carta Magna para dilucidar cuál de las entidades en disputa detenta la función objeto del conflicto, y a esta sala le es natural imponer su interpretación vinculante para evitar el desorden político en ciernes.

En cambio, atribuye a la Sala Político-Administrativa la competencia para resolver los conflictos administrativos, dado que en estos casos la controversia encuentra su origen en la ordenación infraconstitucional, cuyo control le está dado a la jurisdicción contencioso-administrativa, de la cual aquella es su máxima exponente (vid. artículos 259, 262 y 266.4 de la Constitución)....(sic)”.

Llegados a este punto, indicó la Sala Constitucional que los requisitos de legitimación en esta particular acción (rectius: pretensión) de resolución de controversia constitucional, cuya naturaleza hace entender que la facultad para participar en tal juicio, es sumamente restringida y sólo es dable a los titulares de los órganos constitucionales en pugna y (por supuesto) a quienes ejerzan su representación.

Finalmente, en lo que toca al procedimiento aplicable para resolver en sede jurisdiccional cualquier controversia constitucional, observa la Sala que no existe un procedimiento legalmente pautado para ello, razón por la cual dispuso que:

“... resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, según el cual “[c]uando ni en esta Ley, ni en los códigos y otras leyes nacionales se prevea un procedimiento especial a seguir, la Corte podrá aplicar el que juzgue mas conveniente, de acuerdo a la naturaleza del caso”.

En atención a ello, estima la Sala que dada la trascendencia de un conflicto constitucional entre órganos del Poder Público, cuya permanencia en el tiempo incide directamente en la acometida de la función pública que estos están llamados a prestar, pudiendo perjudicar severamente los intereses de la colectividad; es necesario tramitar en la forma mas expedita posible tales acciones, motivo por el cual la sala considera como procedimiento mas idóneo el aplicable al amparo constitucional, en los términos que la doctrina vinculante de la Sala ha sentado (stc. N° 07/2000, caso José Amando Mejía), con las siguientes precisiones:

Una vez presentado el libelo contentivo de la acción de resolución de controversia constitucional, la Sala procederá a pronunciarse sobre la admisibilidad de la pretensión. En el caso de que tal pronunciamiento fuere positivo, procederá a notificar a los entes involucrados (excepto el accionante, por encontrarse a derecho)

para que acudan a una audiencia en la cual habrán de exponer sus alegatos en torno a la acción ejercida.

Culminada tal audiencia, la Sala, en el Mismo día, deliberará y decidirá inmediatamente, exponiendo de forma oral los términos del dispositivo del fallo; el cual deberá ser publicado íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dicto la decisión correspondiente. El fallo lo comunicará el presidente de la Sala, pero la sentencia escrita la redactará el ponente de signado originalmente...". (Pierre, O. 2003, p.166).

### **El control previo de la constitucionalidad de los actos estatales**

El *control preventivo* de la constitucionalidad es una modalidad de control que permite a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia verificar a solicitud del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación; pronunciarse, antes de su promulgación, sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes con tal carácter hayan sido calificadas por la Asamblea Nacional y revisar la constitucionalidad de las leyes que hayan sido objeto de reparo presidencial antes de su promulgación.

Es, precisamente, a estas modalidades de control concentrado de la constitucionalidad a las cuales nos referiremos seguidamente.

## **El control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales**

De acuerdo con el artículo 336, numeral 5, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

(....)

5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación... (sic)”.

Sobre este particular, la Exposición de Motivos del Texto Fundamental nos dice que:

“En derecho comparado, una de las principales funciones de la justicia constitucional es el control de la constitucionalidad de los acuerdos y tratados internacionales, a través de un control preventivo que se ejerce antes de su ratificación y entrada en vigencia, particularmente en las constituciones europeas así como en varias constituciones de países de América Latina, se prevé ese mecanismo con el objeto de que las relaciones entre el derecho internacional público o el derecho comunitario, por una parte, y el derecho interno de cada Estado, por la otra, se presenten con la mayor armonía y uniformidad posible.

Se consideró necesario el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales dado que luego del proceso de conclusión de un tratado internacional, es decir, de su ratificación y entrada en vigencia por las vías previstas en el derecho constitucional y en el derecho internacional público, la eventual y posterior declaración de inconstitucionalidad del mismo o de alguna de sus disposiciones por parte de la Sala Constitucional no podría, en principio, ser opuesta como una justificación para incumplir dicho tratado sin que se comprometa la responsabilidad internacional de la República”.

Los tratados internacionales, como los contratos en el caso de los particulares, vienen a constituir ley entre las partes. De manera que en esta materia rige el principio romano de *res inter alios acta*, es decir, que tiene efecto entre ellos y no contra terceros (Guerra, D.1985, 453). Dado que los tratados internacionales deben cumplirse de buena fe, según el principio tradicional del *pacta sunt servanda*, un Estado no puede eximirse de las obligaciones estipuladas alegando que están en contradicción con su derecho interno, ni invocando la teoría de la imprevisión.

En efecto, con arreglo al artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>5</sup>, del 23 de mayo de 1.969, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, en este orden de ideas, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención en comentarios, ninguna de las partes podrá invocar las disposiciones de derecho interno (incluyendo las constitucionales) como justificación del incumplimiento de un tratado; con la excepción, claro está, prevista en el artículo 46.1 de la propia Convención, de que exista una violación a una disposición de derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados, siempre y cuando

---

<sup>5</sup> Que no ha sido ratificada por Venezuela pero, como normas de derecho internacional consuetudinario, resultan perfectamente aplicables tal y como lo han reconocido opiniones de la Chancillería y de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del extinto Congreso de la República.

esta violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental para el derecho interno.

En este orden de ideas, estima Haro, J. (2000, p.552) que el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales además de conveniente, debe considerarse necesario, dado que los principios de Derecho Internacional Público ponen en juego la responsabilidad internacional de la República al hacer obligatorios y vinculantes los acuerdos internacionales después de su ratificación.

Por lo que respecta al “objeto” de este mecanismo de control preventivo, nos dice la exposición de motivos del Texto Fundamental que:

“no solo es que se verifique la constitucionalidad de un acuerdo o tratado internacional sin que se comprometa la responsabilidad de la República, sino además que, en el caso de que alguna de sus disposiciones resulte inconstitucional, se ratifique con la debida reserva, siempre que se desee su ratificación, o si el mismo no admite reservas, se evalúe la necesidad y conveniencia de ratificarlo luego de una enmienda o reforma de la Constitución en los aspectos que sean necesarios, para lograr así la mayor armonía posible en las relaciones entre el derecho internacional o comunitario y el derecho interno venezolano”.

Nótese que en el ejercicio de esta competencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no está dirimiendo ningún conflicto

intersubjetivo de intereses y que su tramitación procedimental no es de carácter contencioso.

**El control preventivo de la constitucionalidad del carácter orgánico de los proyectos de ley que la Asamblea Nacional pretenda sancionar con tal carácter**

De acuerdo con el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes.

(....)

Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala constitucional declara que no es orgánica, la ley perderá este carácter....(sic)”.

En la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal supremo de Justicia el día 12 de junio de 2000, en el juicio que tuvo por objeto la determinación del carácter orgánico de la Ley de Comunicaciones, se dispuso que el pronunciamiento de la Sala Constitucional es necesario para calificar de orgánica a cualquiera de las categorías señaladas en el encabezamiento del artículo 203 constitucional, excepto para las leyes

orgánicas que fueran denominadas como tales por el propio Texto Constitucional, toda vez que el artículo en comentarios se refiere a las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas, vale decir, las que se dicten para organizar los poderes públicos, las que desarrollen derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes (Ramírez & Garay, 2000, p.398).

De acuerdo con la doctrina establecida por la Sala Constitucional, la calificación de orgánica que deba efectuar la Asamblea Nacional respecto de un determinado proyecto de ley habrá de depender, por una parte, de la regulación (criterio material), para las categorías correspondientes a aquellas leyes que se dicten para organizar los poderes públicos y a las que desarrollen derechos constitucionales, y del carácter técnico formal de la ley marco para la categoría correspondiente a aquellas que deban servir de marco normativo para otras leyes.

Por otra parte, en la sentencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el día 31 de julio de 2002, en el juicio que tenía como objeto el pronunciamiento sobre el carácter orgánico de la Ley del Sistema Venezolano para la Calidad, se explica que la naturaleza orgánica de la ley también surge, aparte de los criterios apuntados precedentemente, del contraste con las leyes ordinarias. Así, mientras las primeras están

asociadas a determinadas materias o cumplen un determinado fin técnico, respecto de las segundas el legislador dispone de un amplio poder de configuración; por otra parte, para la calificación de las primeras se exige una mayoría de las dos terceras partes de sus integrantes en el proceso de elaboración legislativa, mientras que las leyes ordinarias son aprobadas por mayoría simple (artículo 209 constitucional).

Justificando, entonces, la necesidad del control de la constitucionalidad del carácter orgánico de los proyectos de ley, sostiene la Sala que:

“Las diferencias anotadas no pueden ser producto de un capricho del constituyente; al contrario, tienen su fundamento en atendibles razones de orden político-constitucional que, sean cuales fueren, justifican su cumplimiento riguroso, esto es, que los requisitos establecidos por la Constitución para darle carácter orgánico a un proyecto de ley deben necesariamente estar presentes de forma cabal, pues, si fuere de otro modo, se dejaría sin contenido las normas que los establecen y no se daría cumplimiento a los objetivos del constituyente al erigir tales dificultades y al relacionar dichos instrumentos normativos con materias o fines determinados.

(omissis).

Ahora bien, al compartir la Sala estas premisas, no está legitimado un estado de anarquía parlamentaria, donde las leyes sean modificadas irracional o caprichosamente. Al contrario, la postura aquí sostenida tiene como premisa que el ejercicio de las tareas que la Constitución le asigna a los órganos del Poder Público parte de una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social, que deban quedar fuera de toda discusión y que la propia Constitución excluye de la disponibilidad parlamentaria o del propio intérprete máximo de sus normas y principios.

Lo que si afirma es que si alguno de esos grupos sociales pudiera alcanzar una mayoría calificada que le permitiese perpetuar una política o un postulado a través del uso abusivo de leyes

orgánicas, en perjuicio de futuras y necesarias reformas, se defraudaría la idea que subyace tras dicho instrumento normativo, cual es, se insiste, en sentido positivo: crear un acuerdo sobre ciertos temas fundamentales relacionados con la institucionalidad estatal (organización de los órganos del Poder Público) y con el ejercicio legítimo de dicho poder (derechos fundamentales); y, en sentido negativo, evitar que cualquiera de estas materias de enorme trascendencia escapen o sean sustraídas a la discusión y al consenso de las eventuales mayorías legislativas.

Por ello, atenta contra el principio de pluralismo político y contra la democracia –ligada como está a la opinabilidad y al contraste de proyectos- que se vede al legislador ordinario, bajo pretexto de su organicidad, el tratamiento de materias que la Constitución le ha otorgado como propias, ya que ello defraudaría el principio democrático aludido, así como que dejaría sin contenido el mencionado artículo 203, en tanto de él se infiere por argumento en contrario las materias objeto de leyes orgánicas de las que son objeto de leyes ordinarias.

Por lo tanto, las categorías materiales que erigen una ley en orgánica contenidas en el primer párrafo del artículo 203 constitucional, deben interpretarse de manera cabal, es decir, a tales enunciados debe dárseles el sentido estricto que se deriva de la función que los justifica y del lugar que ocupan en el conjunto de las normas y principios constitucionales. Por lo mismo, y al hilo del razonamiento seguido hasta ahora, se declara que no podrá extenderse el sentido del primer párrafo del citado artículo 203 con el fin de dar cabida en él a proyectos de leyes orgánicas que, por ejemplo, a) creen o estructuren entes subalternos del Poder Público; o b) rocen aspectos secundarios de algún derecho fundamental, ya sea por consagrar alguna modalidad en su ejercicio o por establecer ciertas condiciones o restricciones a su goce, sin que tal regulación constituya un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales de tales derechos fundamentales, o una restricción no autorizada por la propia constitución de los mismos, pues, una hipersensibilidad respecto a este tema “convertiría al ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental”. (Cfr. Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2000, pág.791).

Ello obligaría, en un grado mas profundo de la cuestión aquí planteada, a que cuando se presente a su examen un proyecto de ley orgánica que no reúna los requisitos impuestos por la propia

Constitución, o en cuyo contenido se adviertan preceptos reservados a la ley ordinaria, la Sala deba sancionar tal infracción constitucional con el instrumento de la descalificación, sea de todo el proyecto o de los particulares preceptos apuntados, con la debida advertencia de que en el segundo supuesto planteado tales normas se tendrán por ordinarias y, en consecuencia, susceptibles de modificación o derogación por una mayoría simple de parlamentarios.

La referida descalificación de los proyectos de ley orgánica que incurran en los yerros apuntados, a más de ser una potestad impuesta por la propia Constitución, es una atribución inherente a esta Sala como máximo custodio de la Constitución, en cuanto implica llevar al plano de los hechos lo que afirmara en alguna ocasión, cuando convino en que su labor, desde un punto de vista político-judicial, consiste primordialmente “en mantener abierta la posibilidad de que, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas (los órganos del Poder Público), cumplan con sus objetivos y participen plenamente en la toma de las decisiones en que les quepa actuar y, una vez desarrollados sus derechos, deberes o potestades, según sea el caso, controlar en grado a la competencia que la propia Constitución o las leyes le atribuyen, la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental”. (Cfr. Sent. N°.1415 de 22-11-00, caso: Solicitud de Interpretación art.231 Constitución).” (Pierre, O. 2002, p.34).

Como se podrá comprender, este mecanismo de control preventivo de la constitucionalidad del carácter orgánico de los proyectos de ley, propende, sin ningún género de dudas, a solucionar el problema de prelación de fuentes que originó el ejercicio indiscriminado de la facultad conferida por el artículo 163 de la Constitución de 1.961 al Congreso de la República, para calificar como “orgánica” a cualquier ley que contara con la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley,

cuestión esta que permitió que se sancionaran con tal carácter, instrumentos normativos que, técnicamente, debían carecer del mismo.

Nótese, por una parte, que en el ejercicio de esta competencia la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tampoco está dirimiendo ningún conflicto intersubjetivo de intereses y que, por otra parte, la Sala se limita, como se afirma en el texto de la decisión en comentarios, a verificar que los requisitos establecidos en la Constitución para darle carácter orgánico a un proyecto de ley se encuentren satisfechos en el proyecto sometido a su consideración.

**La función de revisar la constitucionalidad de las leyes  
que hayan sido objeto de reparo presidencial antes de su  
promulgación**

Otra competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de control preventivo es revisar la constitucionalidad de las leyes que hayan sido objeto de reparo presidencial antes de su promulgación, conforme al procedimiento establecido en el Título V, Capítulo I, Sección Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, dispone el artículo 214 del Texto Fundamental:

“El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquel en que la haya recibido. Dentro de ese tiempo podrá, en acuerdo con el Consejo de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella.

La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados por el Presidente o Presidenta de la República, por mayoría absoluta de los diputados o diputadas presentes y le remitirá la ley para la promulgación.

El Presidente o Presidenta de la República debe proceder a promulgar la Ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la Ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitará el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso”.

Analizando la norma en comentarios, puede apreciarse que, en el último aparte, se restringió la legitimación para activar éste mecanismo de control. En efecto, corresponde exclusivamente al Presidente de la República la cualidad activa para poner en movimiento al órgano jurisdiccional (Sala Constitucional) para ejercer la revisión de la constitucionalidad de las leyes que hayan sido objeto de reparo por parte de aquel. El constituyente consideró inconveniente extender la legitimación para activar este

mecanismo de control preventivo a otras personas, pues, según se dice en la Exposición de Motivos de la Constitución:

“... con posterioridad a la promulgación de una ley, todas las personas tienen a su alcance la acción popular clásica del sistema de justicia constitucional venezolano y, además, la Sala Constitucional tiene el poder cautelar propio de toda Corte o Tribunal Constitucional en derecho comparado, en virtud del cual puede dictar cualquier medida que fuere necesaria para proteger los derechos humanos y garantizar la integridad de la Constitución”.

A los fines de determinar la oportunidad para activar efectivamente el mecanismo de control previo de la constitucionalidad al cual nos estamos refiriendo, en sentencia dictada el día 18 de noviembre de 2002, en el juicio de dos diputados de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en principio, aclaró que la norma en comentarios contiene dos mecanismos distintos de control, toda vez que tienen un mismo lapso para incoarse y cuyo resultado puede ser en ambos la promulgación de la ley, resultan excluyentes. Así las cosas, dispuso que:

“Es claro, que si se acoge el primer supuesto, corrija o no la Asamblea Nacional los vicios que sean denunciados, la ley debe ser promulgada según la decisión de la Asamblea Nacional. Si la decisión de la Asamblea nacional sobre la ley objeto de este procedimiento resultara inconstitucional, el ejecutivo, o cualquier interesado, puede incoar la acción de inconstitucionalidad ordinaria.

Si el Presidente opta por el otro control, cual es acudir a la Sala Constitucional para que examine la inconstitucionalidad de la ley o algunos de sus artículos, y la Sala decidiera en sentido positivo o negativo, el Ejecutivo obligatoriamente debe promulgar la ley, lo que significa que no puede acudir al primer supuesto, ya que la

norma (artículo 214 constitucional) ordena -en este último supuesto- que la ley se promulgue dentro de los cinco días siguientes a la decisión del tribunal, sin excepción alguna, por lo que el Ejecutivo mal podría incumplir el mandato constitucional y enviar la Ley a la Asamblea Nacional” (Pierre, O. 2002, p.15).

Destacaremos, una vez mas, que en el ejercicio de esta competencia la Sala Constitucional no está dirimiendo conflictos intersubjetivos de intereses y que el trámite judicial previsto no dispone la posibilidad de un debate contradictorio.

Cerraremos este epígrafe recordando que el fundamento de las competencias atribuidas a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, está representado por los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución consagrados en el artículo 7 del Texto Fundamental, en virtud de los cuales, todo acto del Poder Público, sin excepción debe estar sometido al control constitucional. Por esta razón, a la Sala Constitucional se le ha atribuido la competencia para controlar la constitucionalidad de todos los actos que emanen de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa de la Constitución o que tengan rango de Ley.

En este orden de ideas, sobra decir que en ejercicio de la denominada jurisdicción constitucional se patentiza, una vez más, esa noción de

supremacía que ostenta el Poder Judicial frente a los demás órganos del Poder Público.

### **La potestad de procurar la aplicación preferente del Texto Constitucional**

El artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que:

“Todos los jueces y juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

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....(sic)”.

De acuerdo con lo dispuesto en la norma constitucional arriba transcrita, todos los jueces tienen el poder y el deber de aplicar la Constitución y, en consecuencia, a dar preferencia a la constitución, sobre las leyes que la violen, y a declararlas inconstitucionales e inaplicables en los casos concretos de los cuales conocen<sup>6</sup>. Este poder-deber de los jueces de

---

<sup>6</sup> Desde 1803 la Corte Suprema de Justicia de los Estado Unidos de Norte América, en el caso de Marbury vs. Madison, estableció que:

“... es competencia y deber del ministerio judicial decir lo que la ley es. Los que aplican la ley a los casos particulares, necesariamente han de exponer e interpretar esta ley. Cuando dos leyes se contradicen, los tribunales deben definir la acción de cada una de ellas. Lo mismo acontece cuando una ley se opone a una Constitución. Si la ley y la Constitución se refieren a un caso particular de tal modo que el tribunal tiene que determinarlo en consonancia con lo la ley desestimando la Constitución, el tribunal deberá decidir cual de

considerar una ley inconstitucional aplicando preferentemente la Constitución, sólo puede ser ejercido en un proceso particular, iniciado a instancia de parte, donde la cuestión constitucional sólo es una cuestión incidental, y cuando su consideración es necesaria para resolver el caso. La decisión relativa a la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de una ley en un proceso concreto puede ser dictada de oficio, pues es deber de los jueces aplicar y respetar la supremacía de la Constitución (Brewer, A. citado por Haro, J. 2001, p. 281).

En una sentencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el día 25 de mayo de 2001, en el juicio del Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao en amparo, se pretendió dar respuesta a la siguiente interrogante ¿si en ejercicio del control difuso un juez puede interpretar los principios constitucionales, y en base a ellos, suspender la aplicación de una norma?, de la manera que a continuación se indica:

“Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones **motu proprio** que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de

---

estas dos normas en pugna rige el caso. Tal es fundamentalmente el deber judicial. Si, pues, los tribunales, han de observar la Constitución, y si la Constitución es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislación, aquella y no esta, deberá regir, el caso al que ambas se refieren....” (Wheare, K.. 1975, p.205).

los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado.

Ahora bien, el juez al aplicar el derecho adjetivo, debe hacerlo ceñido a la Constitución, adaptándose en sus actuaciones a lo constitucional, y por ello sin que se trate de un control difuso, sino de aplicación de la ley, puede anular los actos procesales que contraríen a la Constitución, y sus principios. Este actuar amoldado a la Constitución es parte de su obligación de asegurar la integridad constitucional y, dentro de la misma, el juez debe rechazar en su actividad todo lo que choque con la Constitución.

Conforme a lo expuesto, la defensa y protección de los derechos fundamentales corresponde a todos los jueces, los que los ejercen desde diversas perspectivas: mediante el control difuso y, otros, mediante el control concentrado; pero todo este control corresponde exclusivamente a actos netamente jurisdiccionales, sin que otros órganos del Poder Público, ni siquiera en la materia llamada cuasi-jurisdiccional, puedan llevarlo a cabo. El artículo 334 constitucional es determinante al respecto” (Ramírez & Garay, 2001, 287).

De la sentencia antes transcrita puede apreciarse que, en el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, no le estaría dado a los jueces la potestad de efectuar una interpretación particular de los principios y/o valores constitucionales que les permita llegar a conclusiones subjetivas propias que pudieran conducirlos a tomar la decisión de desaplicar alguna norma legal, pues, de acuerdo con la decisión que comentamos, esta sería una función exclusiva de los jueces que ejercen el control concentrado de la constitucionalidad, o sea, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En pocas palabras: de acuerdo con la decisión en comentarios, no puede el juez que ejercita el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, desaplicar una norma legal en el caso concreto sometido a su conocimiento, sobre la base de que por vía de interpretación llegó a la conclusión de que la misma estaría vulnerando uno o mas principios constitucionales, pues, de acuerdo con la doctrina de la Sala Constitucional, la función interpretativa que debe efectuarse para decidir si una norma de rango legal viola o no algún principio constitucional, le corresponde exclusivamente a los jueces que tienen atribuido el control concentrado de la constitucionalidad, o sea, a ella.

A nosotros nos parece, con el respeto y la consideración debidas, que esto es una exageración pues, en principio, “el juez siempre tiene que interpretar la Constitución cuando la va a aplicar” (Hoyos, A. 1998, p.11). En efecto, el juez sólo puede llegar a la conclusión de desaplicar una norma legal y a aplicar en su defecto la norma constitucional, efectuando una confrontación analítica de normas (o sea, un análisis “valorativo” de estas) que le permita afirmar, razonadamente, que la norma que ha de desaplicar es contraria a la constitucional que se propone aplicar.

Pero es que, además, como enseña Casal, J. (2000, p.221):

“la creación de una Sala Constitucional -o de un Tribunal Constitucional- en modo alguno implica concentrar en un órgano judicial todas las formas de defensa o de interpretación de la constitución o, dicho de otro modo, privar a los demás tribunales de las facultades correspondientes. Todas las vías procesales pueden, así sea indirectamente, servir de cauce para la defensa de las reglas y los principios constitucionales y para la interpretación constitucional. Es más, todos los jueces están obligados a interpretar las normas a la luz de la Constitución, por lo que esta debe hacerse presente en su diario trajinar. Lo que comporta el establecimiento de esta Sala es reconocer a la misma su condición de intérprete máximo, mas no exclusivo, del Texto Fundamental, tal como se colige del artículo 335”.

En este orden de ideas, nos parece que si bien es cierto que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es el órgano Jurisdiccional especializado en el control de la constitucionalidad que ha de interpretar de manera suprema el Texto Constitucional y que su interpretación, además, es de carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Cívero Nacional y los demás Tribunales de la República, todo ello a los fines de asegurar la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, no resulta menos cierto que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás Tribunales de la República no sólo pueden sino que deben interpretar la Constitución al aplicarla en los casos concretos que hayan sido sometidos a su consideración.

De modo que, en nuestro concepto, el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes los jueces deben interpretar la norma constitucional y, ante el evento de que estimen que la interpretación dada por la Sala Constitucional al precepto objeto de su análisis sea perjudicial, pueden corregirla y, en este caso, aplicar preferentemente la suya para permitir el ejercicio plenario del derecho contenido en el precepto constitucional objeto de su interpretación (Duque, R. 2002, p.7).

### **La potestad de procurar la integridad contextual de las disposiciones fundamentales**

El artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que todos los jueces de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y las leyes, están en la obligación de asegurar la integridad del Texto Fundamental.

A los fines de lograr asegurar la integridad del Texto Fundamental, dispone la norma en comentarios que los órganos jurisdiccionales, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, aún de oficio, apliquen preferentemente las disposiciones constitucionales (es lo que se conoce como el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al cual nos hemos referido anteriormente). Del mismo modo, dispone la norma a la cual nos estamos refiriendo que corresponde, de forma exclusiva, a la Sala

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella (es lo que se conoce como el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, al cual ya nos hemos referido).

Sin embargo, si se revisa la Exposición de Motivos del Texto Constitucional, puede apreciarse que en ella se ratifica la obligación que tienen todos los jueces de la República de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en su texto y en las leyes, reafirmandose de esta manera que la justicia constitucional en Venezuela es ejercida por todos los tribunales no sólo mediante el control difuso de la constitucionalidad, sino además, por otros medios, acciones o recursos previstos en la Constitución y en las leyes; de cuyos medios, acciones o recursos, el amparo constitucional es, apenas, uno de ellos y, como se dice textualmente está "destinad(o) a ofrecer una tutela judicial reforzada de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución".

Hace algunos años, analizando las diversas formas de control de la constitucionalidad, Brewer, A. (1977) sostenía que el control de la conformidad de los actos judiciales con la Constitución se encuentra

asegurado por los recursos judiciales del proceso ordinario, entre ellos, el recurso de apelación, que se ejerce para ante el Tribunal de alzada, y permite la revisión de la decisión judicial, por el Tribunal Superior; el recurso de casación, como medio de impugnación de sentencias que se ejerce (en nuestros días) ante el Tribunal Supremo de Justicia y que puede servir de medio de control de la constitucionalidad de las sentencias y, por último, el juicio de invalidación de sentencias, que en algunas de sus causales puede servir de medio de control de la constitucionalidad.

Mas cercano a nuestros días, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada el día 28 de julio de 2.000, en el juicio de Luís Alberto Baca, dispuso que todos los jueces de la República son tutores de la Constitución y que, por lo tanto, están obligados a restablecer la situación Jurídica infringida, al ser utilizadas las vías recursivas ordinarias. En efecto, dijo la Sala:

“... en materia procesal el legislador ha creado lapsos procesales para que se lleven a cabo actuaciones procedimentales, y al establecer esos términos, consideró que ellos eran aptos para que se pudieran realizar las actuaciones, lo que incluye las sentencias a dictarse en las causas, dentro del proceso signado por el principio de celeridad. Por ello, al dictarse una sentencia definitiva o interlocutoria apelable, si de ella resultase que se infringe algún derecho o garantía constitucional, no puede pensarse, que la situación no pueda ser reparada de inmediato si se apela, y la alzada decide dentro de los términos para ello. Hace esta consideración la Sala, ya que detecta en el foro una tendencia a ocurrir al amparo ante cualquier acto u omisión procesal que una parte considera que lo perjudica, o ante

cualquier fallo que subjetivamente una parte opina que la lesiona, siempre que a la actividad judicial se le atribuyan infracciones de índole constitucional. Sin embargo, si esas transgresiones existieran, y se apelase, sus efectos podrían muy bien ser enervados en un tiempo que impediría una lesión irreparable a la situación jurídica.

Sin mucha claridad, fallos de diversos tribunales, incluyendo los de varias Salas de la extinta Corte Suprema de Justicia, han negado el amparo al accionante, aduciendo que el mismo ha debido acudir a las vías procesales ordinarias, aunque sin explicar la verdadera causa para ello, cual es que por estas vías se podía restablecer la situación jurídica infringida antes que la lesión causare un daño irreparable, descartando así la amenaza de violación lesiva.

Sólo cuando la dilación judicial ponga en peligro inminente la reparabilidad de la situación jurídica, las partes podrán acudir al amparo, para lograr la finalidad que se procuraba ante el juez de la alzada, quien además es un protector de la Constitución, del restablecimiento de inmediato de la situación jurídica lesionada. Viene en estos casos, a ser el objeto del amparo, la dilación judicial como un hecho concurrente con la violación ya existente de los derechos y garantías violados por los actos, omisiones o sentencias judiciales, y que consolidan dichas infracciones.

Por ello, cuando la parte lesionada ha apelado, hay que esperar que fenezca el lapso señalado por la ley para fallar la apelación, sin que la alzada sentencie, para que así realmente surja el peligro de irreparabilidad de la lesión (por lo indefinido), que aunada a la actitud del juez, contraria a la justicia prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se convierte en otra infracción constitucional que hace procedente el amparo.

Pero si la parte ni apela, ni impugna a tiempo los fallos, es porque considera que no hay lesión alguna, que no hay situación jurídica que requiera ser restablecida, y por lo tanto está consintiendo en las transgresiones habidas, tal como lo contempla el numeral 4 del aludido artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. De autos se desprende que el 3 de marzo de 1999 se decretó el secuestro del inmueble, que contra dicha decisión no hubo ataque alguno por parte del hoy accionante.

Se ha venido interpretando que la víctima de la lesión tiene seis (6) meses para incoar la acción, y que por ello puede acudir al amparo así no haya apelado o reclamado oportunamente; pero tal

interpretación es contraria al numeral 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ya que la inactividad procesal del lesionado entraña signos inequívocos de aceptación de la situación, y por lo tanto constituye un consentimiento tácito.

Consecuencia de lo expresado, es que el amparo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no obra en sus supuestos como una acción que puede ser utilizada en cualquier momento en que lo considere el actor. Es por ello, que la doctrina y muchas sentencias, la consideran una acción extraordinaria, aunque en realidad no lo sea, ya que ella es una acción común que la Constitución vigente (artículo 27) otorga a todo aquél a quien se le infrinjan derechos y garantías constitucionales, pero cuya admisibilidad varía, de acuerdo a las diversas fuentes de transgresión constitucional que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales previene. Estas infracciones pueden provenir de vías de hecho, o estar contenidas en actos administrativos, normas jurídicas, actos u omisiones procesales, sentencias judiciales, etc.

Por lo tanto, no es cierto que *per se* cualquier transgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, y menos las provenientes de la actividad procesal, ya que siendo todos los jueces de la República tutores de la integridad de la Constitución, ellos deben restablecer, al ser utilizadas las vías procesales ordinarias (recursos, etc.), la situación jurídica infringida, antes que ella se haga irreparable”.

En este orden de ideas, teniendo presente que todos los jueces de la República son tutores de la integridad de la Constitución, y que ellos deben restablecer, al ser utilizadas las vías procesales ordinarias, la situación jurídica infringida, antes que ella se haga irreparable, resulta imperioso entender que, constituirán medios extraordinarios para el aseguramiento de la integridad constitucional, además de los ya mencionados (recursos de

apelación, casación y el juicio de invalidación), la reposición decretada por los jueces, la revocatoria por contrario imperio, etc.

No abundaremos mas en detalles pues, respecto de estos medios extraordinarios de control constitucional tendremos oportunidad de referirnos *infra*.

### **Función de conocer y resolver los recursos de interpretación de las normas constitucionales**

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 22 de septiembre de 2000, dictada en el juicio de Servio Tulio León, creó una acción (rectius: pretensión) autónoma de interpretación constitucional, la cual, en términos generales, tiene por objeto lo siguiente:

*Primero:* La interpretación de las normas constitucionales, cuando se alega que chocan con los principios constitucionales.

*Segundo:* La interpretación de los principios que rigen la Constitución, o las doctrinas de carácter general a las cuales ésta hace referencia, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable.

*Tercero:* La interpretación de la Constitución cuando ella se refiere a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria.

*Cuarto:* La interpretación de la Constitución cuando dos o más normas constitucionales, puedan chocar entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada.

*Quinto:* La interpretación de la Constitución cuando los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, que tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno tal y como lo dispone el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen normas que pudieran en apariencia contradecir normas constitucionales, lo que hace necesario dilucidar cuáles entre esas normas de igual rango, es la que priva.

*Sexto:* Establecer la constitucionalidad y vigencia en el derecho interno de aquellos Tratados y Convenios Internacionales, que remiten a organismos multiestatales que producen normas aplicables en los Estados suscritores, surgiendo discusiones si ellas se convierten en fuente del derecho interno a

pesar de no ser promulgadas por la Asamblea Nacional, o no haberlo sido por el antiguo Congreso de la República.

*Séptimo:* La interpretación a un nivel general, para establecer los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos.

*Octavo:* La interpretación Constitucional a los fines de resolver los “huecos legales” a nivel constitucional que se han creado en aquellas áreas donde parece sobreponerse normas del régimen legal transitorio a la Constitución, o donde ni el uno o el otro sistema constitucional tienen respuestas, debido a que ninguna norma luce aplicable a la situación, o que ella se hace dudosa ante dos normas que parcialmente se aplican.

*Noveno:* La interpretación sobre el contenido y alcance de las normas constitucionales vigentes que tienen plena aplicación desde que se publicó la Constitución, en todo cuanto no choque con el régimen transitorio, pero que se encuentran aún sin desarrollo legislativo, toda vez que no pueden estar a la espera de acciones de amparo, de inconstitucionalidad o de la facultad

revisora, porque de ser así, en la práctica tales derechos quedarían en suspenso indefinido.

*Décimo:* La interpretación de normas constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes, y ante tal situación, a fin que puedan aplicarse, hay que interpretarlas en sentido congruente con la Constitución y sus principios.

*Undécimo:* La interpretación del Texto Constitucional para declarar la congruencia o no del mismo con las facultades atribuidas al constituyente en las bases preestablecidas (bases comiciales).

La Sala Constitucional es una más de las Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia, para darse cuenta de ello no hace falta más que dar una lectura del artículo 262 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. A esta Sala Constitucional le corresponde ejercer la denominada "jurisdicción constitucional" conforme al Título VIII del Texto Fundamental, tal y como lo postulan los artículos 266, numeral 1, 334, segundo aparte, 335 y 336 eiusdem.

De acuerdo con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

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

Esta labor de interpretación constitucional la ejercita la Sala Constitucional en cumplimiento de las atribuciones que le confiere expresamente el artículo 336 del Texto Fundamental. Sin embargo, en el catálogo de competencias que le son atribuidas por esta norma a la Sala Constitucional, no se hace referencia a la “acción (rectius: pretensión) autónoma de interpretación constitucional”, de manera tal pues que, en esta sentencia del 22 de septiembre de 2000, dictada en el juicio de Servio Tulio León, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia creó, ex novo, esta competencia dotándola de una naturaleza jurídica cuestionable, de un objeto amplio y detallado (como ya hemos tenido oportunidad de destacar), de una legitimación, de unos efectos y, por si esto no fuese suficiente, de un procedimiento de actuación para este caso en concreto (Figuerelo, A. 2001, p.267).

Advertido lo delicado del caso (y estando conscientes de que no forma parte del objeto de la investigación) bien merece la pena fijar posición, aún y cuando sea en muy pocas líneas, respecto de esta “auto atribución de competencia” que ha efectuado la Sala Constitucional.

Revisado el Texto Constitucional se comprende que las competencias de la Sala Constitucional en el marco del Estado democrático, social de derecho y de justicia en el cual se ha constituido Venezuela (ex artículo 2 constitucional), tienen un claro objetivo y denominador común: controlar la constitucionalidad de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, como máximo garante de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución que se encuentran consagrados en el artículo 7 de la Carta Fundamental de la República.

En este orden de ideas, tenemos que en el Capítulo referido a la Garantía de la Constitución, se ha dotado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del carácter y de las competencias que tienen en derecho comparado cualquier Corte o Tribunal Constitucional. Precisamente por esta circunstancia se indica en el artículo 335 constitucional que el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación.

Pero, tal y como se explica en la “Exposición de Motivos del Texto Constitucional” las facultades interpretativas que en tal sentido se otorgan al Tribunal Supremo de Justicia:

“sólo pueden ser ejercidas por órgano de la Sala Constitucional, pues a ella le corresponde exclusivamente el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Además, con fundamento en el principio de la división de poderes tales facultades no pueden ejercerse de oficio o mediante acuerdos, sino con motivo de una acción popular de inconstitucionalidad, acción de amparo, recurso de interpretación de leyes u otro caso concreto de carácter jurisdiccional cuya competencia esté atribuida a la Sala Constitucional”.

Así las cosas, se entiende que en franco respeto al principio de la división de los poderes que prescribe el artículo 136 del Texto Fundamental, la Sala Constitucional debe eximirse de asumir, oponiendo su condición de máximo y último intérprete (y no el único) de la Constitución, las competencias que la propia Constitución le atribuye a los demás órganos del Poder Público. En pocas palabras, no puede legislar, ni dirigir el gobierno, etc., pues estaría usurpando funciones de otros órganos constitucionales (Haro, J. 2000, p.456).

En este orden de ideas, estimamos que acierta el Dr. Haro, J. (2000, p.456) al afirmar que:

“En la sentencia 1077 de la Sala Constitucional encontramos un claro ejemplo de lo que dicho órgano no puede hacer constitucionalmente. En esa sentencia la Sala se atribuye el

carácter de primer intérprete de la Constitución al arrogarse la potestad de establecer interpretaciones in abstracto de la Constitución, entre otros objetivos, para legislar y controlar la constitucionalidad del propio Texto fundamental. De esta manera la Sala Constitucional ha pasado de órgano de control a órgano de acción o dirección, de Poder Judicial a Poder Legislativo, de Poder Constituido a Poder Constituyente”.

Y es que ello es así pues, siendo integrante del Poder Judicial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se encuentra sometida al más estricto principio de legalidad y, por lo tanto, sus deberes y atribuciones son las definidas por la Constitución, los tratados, acuerdos y convenios internacionales suscritos por la República, la Ley Orgánica del Poder Judicial, La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y las demás leyes, y a ellas debe sujetarse su ejercicio, tal y como lo prescriben los artículos 137 del texto fundamental y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De manera tal pues que, haber asumido para sí una competencia que ni la Constitución ni la ley le han atribuido expresamente, hace que esta actuación de la Sala Constitucional la coloque al margen no sólo de la intención del Constituyente sino del principio de división de poderes y de otras normas y principios constitucionales que, por lo limitado del espacio, resultan manifiestamente imposible detallar en esta oportunidad, todo lo cual pone en duda su legitimidad para conocer y decidir estas “acciones (rectius: pretensiones) autónomas de interpretación constitucional” que ha creado con el único objetivo de establecer interpretaciones in abstracto de la Constitución, con

vocación evidentemente legislativa, sin que medie un caso concreto (Haro, J. 2000, p.459).

Efectuado el paréntesis anterior, corresponde ahora destacar los aspectos mas importantes de estas peculiares “acciones (rectius: pretensiones) autónomas de interpretación constitucional”, a las cuales la Sala Constitucional denomina “recurso de interpretación constitucional”.

Tratando de justificar el ejercicio de la potestad de interpretar en abstracto el Texto Fundamental, la Sala Constitucional aduce lo siguiente:

“A esta Sala corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima y última de la Constitución, y debido a tal exclusividad, lo natural es que sea ella quien conozca de los recursos de interpretación de la Constitución, como bien lo dice la Exposición de Motivos de la vigente Carta Fundamental, no siendo concebible que otra Sala diferente a la Constitucional, como lo sería la Sala Político Administrativa, pueda interpretar como producto de una acción autónoma de interpretación constitucional, el contenido y alcance de las normas constitucionales, con su corolario: el carácter vinculante de la interpretación.

**Así como existe un recurso de interpretación de la ley, debe existir también un recurso de interpretación de la Constitución, como parte de la democracia participativa, destinado a mantener la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la vigente Constitución), por impulso de los ciudadanos.** El proceso democrático tiene que ser abierto y permitir la interacción de los ciudadanos y el Estado, siendo este “recurso” una fuente para las sentencias interpretativas, que dada la letra del artículo 335 *eiusdem*, tienen valor *erga omnes*.

El que entre las atribuciones de Tribunales o Salas Constitucionales de otros países no exista un recurso autónomo de interpretación constitucional, y que las “sentence interpretative

di rigetto” en Italia, genere problemas, no es un obstáculo para que esta Sala, dentro del concepto ampliado de recurso de interpretación de la ley, se aboque a interpretar la Constitución, mediante actos jurisdiccionales provenientes del ejercicio del recurso de interpretación constitucional, y como resultado natural de la función interpretativa que el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye a la Sala Constitucional.

Viene a convertirse la Sala en una fuente para precaver conflictos innecesarios o juicios inútiles, al conocerse previamente cuál es el sentido y alcance de los principios y normas constitucionales necesarios para el desarrollo del Estado y sus poderes, y de los derechos humanos de los ciudadanos”. (Las negrillas son propias).

Estableciendo la legitimación necesaria para demandar la interpretación constitucional, afirma la Sala Constitucional que:

***“.... cualquiera con interés jurídico actual puede solicitar la interpretación de la ley conforme a las previsiones legales, y también la interpretación de la Constitución, para así obtener una sentencia de mera certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales; acción que sería de igual naturaleza que la de interpretación de la ley.***

Pero como no se trata de una acción popular, como no lo es tampoco la de interpretación de ley, quien intente el “recurso” de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada....” (Las negrillas son de quien escribe).

Pero, también se destaca en la sentencia que comentamos el carácter no contencioso de este “recurso de interpretación constitucional”. En efecto, dice la sentencia que:

**“.... con el recurso de interpretación no se trata de dirimir controversias de ninguna clase, aunque dentro de la sociedad pueden haber personas que no comparten la necesidad de interpretación conectada con la situación particular y que pueden oponerse a ella, o que quieren coadyuvar con la correcta interpretación. Se trata exclusivamente de esclarecer o complementar la función del Estado y de sus distintos poderes, a fin que la función pública se lleve a cabo adaptada a la Constitución; así como delimitar en relación con la situación en que se encuentra el accionante, los derechos humanos a que tiene derecho, como una tuición preventiva, ajena al amparo, ya que puede tener lugar sin que medie amenaza.....”. (Las negrillas son propias).**

Importante resulta hacer notar que también se determinan en la sentencia en comentarios “los efectos” de la decisión que en la definitiva resuelva el “recurso de interpretación constitucional”. En efecto, se dice textualmente que:

“.... Para la Sala, una acción tendiente a interpretar la Constitución es más importante que la que preveía el citado artículo 8 de la Ley Orgánica de la Corte Federal, la cual sigue siendo posible incoarla, ya que se repite en el numeral 14 del artículo 42 de la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, la acción de interpretación constitucional origina un proceso contencioso que produce declaraciones de mera certeza.....”.

Por otra parte, la Sala Constitucional estatuye las causales de inadmisibilidad de este “recurso”, así tenemos que:

“..... la Sala puede declarar inadmisibile un recurso de interpretación que no persigue los fines antes mencionados (los once que hemos tenido la oportunidad de mencionar al inicio de este epígrafe), o que se refiera al supuesto de colisión de leyes con la Constitución, ya que ello origina otra clase de recurso. Igualmente podrá declarar inadmisibile el recurso cuando no constate interés jurídico actual en el actor.

Advierte esta Sala, que la petición de interpretación puede resultar inadmisibile, si ella no expresa con precisión en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente. Igualmente, será inadmisibile el recurso, cuando en sentencias de esta Sala anteriores a su interposición, se haya resuelto el punto, sin que sea necesario modificarlo; o cuando a juicio de la Sala, lo que se plantea no persigue sino la solución de un conflicto concreto entre particulares o entre éstos y órganos públicos, o entre estos últimos; o una escondida forma destinada a lograr una opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley.....” (Lo que está dentro de los paréntesis es nuestro).

Finalmente, establece la Sala Constitucional el iter procedimental a seguir para el trámite de estos “recursos de interpretación constitucional”:

“.... Dadas las consideraciones que se han expuesto en este fallo, esta Sala estima que no existe razón lógica ni teleológica para que la interpretación de la Constitución no se pueda realizar, aun cuando ni la Constitución, ni la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecen un procedimiento para ventilar el recurso de interpretación, y por ello, tratándose de un asunto de mero derecho, que no requiere de instrucción de hechos, no considera necesario la Sala aplicarle el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, remitiéndose a uno de los

procedimientos existentes en dicha ley, para ventilar las diversas demandas que ella contiene.

Por lo tanto, presentando el recurso, en el cual se indica su objeto, con indicación de las normas y principios sobre los que se pide la interpretación sobre su contenido y alcance; la Sala lo admitirá o no, y en caso que lo admita, en aras a la participación de la sociedad, si lo creyere necesario emplazará por Edicto a cualquier interesado que quiera coadyuvar en el sentido que ha de darse a la interpretación, para lo cual se señalará un lapso de preclusión para que los interesados concurren y expongan por escrito (dada la condición de mero derecho), lo que creyeren conveniente. Igualmente y a los mismos fines se hará saber de la admisión del recurso, mediante notificación, a la Fiscalía General de la República y a la Defensoría del Pueblo, quedando a criterio del Juzgado de Sustanciación de la Sala el término señalado para observar, así como la necesidad de llamar a los interesados, ya que la urgencia de la interpretación puede conllevar a que sólo sean los señalados miembros del Poder Moral, los convocados.

Una vez vencido los términos anteriores, se pasarán los autos al ponente nombrado en el auto de admisión, a fin que presente un proyecto, el cual se guiará en su presentación, discusión, etc, por las normas que rigen las ponencias.....”.

### **De las manifestaciones del control jurisdiccional endógeno**

Al Estado y a la sociedad misma le interesa que en los procesos judiciales se alcance el más alto grado de justicia, no en vano se ha dispuesto en el artículo 257 constitucional, que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Para lograr este cometido lo más lógico resulta asegurar que las decisiones judiciales sean, en principio, ajustadas a derecho y, por vía de consecuencia, el resultado de un proceso sin errores y con la garantía de los derechos de los justiciables.

Así las cosas, resulta que el control de la conformidad de los actos judiciales con el derecho está asegurado a los justiciables por los “recursos procesales legalmente establecidos”, tales como el recurso de apelación, que se ejerce ante el tribunal de alzada y permite la revisión de las decisiones judiciales tanto definitivas<sup>7</sup> como interlocutorias<sup>8</sup>; el recurso de hecho contra los autos que nieguen la apelación ejercida por las partes<sup>9</sup>; la revocatoria por contrario imperio de los actos y providencias de mera sustanciación<sup>10</sup>.

Nuestro sistema del doble grado de jurisdicción está regido por los principios *dispositivo* y de la *personalidad del recurso de apelación*, en consecuencia, ejercido el recurso de apelación el juez superior sólo puede conocer de aquellas cuestiones que le han sido expresamente sometidas a su conocimiento en la medida del agravio sufrido en la sentencia del primer grado (*tantum devolutum quantum appellatum*), quedándole prohibido al

---

<sup>7</sup> Conforme al artículo 288 del Código de Procedimiento Civil: “De toda sentencia definitiva dictada en primera instancia se da apelación, salvo disposición especial en contrario”.

<sup>8</sup> Conforme al artículo 289 del Código de Procedimiento Civil “de las sentencias interlocutorias se admitirá apelación solamente cuando produzcan gravamen irreparable”.

<sup>9</sup> De acuerdo con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil “negada la apelación, o admitida en un solo efecto, la parte podrá recurrir de hecho, dentro de cinco días, más el término de la distancia, al Tribunal de alzada, solicitando que se ordene oír la apelación o que se la admita en ambos efectos y acompañará copia de las actas del expediente que crea conducentes y de las que indique el Juez si éste lo dispone así. También se acompañará copia de los documentos o actas que indique la parte contraria, costeándolos ella misma. El auto que niegue la apelación o la admita en un solo efecto, fijará el término de la distancia, si fuere procedente, a los efectos del recurso de hecho”.

<sup>10</sup> El artículo 310 del Código de Procedimiento Civil dispone que “los actos y providencias de mera sustanciación o de mero trámite, podrán ser revocados o reformados de oficio o a petición de parte, por el Tribunal que los haya dictado, mientras no se haya pronunciado la sentencia definitiva, salvo disposiciones especiales. Contra la negativa de revocatoria o

superior empeorar la condición (o situación) de quien interpuso la apelación (*reformatio in peius*). De este modo resulta que los efectos de la apelación interpuesta por una parte no benefician a la otra que no ha recurrido y, además, que los puntos del fallo que no han sido objeto del recurso quedan firmes.

Si bien es cierto que en el segundo grado de la jurisdicción el juez decide la controversia *ex novo*, no es menos cierto que esta no se amplía en su contenido, sino que se circunscribe a los mismos términos en los cuales ésta quedó planteada en la oportunidad de la contestación de la demanda; recuérdese que de acuerdo con lo establecido en el artículo 364 del Código de Procedimiento Civil, terminada la contestación o precluido el plazo para realizarla, no podrá admitirse la alegación de hechos nuevos en la causa.

Es necesario destacar que aunque el proceso se desarrolle a través de dos instancias, ello no obsta el carácter de unidad y unicidad de la función jurisdiccional, toda vez que la misma no es fraccionable, y a pesar de que las decisiones puedan ser distintas en cuanto a su contenido, las que se dictan en primero o segundo grado, en el entendido de que la alzada puede revocar en todo o en parte la sentencia del *a quo*, no se puede negar que la

---

reforma no habrá recurso alguno, pero en el caso contrario se oirá apelación en el solo efecto devolutivo”.

prestación jurisdiccional del Estado es única, como única será la sentencia que en definitiva dicte la alzada, no obstante el sistema de doble juzgamiento (Bacre, A. 1999, p.84).

Lo dicho anteriormente reviste capital importancia pues, en términos generales, de primera o de segunda instancia, el juez está habilitado para ejercer a cabalidad todas las potestades jurisdiccionales.

Así tenemos que, estando el Estado interesado en asegurar que las decisiones judiciales sean el resultado de un proceso sin errores y con la garantía de los derechos de los justiciables, y habiéndose operado en el derecho procesal moderno el tránsito del “juez espectador” al “juez director”, no es misión del magistrado, con respecto a las nulidades del proceso, únicamente declararlas, éste debe, además, prevenirlas (Maurino, A. 1995, p.75; De Santo, V. 1999, p.69).

Adaptado a las modernas corrientes procesales, el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil instituye al juez venezolano como “el director del proceso”, lo que no puede comprenderse de otra forma, si se tiene en cuenta que, tal y como se dispone en la Exposición de Motivos del Texto Adjetivo Civil:

“... el proceso una vez iniciado, no es asunto exclusivo de las partes, pues al requerirse el ejercicio de la función jurisdiccional, entra en juego también el interés público en una recta y pronta administración de justicia, lo que justifica el aumento de los poderes del Juez para la dirección del proceso”.

Resulta que el juez tiene no sólo la autoridad para declarar la nulidad de aquellos actos del proceso que afecten o comprometan su validez, sino también el deber<sup>11</sup> de prevenir esas nulidades. Así tenemos que en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil se prevé lo siguiente:

“Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, **evitando o corrigiendo** las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez.

En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado”. (Las negrillas son propias).

Se comprende entonces que el juez, habiendo advertido la existencia de un vicio que pueda afectar sustancialmente la validez de la causa en la que conoce, aún de oficio, puede, perfectamente, declarar la nulidad del acto que

---

<sup>11</sup> Morello, A. (2001, p.187), ha sentenciado que si los poderes-deberes no generan en los jueces (sea por su formación, hábitos o apatía) la necesidad de ejercerlos en forma activa, constante, de modo que la participación pública, principalmente interesada en los resultados que arroja el fenómeno litigio, sea real, como la autoridad que la dirige, el platillo se inclinará inmediatamente del lado de las partes y aquel –el juez-, al perder el comando y dirección del debate y de su resultado social –la justa composición de la litis, la razonable tutela a quien tiene derecho de merecerlo- incurrirá, ineludiblemente, en la alternativa expuesta por Couture; los poderes que (teóricamente) tiene, en la práctica, por esa deflación o minorización temperamental que no encuentra el imprescindible apoyo en la categoría de “deberes” que le impone la ley, son y seguirán siendo menos que los que la ley enuncia, sin que el juez tenga la valentía de categorizarlos como verdaderos deberes.

la padece (siempre y cuando el acto no haya alcanzado el fin al cual haya estado destinado, excepción hecha de que el vicio sea la consecuencia del quebrantamiento de leyes de orden público pues, de acuerdo con el artículo 212 del Código de Procedimiento Civil, estos vicios no podrán subsanarse ni aún con el consentimiento de las partes) y reponer la causa al estado en el cual haya ocurrido el acto nulo (cuando el quebrantamiento sea de tal entidad que afecte de nulidad los actos subsiguientes de aquel), u ordenar la renovación del acto declarado nulo (siempre que la nulidad de éste no afecte a los demás), todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 206 y 207 *eiusdem*.

Ahora, si la nulidad del acto la observare el juez del segundo grado de la jurisdicción, deberá ordenar ya la reposición de la causa ya la renovación del acto írrito (antes de que el a quo dicte sentencia), según las circunstancias particulares del caso, según lo aconseja el artículo 208 del Texto Adjetivo Civil. Sin embargo, si la nulidad la hallare el tribunal superior en la sentencia del de primera instancia, deberá, entonces, resolver también sobre el fondo del litigio, de acuerdo con el artículo 209 *ibidem*.

Téngase presente que, en cada uno de los casos apuntados, el juez se encuentra ejerciendo el deber de asegurar al justiciable la posibilidad de disfrutar del debido proceso legal que le garantiza el artículo 49 del Texto

Constitucional, en este sentido debe tener siempre en cuenta que la misión de las nulidades va más allá del mero aseguramiento de la observancia de las formas procesales, ya que su propósito fundamental es velar por el cumplimiento de los fines encomendados por la ley al instituto (Maurino, A. 1995, p.38; De Santo, V. 1999, p.49).

En este sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha construido una interesante doctrina acerca del instituto de la “reposición”, pronunciándose en diversos fallos acerca de lo que entraña la indebida reposición de la causa, el principio finalista y lo que debe perseguir la reposición.

En efecto, en sentencia emanada de esa Sala el día 15 de marzo de 2000, dictada en el juicio de Adalberto Fuenmayor y otros contra la Universidad del Zulia, se prescribió que:

“.... la indebida reposición de un proceso entraña una nítida lesión al derecho subjetivo fundamental del justiciable, de virtual progeie constitucional, a un proceso sin dilaciones indebidas-, cuando se tiene en cuenta <la grave pérdida procesal que genera toda reposición, en forma que muchas veces, al menos en la mente y en los objetivos de los litigantes, se encuentra inmerso el oscuro propósito de buscar la nulidad por la nulidad misma, con desprecio del principio que siempre ha distinguido entre lo esencial y lo secundario, entre lo falso y lo verdadero, entre lo real y lo presunto, de modo de que la nulidad de un acto del proceso sea la resultante cierta y verdadera del quebrantamiento de una forma esencial del juicio, de la cual dependa en una u otra el derecho de defensa (...). La Sala se afilió a esta orientación de la

doctrina, poniendo énfasis en el objetivo de reducir al mínimo la pérdida procesal que resulta de toda declaración de nulidad, con las consiguientes lesiones al principio de economía procesal y de la estabilidad del juicio>. (Márquez Añez, Leopoldo; El nuevo Código de Procedimiento Civil, Fondo de Publicaciones UCAB-Fundación Polar, Caracas, 1987, p.p. 40 y 42)".

Mas tarde, en sentencia de fecha 24 de mayo de 2000, dictada en el juicio de José Benítez Rodríguez contra la C.A. Bananera Venezolana, dispuso la Sala que:

"... las reposiciones deben perseguir una finalidad útil para corregir así los vicios ocurridos en el trámite del proceso. Ello conduce a que los jueces deben examinar exhaustivamente y verificar la existencia de algún menoscabo de las formas procesales, que implique violación del derecho a la defensa y del debido proceso, para acordar una reposición".

Consecuentes con la posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, reiteraremos en esta oportunidad que en Venezuela, como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que es, *el derecho a la protección o tutela judicial de los derechos* (mismo que se deduce de la interpretación concatenada de los artículos 26, 49, 253 y 257 del Texto Constitucional) impide una perspectiva excesivamente formalista del operador de justicia. No es admisible, a la luz del derecho en análisis, el establecimiento de obstáculos excesivos producto de un formalismo ritualista que no sería coherente ni concordante con el derecho a la justicia, cuando estos formalismos (o formalidades) no aparezcan justificados, legitimados o

proporcionados conforme a sus finalidades, vale decir, cuando no sean adecuados a la Constitución.

Con tal afirmación no se desconoce que las formas y requisitos procesales cumplen una función importante para la ordenación del proceso, sólo se quiere señalar que no cualquier irregularidad formal puede constituirse en un obstáculo insalvable para la protección de los derechos. Entonces, si bien es cierto que los requisitos formales deben interpretarse y aplicarse en forma flexible, atendiendo a su finalidad y procurando que respecto de su incumplimiento no se acompañen consecuencias ilegítimas o desproporcionadas en relación al fin de protección de los derechos de las partes, no es menos cierto que no debe “abusarse” en la permisividad del relajamiento de las formas procesales pues, de esta manera, podría igualmente incurrirse en ilegitimidades que atentaría contra el derecho a la defensa de las partes y, por qué no decirlo, contra la garantía de la seguridad jurídica de éstas.

Los juicios de razonabilidad y proporcionalidad deben imperar a la hora de interpretar las normas procesales que se encuentren referidas a esta materia. Así las cosas, la reposición de la causa al estado en el cual se ha producido el acto nulo y/o la renovación de los actos deben ser decretados si y solo si las formalidades que se han dejado de observar son “esenciales”, a los fines

de dar cumplimiento al precepto contenido en el artículo 257 del Texto Constitucional.

En este orden de ideas, tenemos que el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce el derecho a todos los justiciables a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el entendido de que esa decisión no tiene por qué ser favorable a las peticiones del actor, y que aunque normalmente esa decisión recaiga sobre el fondo, bien puede suceder que no se entre en él por varias razones. Entre ellas se encuentra que el órgano judicial instado no se considere competente o que, por el contrario, estime que carece de jurisdicción.

Los límites dentro de los cuales el juez ha de ejercer la jurisdicción, le son impuestos por las reglas de la competencia.

La incompetencia es una determinación de carácter dual pues, por una parte, excluye al juez del conocimiento de una determinada causa y, al propio tiempo, sirve para determinar al juez competente, por estar comprendido el asunto dentro del ámbito de sus poderes y atribuciones legales. En este sentido, resulta que, al declararse la incompetencia del juez para conocer una determinada causa, se declara también cual es el competente para ello

dentro de los demás órganos del Poder Judicial. Sobra decir que el juez declarado incompetente siempre tendrá jurisdicción, pues al ser elegido juez queda investido del poder orgánico de administrar justicia, sólo que no tiene competencia para conocer y decidir el asunto concreto sometido a su conocimiento pues, como se ha dicho ya, éste no se encuentra comprendido dentro del ámbito de poderes y atribuciones que le han sido asignados por las normas de la competencia (Rengel, A. 1994, p.299).

Las posibles consecuencias derivadas de la solución de un conflicto de competencia serán: en caso de que se afirme la competencia del juez que conocía de la causa, este habrá de continuar conociéndola; si, por el contrario, resultara que se niega su competencia, el conocimiento de la causa se trasladará al juez que resulte competente, véase al respecto el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil.

En cambio, hay falta de jurisdicción, cuando el asunto sometido a la consideración del juez no corresponde en absoluto a la esfera de poderes y deberes que idealmente están comprendidos en la función genérica de administrar justicia, atribuida a los órganos del Poder Judicial (Rengel, A. 1994, p.299). Como se sabe, la jurisdicción, como potestad dimanante de la soberanía del Estado, tiene establecidos algunos límites externos, a saber: uno, la esfera de atribuciones de las otras ramas del Poder Público y,

específicamente, la potestad de la Administración Pública para dirimir ciertas cuestiones, véase al respecto lo establecido en los artículos 136 y 137 del Texto Fundamental y 59 del Código de Procedimiento Civil; otro, que no puede extenderse a asuntos que, por su naturaleza correspondan al conocimiento de jueces extranjeros, lo que quiere decir, que no puede ir mas allá del territorio sobre el que Venezuela ejerce su soberanía, véase al respecto los artículos 5, 10, 11 y 253 del Texto Constitucional y 2, 4, 6 y 59 del Código de Procedimiento Civil (Zoppi, P. 1989, p.43).

Las posibles consecuencias derivadas de la solución de un conflicto de jurisdicción serán: en caso de que se afirme la jurisdicción, el juez que conocía de la causa habrá de continuar conociéndola; si, por el contrario, resultara que se niega la jurisdicción, la causa se extingue.

La declaratoria de falta de jurisdicción y/o de la incompetencia del juez, hechas oficiosamente o a requerimiento de parte, tiene su justificación en la garantía constitucional de que nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales (artículo 49, ordinal 4º) y conforme a los procedimientos legalmente establecidos y a la competencia que corresponda a los jueces según la ley dictada de acuerdo con la Constitución de la República (artículo 253, primer aparte), e implica una razón de economía procesal, evitar la inseguridad en el juicio, a la vez que es garantía de la igualdad de las partes en el proceso,

pues se evita al demandado, sorpresas del actor, quien de otro modo pudiera escoger a su antojo el juez de su conveniencia y soslayar el procedimiento, con mengua del derecho a la defensa del demandado si el procedimiento y la jurisdicción escogidos por el actor fueran suficientemente atributivos de competencia sin tomarse en cuenta los alegatos del demandado (Rengel, A. 1994, p.61).

Restan por mencionar los medios excepcionales de control jurisdiccional, dentro de los cuales podemos mencionar, el *recurso de casación*, como medio de impugnación de sentencias, ejercido ante el Tribunal Supremo de Justicia y que actúa como medio de control de la constitucionalidad y legalidad de las mismas, tal como se establece en el ordinal 8º del artículo 266 de la Constitución de la República, el artículo 42, numerales 31 y 33 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil; el *juicio de invalidación* que se ejerce contra Sentencias ejecutorias o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal (véase al respecto el artículo 327 del Código de Procedimiento Civil), mediante este procedimiento, sin duda extraordinario, se pretende anular el fallo producido en base a un error de hecho imputable a la culpa del interesado o a circunstancias involuntarias, fundamentado sobre hechos insuficientemente conocidos o totalmente desconocidos, tendiendo el recurso a demostrar la falsedad de esa fundamentación (Borjas, A. 1973, p.211); el *amparo*

*constitucional contra sentencias*, previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la novísima *pretensión autónoma de fraude procesal*, dispuesta para reclamar la inexistencia de un juicio fraudulento mediante el trámite previsto para el procedimiento ordinario (ex artículo 338 del Código de Procedimiento Civil).

## **CAPÍTULO III**

### **LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

#### **Transición**

En el CAPÍTULO II hemos tenido la oportunidad de referirnos a los fines propios de la jurisdicción, así entendimos que a esta función del Estado pueden serle atribuidos tres (3) fines diversos: individuales o privados, públicos y sociales.

Del mismo modo, hemos tenido la oportunidad de destacar el contenido de la jurisdicción. Lo que nos permitió develar que la actividad jurisdiccional no se concentra en el acto conclusivo del proceso de cognición, o sea, en la sentencia, ni que la cosa juzgada puede ser tenida como un elemento esencial de la actividad jurisdiccional, toda vez que existe una serie de actos que son realizados por el órgano jurisdiccional durante el proceso, antes y aún después de la sentencia, que, si bien no son susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada, constituyen, sin embargo, actividad esencialmente jurisdiccional.

Del mismo modo, tuvimos la oportunidad de hacer patente que, en nuestros días, la jurisdicción ha dejado de ser simplemente una actividad dirigida a la solución de conflictos intersubjetivos de intereses, toda vez que, si bien la jurisdicción comprende la solución de conflictos, esta no se agota en ella, pues hemos visto como en determinados casos se ejercita la jurisdicción para satisfacer intereses jurídicamente tutelables sin necesidad de que estos estén en conflicto.

### **Generalidades**

Además de la “función primordial” que le ha sido asignada a los órganos que integran el Poder Judicial, estos actúan con frecuencia otorgando verdadera tutela jurídica con motivo de situaciones que no sugieren, ni remotamente, la existencia de un conflicto intersubjetivo de intereses, pero en las cuales la necesidad o la ley imponen la intervención del Juez para dar “eficacia” a determinados actos de los justiciables que es menester integrar, autorizar u homologar; para agregar a otros el sello de autenticidad o publicidad; para proteger a las personas o intereses de los incapaces mediante la designación de sus representantes (tutores, curadores, etc.) y la fiscalización de sus actos; para asegurar la seriedad y legalidad de los negocios y conservación de ciertos derechos, etc.

## Concepto de jurisdicción voluntaria

La doctrina se encuentra dividida en torno a la esencia de la jurisdicción voluntaria, y así se han expuesto una serie de opiniones que pueden ser agrupadas en tres (3) grandes grupos, a saber: a) las posiciones que estiman que esta es una actividad eminentemente jurisdiccional, b) las que estiman que la jurisdicción voluntaria es, simplemente, actividad administrativa atribuida a los jueces y, c) aquella que considera a la jurisdicción voluntaria como una actividad especial del Estado.

Los aspectos que iremos examinando, están referidos unos a la causa o presupuesto del ejercicio de las respectivas actividades; otros, por el contrario, atienden sólo a la forma del procedimiento; otros tantos al modo de resolverse la necesidad que determina su actuación y, otros, por último, atienden a la función o finalidad que persigue la jurisdicción voluntaria en el mundo del Derecho. Como hay posiciones doctrinarias que enfocan a la vez a varios de estos aspectos, debemos advertir que el orden en el que haremos su exposición no será, pues no puede serlo, absolutamente sistemático toda vez que la materia que estudiamos se resiste a ello.

## **Doctrinas que consideran a la jurisdicción voluntaria como actividad jurisdiccional**

Para Carnelutti, F. (1973, p.44), una experiencia secular demuestra que de la institución procesal, y particularmente de la obra del juez, se puede hacer uso provechosamente también para fines diversos de la composición de la litis.

Precisamente en razón de la diversidad del fin se ha venido, durante siglos, perfilando la distinción entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, con la segunda de las cuales fórmulas se acostumbra a denotar la función del Juez dirigida a fines distintos de la composición de la litis (Carnelutti, F. 1973, p.44).

En este sentido, afirma, *la prevención de la litis* es el fin específico del proceso voluntario (denominación bajo la cual alude a la jurisdicción voluntaria), el cual es para el proceso contencioso lo que la higiene para la curación de las enfermedades. Esta prevención se obtiene regulando con justicia y determinando con certeza las relaciones jurídicas en los casos en que el peligro de la injusticia o de la falta de certeza es mas grave (Carnelutti, F. 1973, p.45).

Luego, al objeto de prevenir la litis, sirve el proceso, como sirve para reprimirla: mediante la colaboración de las partes, el juez interviene para constituir un efecto jurídico que sin dicha intervención no se produce (Carnelutti, F. 1973, p.45).

Satta, S. (1971, p.240), por su parte, estima que “la jurisdicción voluntaria se despliega insertándose, a diferencia de la jurisdicción contenciosa, en el proceso formativo de la voluntad jurídica del sujeto”.

Para comprender esto, es necesario que se tenga en cuenta que si bien es cierto que el ordenamiento jurídico reconoce la autonomía privada, esto es, el poder jurídicamente determinante de la voluntad de los sujetos, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico no se agota con ese reconocimiento de la autonomía privada, sino que positivamente interviene para asegurar la propia realización, insertándose, en el proceso formativo de esa voluntad. Esta intervención se cumple por medio de los jueces, porque concreta un típico ejercicio de función jurisdiccional: jurisdicción no contenciosa, pero jurisdicción (Satta, S. 1971).

En este orden de ideas, Michelli, G. (1970, p.91) ha dicho que se habla de jurisdicción voluntaria, simplemente, para distinguir los procedimientos mas diversos que se desenvuelven, en relación a actividades que se refieren a la

esfera de autonomía privada, cuando para la producción de un cierto efecto jurídico la ley impone la participación del juez, de un notario, del oficial de estado civil o del conservador de los registros inmobiliarios. Se trata:

“de una concepción que se remonta a la práctica de nuestro derecho común, pero que no tiene ya correspondencia, a mi entender, con la situación del derecho positivo, en el cual se distingue actualmente de una manera neta las hipótesis en que sea necesario el pronunciamiento de un juez para que un efecto jurídico se produzca, a un cuando no exista en absoluto controversia entre los sujetos, de aquellos casos en los que se prevé la intervención de otro órgano administrativo o de un oficial público como es el notario” (Michelli, G. 1970, p.91).

Adviértese, desde esta perspectiva, que es el legislador el que subordina la producción de determinados efectos jurídicos a una providencia del juez civil que completa así la disciplina prevista por el legislador.

Para Devis, H. (1996, p.86), “la actuación del derecho objetivo no es función exclusiva del proceso contencioso, sino que lo es también del voluntario, y que lo mismo sucede cuando en una sentencia de esta clase se hacen surtir los efectos jurídicos pretendidos”.

En este sentido:

“La intervención del juez en la jurisdicción voluntaria se hace para llenar la formalidad exigida por la ley con el objeto de precisar o verificar la existencia de relaciones jurídicas, o para el efecto de reglamentar el ejercicio de facultades o derechos o de que estos puedan producir todos sus efectos jurídicos allí donde la voluntad

de los particulares, abandonada así misma, sería impotente, inepta, inadecuada, o serviría de instrumento para perjudicar a los débiles o incapaces o para llegar a resultados contrarios al derecho” (Devis, H. 1996, p.86).

Para Rengel, A. (1994, p.121) la jurisdicción voluntaria puede definirse como:

“aquella función del juez por la cual crea condicionamientos que le dan significación jurídica a la conducta de los solicitantes y que están destinados a mantenerse con validez en tanto no cambien las circunstancias que los originaron y no sean revocados expresamente por el juez”.

Afirma el ilustre maestro venezolano que los actos de jurisdicción voluntaria constituyen una parte importante en el sistema del Código de Procedimiento Civil, el cual dedica la Parte Segunda del Libro Cuarto a establecer una normativa completa acerca de esta institución, y que, en estos casos:

“el juez está llamado a tomar una resolución de tipo jurídico en interés de un sujeto, atendiendo al interés privado de éste, sea patrimonial o moral, y a examinar las circunstancias para resolver lo que sea de justicia.

Quiere la ley asegurar de este modo la mayor certeza y la mas imparcial consideración a tales actos, utilizando un órgano y un procedimiento judicial para alcanzarlo” (Rengel, A. 1994, p.119).

No puede negarse que:

“tales actividades podrían atribuirse a un funcionario del orden administrativo y no judicial, pero esta atribución a un órgano distinto nada nos diría en esencia acerca de la naturaleza misma de la actividad realizada, aparte de que sería muy dudoso si una

reforma de este tipo pudiese lograr los objetivos de equidad y de justicia que desde antiguo se vienen logrando por la vía judicial” (Rengel, A. 1994, p.119).

Cuenca, H. (1969, p.88) ha dicho que debe dejar de distinguirse la jurisdicción contenciosa de la voluntaria pues, a su entender, la jurisdicción sólo tiene una finalidad: resolver conflictos. Así las cosas, afirma el autor en comentarios que toda demanda o solicitud que se presente ante el Tribunal:

“tiene un conflicto en potencia o en actividad. En las materias que suelen atribuirse a la jurisdicción voluntaria, existe en todas ellas un conflicto soterrado, pero ocurre que el opositor virtual no es tan ostensible como en la contenciosa, con la presencia de ambos contradictores” (Cuenca, H. 1969, p.88).

En este sentido, los procedimientos de jurisdicción voluntaria están vinculados al orden público y se refieren a actos relativos al matrimonio, tutela, herencias testamentarias y/o yacentes, entrega de bienes vendidos y notificaciones, pero, por falta de una adecuada sistematización del derecho notarial, el legislador ha incluido en la jurisdicción voluntaria actos estrictamente documentales, como la autenticación de documentos y justificativos para perpetua memoria. Así las cosas, afirma Cuenca H. (1969) que salvo las materias de derecho notarial, indebidamente incluidas en los procedimientos no contenciosos, el resto del contenido se refiere a la protección de intereses familiares, de todo orden público, y a ese opositor virtual, no advertido por el legislador en estas contiendas silenciosas, que es

el Ministerio Público. Por ello, estima el autor en comentarios, “la jurisdicción voluntaria debe ser eliminada, porque el gran diferenciador entre una y otra jurisdicción ha resultado ser la sola voluntad de la ley. Como señala Shönke, la diferencia se ha convertido en un problema de distribución de competencias”.

Para Podetti, R. (1963, p.159), suele sostenerse que la diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria se encuentra en: 1º, la existencia o inexistencia de controversia en la una y en la otra; 2º, en la extensión del conocimiento que existe en la primera y, 3º, en la existencia o inexistencia de la cosa juzgada.

Refutando las pretendidas distinciones, sostiene Podetti, R. (1963) que es perfectamente posible que en todos los trámites judiciales propiamente dichos, exista la posibilidad de controversia, discusión u oposición. Señala como ejemplo de esta afirmación el procedimiento para obtener autorizaciones para vender bienes o para realizar otros actos jurídicos por los incapaces, en los cuales el Ministerio de Menores es opositor virtual o en potencia del que solicita la autorización si no se dan los supuestos que la ley prevé para que se de la autorización.

Del mismo modo, sostiene Podetti, R. (1963) que en la mayoría de los casos que son admitidos por los autores como jurisdicción voluntaria, la resolución judicial hace cosa juzgada con respecto al peticionante y a quienes hayan sido partes en el juicio aun "*inter omnes*" si se trata de cuestiones referentes al estado civil.

Afirma que:

"la posibilidad de modificar o dejar sin efecto el nombramiento de un tutor o la autorización para realizar un acto, es menor que la posibilidad de modificar o dejar sin efecto resoluciones dictadas en juicios de alimentos y por declaratoria de pobreza. Y hay numerosos juicios de los llamados contenciosos, cuya sentencia no hace cosa juzgada en todos los casos" (Podetti, R. 1963, p.160).

Para Podetti, R. (1963, p.161) a los fines de lograr el conocimiento, decisión y cumplimiento de los actos dictados en ejercicio de la jurisdicción voluntaria resultan igualmente necesarios los poderes que integran el contenido de la denominada jurisdicción contenciosa. Así, tenemos que:

"la antigua 'notio', que es el poder de conocimiento del juez a fin de reunir los elementos necesarios para actuar la ley, no depende en su extensión, sino de la mayor o menor complejidad material de la cuestión propuesta, del acuerdo o desacuerdo de las partes o de quienes las representan o sustituyen o del carácter de ordinario, de especial o sumario que la ley da a cada juicio. El conocimiento es limitado o amplio, según las posibilidades que por plazos y medios de prueba concede la ley a los interesados.

El 'juditium' que es el poder de resolver o decidir que tienen los jueces, y que comprende una verdadera jerarquía de resoluciones, desde el 'agréguese' de un oficio recibido, hasta el

juicio lógico y complejo de la sentencia definitiva en procesos donde ha habido hechos controvertidos y sujetos a prueba, no difiere si se aplica en una demanda por cobro de pesos, o en un proceso por declaración de incapacidad o por depósito de personas.

Por último, la 'ejecutio', que comprende la 'coertio' que es el poder de los jueces de hacer cumplir sus propias decisiones, sean éstas de mero trámite o de fondo, sean dictadas en el periodo de conocimiento o en el de cumplimiento de la sentencia, no difiere tampoco en los procesos por la índole de éstos. Tanto puede el juez ordenar la detención del testigo que se niega a comparecer en un juicio ordinario, que en una información; con igual fuerza dispone el juez que se cumpla la resolución que ordena se protocolice un testamento en un registro de contratos públicos, o que ordena se escriture un bien subastado en una ejecución o en el cumplimiento de una sentencia" (Podetti, R. 1963, p.161).

Oderigo, M. (1989, p.213), por su parte, estima que la jurisdicción voluntaria se ejercita con relación al proceso en que falta contienda, en que el conflicto no alcanza la categoría de litigio; en los cuales, la intervención del juez no está enderezada a un pronunciamiento decisorio relativo a pretensiones personales incompatibles, sino a un mero reconocimiento y consecuente autenticación de una situación de hecho, jurídicamente trascendente; por ejemplo, en los procesos sucesorios, en los cuales mediante el auto de declaratoria de herederos se reconoce quienes suceden la propiedad de los bienes dejados a la muerte del causante; en los procesos de concurso civil, o comercial, donde se reconoce el estado de falencia, cuya consecuencia es el desapoderamiento de bienes del deudor; en el de la declaratoria de pobreza,

donde se reconoce la carencia de bienes que exime del pago de tasas judiciales; etc.

Apunta que, en realidad, lo voluntario no parece ser la jurisdicción sino el proceso; y prueba de ello es que para definir a la jurisdicción voluntaria, igualmente que otros autores, hemos tenido que referirnos a las características de los procesos en los cuales se ejercita.

Además, estima Oderigo, M. (1989, p.214), no se encuentra ningún motivo valioso para negar naturaleza jurisdiccional a la función cumplida por el juez en tales procesos y calificarla como administrativa; porque la necesidad de reconocer la voluntad de una norma jurídica con relación a un caso concreto no se presenta como consecuencia de la contienda, sino del conflicto de intereses; según ocurre, por ejemplo, en el proceso penal, cuando acusador y acusado coinciden en la procedencia y medida de la pena, en cuyo caso nadie sostiene que el juez no administrará justicia cuando la impone.

Por su parte, Rosenberg, L. (1955, p.73) estima que la jurisdicción voluntaria tiene las siguientes características: 1) la integración del derecho mediante la participación constitutiva en los negocios jurídicos, por el otorgamiento de una capacidad negocial o el retiro de la capacidad jurídica; 2) la asistencia de

las personas y el aseguramiento de derechos existentes; 3) la ayuda para el desenvolvimiento de relaciones jurídicas.

Así las cosas, agrega el autor en comentarios, que la distinción entre jurisdicción voluntaria y contenciosa no consiste en que aquella sea para la creación de derechos y la contenciosa para el reconocimiento del derecho existente, sino que debe buscarse en el derecho vigente. Así, estima que el presupuesto de la fuerza obligatoria de los actos, tanto de la jurisdicción contenciosa como de la voluntaria, es que el órgano de la jurisdicción voluntaria se haya atendido a su competencia material, y el órgano de la jurisdicción contenciosa a su competencia funcional.

### **Doctrinas que propugnan la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria**

Para Calamandrei, P. (1973, p.192), por su contenido:

“la jurisdicción voluntaria entra en la rama mas vasta de la función administrativa que se suele llamar administración pública del derecho privado y que comprende todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas”.

Explica el maestro italiano que el Estado reconoce a los particulares un cierto campo de autonomía dentro del cual pueden desarrollar su poder negocial,

vale decir, el poder de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de voluntad, para lograr la satisfacción de sus intereses; pero, mientras en algunos casos basta la simple manifestación de la voluntad de los particulares para producir los efectos jurídicos deseados por estos, en otros casos, sin embargo, el efecto no puede producirse si la voluntad de las partes no se encuentra integrada con la intervención de un órgano del Estado, el cual, ya limitándose a efectuar una simple verificación de la legalidad ya entrando a examinar la oportunidad del acto con ciertos criterios discrecionales, obra como colaborador de los particulares para la producción del efecto jurídico deseado por ellos y, por consiguiente, para la satisfacción de los fines que los particulares, a través del negocio se proponen (Calamandrei, P. 1973).

Esta administración pública del derecho privado puede ser ejercida por autoridades pertenecientes, también orgánicamente, al ordenamiento administrativo, pero, en ciertos casos, la misma, sin que esto cambie su naturaleza, se confía, por razones de conveniencia práctica o de tradición histórica, a los órganos judiciales y entonces toma el nombre de jurisdicción voluntaria (Calamandrei, P. 1973).

Así las cosas, la función cumplida por los órganos del Estado no es la de garantizar la observancia del derecho, sino la de la mejor satisfacción, dentro

de los límites del derecho, de aquellos intereses privados a los cuales se refiere la relación o situación jurídica que la intervención de la autoridad judicial sirve para constituir o modificar (Calamandrei, P. 1973, p.194). Dicho esto, sentencia el maestro italiano que:

“la jurisdicción voluntaria entra, por consiguiente, en la actividad social, no en la actividad jurídica del Estado; también para ésta, lo mismo que para la actividad administrativa, el derecho no es fin sino medio, que sirve para la satisfacción de otros fines, esto es, para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia” (Calamandrei, P. 1973, p.194).

Para Guasp, J. (1998, p.733), resulta imposible aceptar el planteamiento de una dualidad de jurisdicciones (en franca alusión a las denominadas jurisdicción contenciosa y voluntaria) que, en realidad, habría de traducirse en una dualidad de tipos procesales básicos. Así, tenemos que, en palabras del autor en comentarios, proceso es sólo el fenómeno jurídico dirigido a la satisfacción de pretensiones, aun y cuando se le conciba como resolución de un conflicto o como la actuación de un derecho; por lo tanto, allí donde no se trate de satisfacer de manera coactiva una pretensión procesal, allí donde no se trate de resolver un conflicto o de tutelar un derecho contra la voluntad de quien lo desconoce, no se está en presencia de un verdadero proceso y, en consecuencia, en presencia de una verdadera manifestación jurisdiccional.

Sostiene el maestro español que algunas de las razones por las cuales se habla en estos casos de jurisdicción son, por una parte, que se trata de actividades que han sido asignadas a un órgano de la Jurisdicción (Juzgados o Tribunales) y, por otra parte, que los órganos de la Jurisdicción intervienen en muchos campos que no pueden ser considerados como procesales, sino mas bien como administrativos. Mas, sin embargo, afirma que debe existir algo que explique en la jurisdicción voluntaria el encuadramiento doctrinal y legal de esta figura que no sea la simple presencia de un órgano de la Jurisdicción en actividades de cierta significación jurídica (Guasp, J. 1998, p.734).

Fijándose concretamente en lo que puede ser un factor común en las actividades de la jurisdicción voluntaria, encuentra Guasp, J. (1998) que la razón determinante de la adscripción de una figura jurídica a este campo viene dada por el hecho de que en él el órgano jurisdiccional trabaja sobre una relación de derecho privado, existente entre partes, como elementos distintos al propio órgano jurisdiccional y ajenas, por lo tanto, al significado público de las funciones específicamente administrativas. Sostiene que la jurisdicción voluntaria ofrece no sólo la presencia del órgano jurisdiccional, sino también la presencia de sujetos, distintos de esos órganos, tutelares de relaciones jurídicas particulares, de parte o partes, lo que proporciona un rasgo definidor de este ámbito jurisdiccional, y que, además, en ella se

recoge material de derecho privado al igual que podría hacerse en un proceso; mas, sin embargo, no existe en ella el elemento sustancial de todo proceso que es la pretensión procesal, por lo tanto, la actuación del órgano judicial no es actividad jurisdiccional sino administrativa.

Explica Guasp, J. (1998, p.735) que, en estos casos, la definición de la jurisdicción voluntaria viene integrada por la concurrencia de dos notas básicas, a saber: la presencia de un órgano jurisdiccional y la existencia de un objeto jurídico privado, sobre el cual se verifica una tarea que no es procesal, sino administrativa. Así las cosas, concluye el autor en comentarios que la jurisdicción voluntaria es, sin mas, “administración judicial del derecho privado”.

Para Chiovenda, G. (1922, p.364), la jurisdicción voluntaria es:

“una forma particular de actividad del Estado ejercida en parte por los órganos judiciales, en parte por los administrativos y perteneciente a la función administrativa, pero distinta también de la masa de los actos administrativos por ciertos caracteres particulares”.

Explica que se ha pretendido encontrar el criterio diferenciador entre ambas instituciones (refiérese a la jurisdicción contenciosa y voluntaria) en el carácter contencioso de la relación jurídica: “pero aquel no es esencial al proceso, puede haber proceso sin contienda (esto ocurre en el juicio en

rebeldía), y aun puede haber proceso en el que el demandado reconozca la pretensión adversaria” (Chiovenda, G. 1922, p.365).

Del mismo modo, entiende el autor en comentarios que ni siquiera la “coacción” es un carácter exclusivo del proceso y que, por lo tanto, no resulta exacto afirmar que toda resolución de jurisdicción voluntaria carezca de carácter obligatorio, así sostiene que las resoluciones relativas a la tutela son ordinariamente resoluciones obligatorias y realizables coactivamente (Chiovenda, G. 1922, p.365).

Explica que frecuentemente faltan en los procesos denominados contenciosos (como los juicios ejecutivos) las “declaraciones irrevocables” y que, en cambio, éstas pueden obtenerse con actos no procesales, como las declaraciones administrativas. Así mismo, sostiene que es inexacto afirmar que el fin de los actos de jurisdicción contenciosa es la “represión” y el de los actos de jurisdicción voluntaria la prevención pues existen formas procesales (que se dan en ejercicio de la jurisdicción contenciosa) que presentan esencia de tutela preventiva y viceversa, existen muchos actos de jurisdicción voluntaria cuya esencia dista de ser preventiva (Chiovenda, G. 1922).

En opinión de Ciovenda, G. (1922, p.365), la jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo, pues sus actos tienden a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan en el desarrollo de relaciones existentes, mientras que, por su parte, la jurisdicción propiamente tal (o sea, la contenciosa) tiende a la actuación de relaciones existentes. Afirma que la jurisdicción civil supone, en una parte, la expectación de un bien respecto de la otra parte, sea este bien una prestación o un efecto jurídico cualquiera, y que esto falta en la jurisdicción voluntaria pues en ella no se dan dos partes, no hay un bien garantizado contra otro, una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que sin intervención del Estado no podría nacer o desarrollarse o se desarrollaría imperfectamente.

En este orden de ideas, concluye Chiovenda, G. (1922, p.366) que la característica fundamental de la jurisdicción voluntaria no es la falta de contradictorio sino la falta de dos partes encontradas.

Allorio, E. (1963, p.15), por su parte, reivindica la opinión predominante de la administrabilidad de los procedimientos voluntarios, sólo que éste entiende la diferencia que existe entre la función jurisdiccional y la administrativa en sentido diverso al tradicional, toda vez que el mismo advierte su distinción, no ya en el fin, sino en el efecto.

Partiendo de este criterio, reafirmando un vínculo biunívoco, indestructible, entre jurisdicción contenciosa y cosa juzgada, rechazando todo alargamiento espurio de cosa juzgada mas allá de los límites de la jurisdicción contenciosa, estima Allorio, E. (1963, p.15) “que el efecto declarativo (o sea, la cosa juzgada) es el signo inequívoco de la jurisdicción verdadera y propia, y es incompatible con la llamada jurisdicción voluntaria, que debe relegarse entre las actividades administrativas”.

Advierte Allorio, E. (1963, p.27) que quien haya procedido a trazar una línea divisoria entre la actividad jurisdiccional y la administrativa, debe advertir que a los actos a los cuales les compete la eficacia de la cosa juzgada (a la cual concibe como una excepcional prerrogativa de conformar a su propio contenido la situación de derecho, en lugar de estar condicionados a ella en su propia validez), son de ordinario el resultado final de un procedimiento particularmente calificado, denominado proceso de declaración de certeza, cuya solemnidad, complejidad y gradualidad representan la justificación política del efecto declarativo, toda vez que ofrecen las garantías sin las cuales no se hubiera dispuesto aquel efecto.

Hurgando en el ordenamiento jurídico positivo italiano, Allorio, E. (1963, p.28) halla una combinación de normas que explican, por una parte, que la declaración de certeza contenida en la sentencia pasada en autoridad de

cosa juzgada forma estado para todo efecto entre las partes, sus herederos y causahabientes, mientras que, por otra parte, se explica lo que debe, en todo caso, entenderse por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (formal), o sea, aquella que no está ya sujeta ni a regulación de competencia, ni a apelación, ni a recurso de casación, ni a revocación por vicios manifiestos; con lo cual, en opinión del notable maestro italiano, se alude, exactamente, “al iter del proceso ordinario de declaración de certeza en los juicios ordinarios”.

Por lo tanto, explica Allorio, E. (1963, p.28) que si bien es cierto que la presencia de disposiciones legales que prescriban la forma del proceso ordinario de declaración de certeza no es condición necesaria, ella es, sin embargo, condición suficiente para que se pueda remontar a la doble consecuencia de la formación de la cosa juzgada sustancial y de la jurisdiccionalidad de aquel proceso. Por lo tanto, estima que es cierta la siguiente inferencia: “empleo de las formas del proceso declarativo ordinario → cosa juzgada sustancial → jurisdiccionalidad del procedimiento”.

De modo que, en opinión del autor en comentarios, en aquellas circunstancias en las cuales la ley adopte para la emisión de una providencia algún rito que no desemboque en el efecto de la cosa juzgada, la providencia

que resulte del mismo no podrá ser considerada como jurisdiccional (Allorio, E. 1963, p.29).

Por lo tanto, define Allorio, E. (1963, p.30) a la jurisdicción voluntaria como:

“actividad administrativa, esto es, desprovista de cosa juzgada, por ser el resultado de un procedimiento no idóneo para justificar este último efecto, pero asignada, en cuanto a la competencia, a órganos habitualmente jurisdiccionales, es decir, que normalmente cumplen una actividad jurisdiccional en sentido propio, productora de cosa juzgada”.

Couture, E. (1981, p.43), para quien la cosa juzgada es la piedra de toque del acto jurisdiccional y, por lo tanto, “donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional”, aborda el estudio de las diferencias existentes entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa desde un doble punto de vista.

Así, en cuanto a “la forma de la jurisdicción voluntaria” explica que el acto judicial no jurisdiccional (fórmula bajo la cual alude a los actos producidos en jurisdicción voluntaria) no tiene partes en sentido estricto pues, en principio, el peticionante o pretensor no pide nada contra nadie: le falta un adversario; y, por tal circunstancia, le falta el primer elemento de la forma de la jurisdicción (Couture, E. 1981, p.48)

Del mismo modo, afirma el autor en comentarios que en la jurisdicción voluntaria no existe controversia. En este sentido, sostiene que si a la pretensión del solicitante se opusiese alguien que se considere lesionado por ella, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y, por lo tanto, en jurisdiccional. La condición del juez en esta materia, indica, difiere de su actuación en materia jurisdiccional, pues:

“al actuar inaudita altera pars, carece de uno de los elementos mas convenientes a la emisión de un juicio jurídico: la comprobación de una tesis con su antítesis. Normalmente, la sentencia proferida en la jurisdicción voluntaria se dicta bajo la responsabilidad del peticionante. El juez no conoce mas verdad que la verdad que le dice la parte interesada, lo que es una manera muy relativa de conocer la verdad” (Couture, E. 1981. p.49).

Por lo que respecta “al contenido de la jurisdicción voluntaria”, explica Couture E. (1981, p.50), que este no coincide con el del acto jurisdiccional pues, en su tesis, es propio de los actos de esta especie dirimir controversias mediante decisiones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada y de eventual ejecución, mientras que, por su parte, las resoluciones que se dictan en los procedimientos judiciales no contenciosos, se emiten en “cuanto proceda por derecho”, “sin perjuicio” o “en cuanto haya lugar”, expresiones que constituyen simples circunloquios forenses utilizados para caracterizar la ausencia de cosa juzgada.

Así, entiende Couture, E. (1981, p.50) que en las providencias de jurisdicción voluntaria los jueces no juzgan ni prejuzgan, que se limitan a fiscalizar si lo que se ha afirmado es *prima facie* cierto, con arreglo a la justificación que el mismo suministra. Es, en suma, “una tarea de simple verificación externa, unilateral, formal”.

Por oposición a la sentencia jurisdiccional cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones dictadas en jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración. No condenan ni constituyen nuevos derechos. Así las cosas:

“el contenido de los pronunciamientos de jurisdicción voluntaria es, por este motivo, de carácter documental, probatorio, fiscalizador. Tienden a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos” (Couture, E. 1981, p.51).

Entonces, al carecer los actos dictados por los jueces en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria del elemento cosa juzgada, sustancial para calificar el acto jurisdiccional, se impide incluir a los actos judiciales no contenciosos en los actos de la jurisdicción (Couture, E. 1981, p.52).

Para Henríquez, R. (1998, p.553) el Estado tiene tres relaciones frente al derecho. La de poner condiciones, tributos, contribuciones y aportes, en su

función legislativa y de gestión, la de observar el ordenamiento jurídico como sujeto de derecho inmerso en él y la de garantizar la eficacia del derecho.

En su actividad administrativa el Estado cumple una función preventiva, desentrañable de la primera premisa de la estructura lógica de la norma jurídica << dado A debe ser B >>, en virtud de la cual pretende evitar de un modo anticipado la producción de un perjuicio a la sociedad, al individuo o al estado mismo, como sujeto de derecho, instrumentando los medios necesarios para procurar la mejor realización, dentro de los límites del derecho, de aquellos intereses privados a los cuales se refiere la relación o situación jurídica su examine. Estas intervenciones son implementadas por vía de auxilio o de control, mediante declaración de certeza (por ejemplo: autenticaciones, justificativos, etc.) o la constitución de una situación jurídica específica. En estos casos, el Estado, por razones de conveniencia práctica o de tradición histórica, autoriza la intervención preventiva de los órganos judiciales, los cuales actúan en estos casos bajo las formas y garantías de la actividad de justicia (Henríquez, R. 1998, p.554).

Sumado a la tesis de que la actividad que realizan los órganos jurisdiccionales a favor de los intereses privados, es una función pública administrativa, a Henríquez, R. (1998, p.554), afirma que:

“la diferencia fundamental entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa, estriba, antes que en la forma (procedimientos) o el contenido (existencia del conflicto), en la función. Ciertamente, en la jurisdicción voluntaria la función es meramente preventiva; en la contenciosa, la función es dirimitoria con eficacia de irrevisabilidad; esto es, de cosa juzgada con fuerza de ley (coercibilidad)”.

Así las cosas, sostiene el autor en comentarios que en la jurisdicción voluntaria habrá demanda en forma, tal como lo postula el artículo 899 del Código de Procedimiento Civil, y la posibilidad de oír, en ciertas oportunidades, con finalidad informativa, aún a los interesados en sentido contrario, pero, con todo y poder haber, eventualmente, pluralidad de intereses y contraposición de éstos, no habrá contradictorio, pues no se reconocerá o se concederá nada a nadie a costa o en desmedro de otro. No existe cosa juzgada porque la decisión no surte efecto en la esfera jurídica de persona conocida; no hay tal oponibilidad porque falta la bilateralidad de la audiencia; y no ha menester derecho a la defensa porque la función del órgano se agota en ejercer un control o providenciar una medida de auxilio, en prevención de la eficacia de los derechos subjetivos y (a ultranza) de integridad del derecho objetivo, en cuya potestad aquella facultad de actuar se fundamenta (Henríquez, R. 1998).

Para Redenti, E. (1957, p.29), en las atribuciones que se suelen llamar de jurisdicción voluntaria, se demanda a los jueces únicamente en virtud de

disposiciones particulares dispersas, esporádicas y taxativas. Su característica es:

“un control originario de legitimidad (contra eventuales desviaciones, aberraciones o fraudes a la ley), o de concurso o auxilio a la autoridad para el buen funcionamiento de institutos jurídicos, allí donde la voluntad de los particulares (privados), abandonada a sí misma, sería incompetente, inepta, inadecuada, podría hacerse instrumento de prepotencia o fraude de los poderosos en daño de los débiles o de los inermes, o podría concluir en cualquier modo a resultados incongruentes o perturbadores en orden a la finalidad del ordenamiento jurídico. Lo que, en otras palabras, quiere decir que hay en este sentido un interés de carácter o de orden público” (Redenti, E. 1957, p.29).

En efecto, la jurisdicción voluntaria no tiende a la aplicación de sanciones item a la tutela jurisdiccional de derechos transgredidos, violados o insatisfechos, sino a desplegar ingerencias de la autoridad pública en el desenvolvimiento de relaciones o negocios ajenos con finalidad de asistencia, de policía o de control preventivo, ingerencias éstas que son de interés público y que, por lo tanto, son sustancialmente administrativas (Redenti, E. 1957, p.4).

Por lo tanto, la emisión de providencias de jurisdicción voluntaria no tiene, como presupuesto suyo, la existencia de una acción-derecho en sentido sustancial que competa a un determinado sujeto en contra o a cargo de otro sujeto determinado y que, a tales fines, la proponga y ejercite contra él. Así las cosas, explica Redenti, E. (1957, p.5), aún cuando la emisión de las

resoluciones de jurisdicción voluntaria se encuentren subordinadas por la ley a la proposición de una "instancia" por parte de alguien, y aún cuando la ley consienta "oír" preliminarmente a algún otro (hasta organizando incluso una especie de contradictorio), el fundamento de tales disposiciones en orden al *modus procedendi* debe buscársele, en el hecho de que la ingerencia de la autoridad interfiere en relaciones o situaciones ajenas e implica una cierta necesidad de atender en la valoración del interés general. A favor de éste último, que es un interés de todos, deben componerse, resolverse o disolverse los intereses subordinados de los particulares, pero después de que, a su vez, hayan sido oportunamente ponderados y valorados.

Por lo que respecta a las providencias finales dictadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, explica Redenti, E. (1957, p.6) que una veces estas se resuelven en un *dictum*, que mas o menos se parece a un pronunciamiento; otras veces se traducen en actividades prácticas materiales, mas o menos similares o comparables a actividades ejecutivas de la jurisdicción contenciosa. Sostiene que es perfectamente posible que la ley pueda atribuirle a estas decisiones una eficacia definitiva, en el sentido de que, llegado cierto momento, no puedan ya ser impugnadas, revocadas o modificadas, como por lo demás ocurre con tantas providencias aun formalmente administrativas, pero que, sin embargo, no sirven para fijar como verdaderas o como ciertas situaciones jurídicas de derecho sustancial

inter partes, mediante declaraciones de certeza dotadas de autoridad de cosa juzgada (material).

Para Fairén, V. (1990, p.133), en todo país civilizado existen una serie de actividades, de naturaleza mas bien administrativa, necesarias, tanto para la salvaguardia de intereses privados, como porque es interés de la comunidad el salvaguardarlos mediante su constancia, y que tales funciones deben ser desempeñadas por entidades públicas, para su fehaciencia y para que mediante ella, queden protegidos los intereses de todas las personas.

Advierte que tradicionalmente muchas de tales funciones se han encomendado a los jueces y que, en casi todos los casos, exigen un procedimiento con el objeto de llegar al fin constitutivo del acto y que, precisamente, por todas estas apariencias se han llegado a confundir tales actuaciones con las jurisdiccionales, y no lo son (Fairén, V. 1990).

Estima Fairén, V. (1990, p.134) que la clave para determinar lo que es la jurisdicción voluntaria, se encuentra en diferenciar "negocio" y "litigio". Así, entiende el autor en comentarios que en la jurisdicción voluntaria el litigio no existe; que no puede tampoco decirse que exista una previa insatisfacción jurídica; que no hay partes insatisfechas pues, a los sumo, habrá una necesidad que se colma con la consecución de un negocio en sentido

amplio. Por lo tanto, entiende Fairén, V., que si aparece el litigio no existirá, necesariamente, aquella voluntariedad.

Por otro lado, entiende el autor en comentarios que la otra nota distintiva de la jurisdicción contenciosa de la voluntaria se encuentra en que en ésta última se presenta una falta absoluta de efectos de cosa juzgada, a la cual entiende como una consecuencia del "juicio" y, por lo tanto, sentencia que en la jurisdicción voluntaria este efecto no se presenta, sencillamente, porque en estos procedimientos el juicio está ausente (Fairén, V. 1990).

Liebman, E. (1980, p.22) considera que a los jueces ordinarios le son sometidas ciertas materias que se distinguen por no dar lugar a controversias entre varias partes, sino a una actividad de asistencia y control y a actos realizados por los particulares, llevada a cabo a requerimiento de la parte interesada. Esta actividad, afirma, es tradicionalmente llamada jurisdicción voluntaria (porque se desarrolla *inter volentes* y por eso se contrapone a la verdadera y propia, que sería la jurisdicción contenciosa), tiene lugar de ordinario con un procedimiento muy simplificado, sin audiencia, y se concluye con el pronunciamiento de decretos revocables.

Para el autor en comentarios, la sistemática de la jurisdicción voluntaria es muy controvertida, pero parece que está en lo cierto quien la considera en

sustancia una actividad administrativa, aunque confiada a jueces y desarrollada con formas procesales. En efecto, se trata por lo general de proveer al cuidado y protección de determinados intereses privados, que son del máximo interés también para el estado (ejemplos, intereses de los menores de edad, de los disminuidos, etc.): se confía por eso a un órgano público el cometido de cooperar con los particulares en la gestión de tales intereses, controlando la actuación de ella. El simple hecho de que tal actividad haya sido atribuida a un juez no es motivo suficiente para hacerla entrar en la jurisdicción.

Por ello "mas pertinente parece por eso la definición de la jurisdicción voluntaria, como administración pública de derecho privado" (Liebman, E. 1980, p.23).

Finalmente, Sánchez, R. (2001, p.86), la jurisdicción voluntaria es aquella actividad realizada por los órganos jurisdiccionales en garantía de un derecho y que a criterio del legislador consiste en una actividad jurídica distinta a la que se realiza a través de los procesos ordinarios y especiales regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Así las cosas, afirma que la jurisdicción voluntaria se distingue de la contenciosa por la ausencia de los siguientes elementos: falta de

controversia, falta de verdaderas partes, falta de proceso y no producción de cosa juzgada.

Sostiene el autor que comentamos, que la intervención de un juez en los actos de jurisdicción voluntaria se justifica en atención a su singular situación en el ordenamiento jurídico. Es precisamente su autoridad como operador jurídico imparcial e independiente el que hace conveniente, a entender del legislador, que el mismo intervenga en una situación o relación jurídica como garante del cumplimiento de sus requisitos o testigo cualificado de las mismas. Pero es preciso, sentencia el maestro español, que todo acto de jurisdicción voluntaria judicial tenga como finalidad la garantía de un derecho, de modo que la atribución o la permisión por el legislador ordinario de la intervención judicial sin esa finalidad no se compagina con el precepto constitucional.

En conclusión, y a la vista de lo dicho, Sánchez, R. (2001, p.89) define a la jurisdicción voluntaria como aquella intervención de los jueces, autorizada por la ley y con fundamento en el artículo 117.4 de la Constitución Española, destinada, siguiendo las formas propias de un proceso, a constituir, autorizar, homologar, documentar o simplemente presenciar una relación o situación jurídica privada y sin que se produzcan los efectos propios de la cosa juzgada.

### **El resultado de la discusión**

No obstante la abundancia de opiniones emitidas, ha resultado imposible lograr un consenso acerca de lo que, en todo caso, debería ser considerado como jurisdicción voluntaria, al punto que, autores como Alcalá-Zamora, N. (1992, p.115) han llegado a opinar que si algún resultado concluyente se ha logrado en materia de jurisdicción voluntaria:

“es que no es ni lo uno ni lo otro. No es jurisdicción, porque en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en estricto sentido, y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o mas que la jurisdicción contenciosa, en la que, al menos cuando se trata de procesos civiles dispositivos, a diferencia de los inquisitorios, las partes pueden eludir el juicio, ponerle término o sustituirlo por medios autocompositivos y hasta autodefensivos”.

Por otra parte, De Pina, R. y Castillo, J. (1979) citados por Gómez, C. (1991, p.381), sostienen que:

“la tendencia que ha de prevalecer acerca de la naturaleza de la llamada jurisdicción voluntaria es seguramente la que afirma que es verdadera y propia jurisdicción y no meramente actividad administrativa o cuasiadministrativa. Aún los que sostienen este criterio reconocen en los actos de la jurisdicción voluntaria caracteres específicos que los distinguen de los administrativos, aún prescindiendo del órgano que los produce. La actividad contenciosa entraña siempre una actividad con relación a un conflicto de intereses; la voluntad no supone esta oposición, sino la necesidad de documentar, tutelar o garantizar una especial situación jurídica. En realidad, los intentos de distinguir entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria han conducido al fracaso, precisamente porque no hay manera de separar actividades que tienen idéntica naturaleza”.

Frente a tanta diversidad y tan poca precisión en las ideas, Sentís, S. (1957, 360), sin que lleguemos a saber cuanto de serio o cuanto de broma tenían sus palabras, llegó a afirmar que:

“no constituye ninguna confesión atrevida ni desfachatada el decir que yo no sé con claridad lo que es jurisdicción voluntaria. Muchos de los que no lo confiesan, y hasta dan una definición en sus libros, lo hacen así porque no se han detenido a pensar en el problema”.

No obstante haber advertido que ha resultado manifiestamente imposible lograr entre los autores algún género de acuerdo acerca de lo que deba entenderse por “jurisdicción voluntaria”, y sin que pretendamos que, en este tema que ha sido debatido por los mas preclaros maestros de la ciencia procesal, nos asiste la razón, estimamos que no podemos, ni debemos desfallecer en el intento de develar aquello en lo que esta pudiera consistir.

### **La Jurisdicción voluntaria en la legislación venezolana**

El Título I de la Parte Segunda del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil contiene una normativa bastante completa (aunque no exclusiva) en esta materia, sin precedentes en la legislación procesal venezolana, la cual se encuentra dirigida, según la Exposición de Motivos del Texto Adjetivo en comentarios, tanto al aspecto procedimental propiamente dicho, como al concepto y los principios mas característicos de la jurisdicción voluntaria.

En relación al concepto, dispone el artículo 895 del Código de Procedimiento Civil que “el juez, actuando en sede de jurisdicción voluntaria, interviene en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas de conformidad con las disposiciones de la ley y del presente Código”. Así las cosas, enseña Rengel, A. (1994, p.118) que la norma en cuestión destaca dos de los rasgos mas característicos de la jurisdicción voluntaria: su finalidad constitutiva y la naturaleza propiamente jurídica de la actividad que realiza el juez. Pues si bien en ella no se dirime un conflicto intersubjetivo de intereses (o litigio) en el sentido de pretensiones contrapuestas entre partes enfrentadas, en cambio, el juez está llamado a examinar una situación de hecho concreto y a tomar ciertas resoluciones en interés de la persona respecto de la cual va a surtir efectos la providencia del juez, pero, siempre en conformidad con las disposiciones de la ley y del propio Código de Procedimiento Civil.

En el artículo 896 del texto Adjetivo Civil se prevé la Recurribilidad (por apelación) de las determinaciones que tome el juez en sede de jurisdicción voluntaria.

Del mismo modo, se dispone en el artículo 897 que “sometida a un juez una determinación sobre jurisdicción voluntaria, no podrá ser sometida a la consideración de otro Tribunal”. De este modo se está garantizando, nos dice la Exposición de Motivos del Código Procesal en comentarios, a través de la

identidad del órgano jurisdiccional, que no podrá cambiar, no sólo la eficacia y el respeto de la determinación que haya sido dictada, sino también que no haya posibilidad alguna de que los interesados se lleve el asunto a otro Tribunal, para obtener en éste lo que fue previamente negado por otra autoridad judicial.

Merece la pena destacar que, de acuerdo con el encabezamiento del artículo 898 eiusdem, “las determinaciones del Juez en materia de jurisdicción voluntaria no causan cosa juzgada, pero establecen una presunción desvirtuable”. Que no se alcanza cosa juzgada en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, fue una conclusión a la cual llegó la comisión redactora del Código de Procedimiento Civil, luego de considerar el carácter no contencioso del procedimiento dentro del cual se dictan. Ello no obstante, se dice en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil, se consideró conveniente consagrar el principio de que dichas determinaciones establecen una presunción desvirtuable, de acuerdo con el principio tradicional que deja a salvo los derechos de los terceros, previsto en el artículo 11 del mismo Código Procesal Civil.

Al respecto nos dice Rengel, A. (1994, p.120) que, las resoluciones dictadas en sede de jurisdicción voluntaria tienen entre las partes el efecto de una *presunción iuris tantum* de la situación jurídica declarada o constituida que

también resulta formalmente inmutable por constituir un estado preclusivo, que mantiene la autoridad de la resolución en tanto no cambien los supuestos que le dieron origen.

Como complemento de lo dicho hasta el presente, se prevé en el único aparte del artículo 898 *ibidem*, que se presumen de buena fe, hasta que se haga prueba en contrario, los terceros adquirientes de aquellos derechos que fueron objeto de la declaración judicial.

De acuerdo con el artículo 899 del Código de Procedimiento Civil, en estos asuntos no existe propiamente demanda sino peticiones o solicitudes. Sin embargo, debe indicarse al Tribunal las personas que deban ser oídas en el asunto, a los fines de que se ordene su citación, pero, debe advertirse que la comparecencia de estas no es obligatoria y que, por lo tanto, su incomparecencia no amerita que se les designe defensor de judicial. Lo que, en palabras de Duque, J. (2000, p.88), no da lugar a confesión ficta, sino en todo caso a la apertura de una articulación probatoria, si así lo considera el juez, todo ello ex artículo 900.

Pero, si aconteciera que el Tribunal advierte que la cuestión sometida a su conocimiento corresponde a la jurisdicción contenciosa, debe, en tal virtud, sobreseer la causa, para que los interesados propongan las demandas que

creyeren pertinentes, todo ello de acuerdo con el artículo 901 del Código de Procedimiento Civil.

Asuntos tales como el pedido de fijación de término por un acreedor para el cumplimiento de aquellas obligaciones en las cuales, atendiendo a su naturaleza, a la manera de ejecutarse, no se haya previsto término para ello o cuando se hubiere dejado su ejecución a la voluntad del deudor, la aceptación de la herencia, los problemas surgidos entre comuneros para la administración de la comunidad, las actuaciones relativas a la administración de las fundaciones, por causa de incapacidad, ausencia o muerte del fundador o por cualquier otra causa que lo amerite, que puede llevar a cabo el Juez de Primera Instancia con competencia en lo Civil, entre otras, que no tienen en el Código de Procedimiento Civil normas que indiquen a los interesados como deben plantear su solicitud, ni como deben sustanciarse y decidirse estos asuntos, habrán de ser tramitados de acuerdo con el “procedimiento general” contenido en los artículos 895 al 902 eiusdem.

El Título II y los siguientes conservó los procedimientos de jurisdicción voluntaria que ya se preveían en el derogado Código de Procedimiento Civil de 1.916, tales como el de los consentimientos para contraer matrimonio (artículos 903 al 905); de los asuntos de tutela (artículos 906 al 908); de las autorizaciones de los padres, al tutor o curador (artículos 910 al 912); de los

procedimientos relativos a las sucesiones hereditarias (artículos 913 al 926); de la autenticación de documentos (artículos 927 y 928); de la entrega de bienes vendidos y de las notificaciones (artículos 929 al 935); y de las justificaciones para perpetua memoria (artículos 936 al 939).

Por otra parte, existe una buena cantidad de procedimientos que la doctrina y la jurisprudencia patrias han considerado como pertenecientes a los de jurisdicción voluntaria que, no obstante, no se encuentran regulados en la Parte Segunda del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil, y, lo que es peor aún, alguno (s) de ellos se encuentran regulados en capítulos que el Código de Procedimiento Civil dedica a reglamentar el trámite de “procedimientos especiales contenciosos”, mientras que, otros tantos, por el contrario, están regulados en cuerpos normativos distintos al Texto Ritual Civil (como serían el Código Civil o el Código de Comercio).

Cuestión esta que, en principio, nos lleva a afirmar que no es la ubicación que un determinado procedimiento tenga en un cuerpo legislativo la que habrá de significar que éste deba ser considerado como de jurisdicción contenciosa o voluntaria, sino que, por el contrario, su esencia habrá de ser desentrañada analizando, en cada uno de los casos, los elementos que le son característicos.

## La Jurisdicción voluntaria en la jurisprudencia venezolana

Al igual que la doctrina, nuestra jurisprudencia no ha podido fijar posición unánime, constante y reiterada acerca de la naturaleza jurídica de los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

En efecto, a continuación transcribiremos algunas decisiones que pudiéramos considerar como emblemáticas, respecto de las diversas posiciones que ha asumido el Tribunal Cívero Nacional con relación a la naturaleza jurídica de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, pretendiendo destacar, en la medida de nuestras limitaciones, los fundamentos jurídicos tomados en consideración en cada una de esas oportunidades para justificar la postura que se asumía en ese instante:

Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dictada el 22 de noviembre de 1989, en el juicio de E.G. Barrantes y otro en amparo. La Sala de Casación Civil admite la esencia jurisdiccional de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, al punto que, dispuso que en *los procedimientos de divorcio seguidos conforme al artículo 185-A del Código Civil* (que son de jurisdicción voluntaria, sobre todo si nos atenemos a las tesis que indican que su característica fundamental es, precisamente, la ausencia de conflicto) no limitan el poder tutelar de los jueces, toda vez que

éste se manifiesta cuando la parte interesada así lo requiera o cuando las circunstancias así lo aconsejen; y en uso de ese poder tutelar y discrecional, podrá dictar cualquiera de las medidas provisionales que pauta el artículo 191 del Código Civil.

Así, pues, dijo la Sala que:

“... no puede compartir los alegatos expuestos por los solicitantes de amparo, de que el Juez de la causa que dictó las medidas provisionales, no tenía facultad para hacerlo, por tratarse del procedimiento establecido en el artículo 185-A.

Al respecto, es oportuno destacar lo señalado en el primer aparte de la norma contenida en el artículo 185-A que reza así: “Cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por mas de cinco años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando la ruptura prolongada de la vida en común”.

(...).

el espíritu y la razón de la norma transcrita, es facilitar a los cónyuges un procedimiento brevísimo para obtener el divorcio. Es cierto que es un procedimiento especial, pero tiene las características y la calificación de un proceso de divorcio no contencioso, porque se aparta de la premisa que ambos cónyuges estén de acuerdo en solicitar el divorcio, acogiéndose a los requisitos esenciales que la norma impone para que se pueda declarar el divorcio por este procedimiento breve. Por otra parte, es conveniente dejar sentado que el artículo 185-A, persigue como único objetivo disolver el matrimonio en un breve lapso, pero que en la solicitud que se realiza ante el Juez competente no se dilucida la liquidación de la comunidad o la partición de bienes, esta viene a ejecutarse, una vez que se produce la sentencia ejecutoriada que declara el divorcio y así lo establece el artículo 186 del Código Civil, que señala: “Ejecutoriada la sentencia que declaró el divorcio, queda disuelto el matrimonio, y cesará la comunidad entre los cónyuges y se procederá a liquidarla...”.

Es evidente, que durante el desarrollo de este procedimiento especial, el “Poder Tutelar” del Juez civil, puede hacerse presente para salvaguardar los intereses de uno de los cónyuges

o de ambos; para preservar los derechos de los hijos, los bienes de la comunidad etc.; en otras palabras el procedimiento del 185-A, no limita ese poder tutelar; éste se manifiesta cuando la parte interesada así lo requiera o cuando las circunstancias así lo aconsejen; y en uso de ese poder tutelar y discrecional, podrá dictar cualquiera de las medidas provisionales que pauta el citado artículo 191. Es necesario resaltar, que estas medidas tienen características propias y definidas a saber: ...

En este orden de ideas, y aplicando toda la doctrina expuesta al caso en estudio, se concluye que el sentenciador de la Causa, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores del Estado Cojedes, tiene plena competencia para dictar medidas provisionales de las señaladas en el artículo 191 del Código Civil, y con ocasión de conocer en juicio de divorcio solicitado por el procedimiento del 185-A,..." (Ramírez & Garay, 1989, p.502).

Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dictada el 22 de octubre de 1991, en el juicio de Francisco Vásquez Miranda y Celina Linares Araujo. La sentencia que comentaremos resolvió acerca de la "inadmisibilidad" del recurso de casación ejercido en contra de las determinaciones dictadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, esta decisión tiene la peculiaridad de que, luego de proclamar abiertamente que las determinaciones dictadas por los jueces en los procedimientos de jurisdicción voluntaria no son susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada, sin embargo, deja claramente establecido que, por lo menos, *en los procedimientos de separación de cuerpos por mutuo consentimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil,*

*específicamente, en el Libro Cuarto “De los procedimientos especiales”, Parte Primera “De los procedimientos especiales contenciosos”, Título IV “De los procedimientos relativos a los derechos de familia y estado de las personas”, Capítulo VIII “artículos 762 a 765”, (en los que no se ha producido oposición a la declaratoria del divorcio requerida al juez por uno de los cónyuges) es perfectamente posible que la sentencia que en ellos se dicte pase en autoridad de cosa juzgada.*

Efectivamente, dispuso la Sala:

“Las sentencias proferidas en jurisdicción voluntaria, no conllevan en sí la actuación de una tutela jurisdiccional de un sujeto contra otro u otros sujetos, sino que realiza objetivamente la voluntad concreta de la ley respecto a un determinado interés, donde y de conformidad a lo preceptuado por el artículo 898 del vigente Código de Procedimiento Civil, las determinaciones del Juez no causan cosa juzgada, pero establecen una presunción desvirtuable, para lo cual se prevé entonces que las determinaciones del juez sean apelables, salvo disposición especial en contrario, sin que necesariamente el ejercer dicho recurso ordinario implique que se ha dejado de actuar bajo la jurisdicción voluntaria por comenzar a existir contención entre las partes, sin embargo esta conversión podrá determinarse examinando el contenido de la pretensión y las circunstancias de cada caso.

En sentencia de esta Sala de Casación Civil, de fecha 07 de diciembre de 1977, reiterando anterior jurisprudencia se estableció al respecto que:

“El acto por el cual el Juez de Primera Instancia declara la separación de cuerpos; y bienes convenida entre los cónyuges, no es en rigor técnico una sentencia, y menos aún una sentencia definitivamente firme constitutiva de un nuevo estado, como aparece haberlo entendido el formalizante. La aludida determinación judicial es un simple auto homologatorio de la voluntad de las partes, que el juez dicta en procedimiento no

contencioso...”. en otros términos, la indicada declaratoria se limita a probar y a dar eficacia jurídica, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, al acuerdo de los cónyuges en cuanto al hecho de la separación, a los fines de la prueba del lapso de dos años que la ley exige para su ulterior conversión en divorcio. Esto sin perjuicio de la facultad que tiene el tribunal para rechazar las bases del convenio que sean contrarias a la moral y al orden público. “Tampoco puede afirmarse que el decreto judicial que declara la separación, recae sobre un acto de autocomposición procesal puesto que el convenio de separación, se sustancia, como se dejó sentado, en un procedimiento no contencioso o de jurisdicción voluntaria, lo cual necesariamente excluye la idea de algún juicio al que las partes han dado término mediante convenimiento, desistimiento o transacción judicial”.

En razón a lo expuesto se denota que ha sido criterio de este Alto Tribunal, el considerar que la decisión judicial que declara la separación de cuerpos para ulterior conversión en divorcio, no es una sentencia dictada en un juicio, ni tampoco un auto homologatorio de un acto de autocomposición procesal, sino es un procedimiento de jurisdicción voluntaria o no contencioso; en estos casos dicha decisión no es recurrible en casación porque para poder impugnar una sentencia mediante el recurso extraordinario de casación, aquella deberá haberse dictado en un verdadero juicio contencioso y no en un mero proceso o actuaciones que aun siendo debatidas por los interesados no constituyen un verdadero juicio.

Así la Sala estableció en auto de fecha 04 de abril de 1951, en relación a un procedimiento de entrega material, que el recurso de casación presupone la existencia de un juicio.

“...O sea, de una contención entre las partes bien dentro del procedimiento ordinario o dentro de los trámites del procedimiento especial. El caso de autos, procedimiento de entrega material, no es un juicio, no se deduce acción alguna contra nadie, no hay parte demandada ni nada que le dé al asunto el carácter de juicio”.

Complementariamente, en sentencia del 11 de marzo de 1976, la sala reiteró su doctrina sobre la inadmisibilidad del recurso de casación en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, y a ese fine expresó:

“... La decisión contra la cual fue anunciado el recurso de casación no fue dictada propiamente en un juicio, entendido éste como un proceso preestablecido por el Estado para dirimir, mediante sentencia del competente órgano jurisdiccional, los conflictos

intersubjetivos de intereses, sino que, por el contrario, la expresada decisión fue dictada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

Ahora bien, el artículo 185 del Código Civil anteriormente transcrito en su parte pertinente establece que la declaratoria de divorcio se efectuará al haber transcurrido un lapso, de más de un año después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho plazo la reconciliación, es decir, que subordina tal declaratoria al cumplimiento de dos supuestos:

1. Haber transcurrido el tiempo necesario.
2. No haber reconciliación de los cónyuges.

Por lo que la misma normativa prevé la posibilidad de efectuar por alguna de las partes oposición fundada en alguna de las causales antes dichas, a tal efecto el Código Civil, dispone que:

“... el Tribunal procediendo sumariamente y a petición de cualquiera de ellos, declara la conversión de separación de cuerpos en divorcio, previa notificación del otro cónyuge”.

De manera, que si lo considerare procedente se oponga a la declaratoria de divorcio.

En el caso de haber oposición, evidentemente el procedimiento dejaría de ser de jurisdicción voluntaria para convertirse en un verdadero juicio de contención”. (Pierre, O. 1991, p.141). (El subrayado es nuestro).

Esta última afirmación permite, perfectamente, que se propongan las siguientes reflexiones:

¿Qué sucede si en esta categoría de procedimientos no se produce la oposición de uno de los cónyuges a la conversión de la separación de cuerpos en divorcio?

Por interpretación en contrario, resulta fácil concluir que el procedimiento continuará siendo de jurisdicción voluntaria. Pero, en este caso, ¿la

sentencia conforme a la cual el juez declare el divorcio será susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada?.

La respuesta luce obvia. No obstante ello, este punto será objeto de especial atención *infra*.

Auto de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dictado el 28 de noviembre de 1991, en el juicio de Félix Landaeta contra Jaime Mac Donald Hospedales. La Sala de Casación Civil, luego de efectuar una serie de consideraciones acerca del "trámite" que deben seguir "los procedimientos" de jurisdicción voluntaria, los "principios" que los regulan y los "efectos" de las determinaciones que dicten los jueces en esta materia, no reconoce naturaleza jurisdiccional a estos procedimientos, pero tampoco aporta elementos de juicio que contribuyan a precisar su naturaleza jurídica.

Mas sin embargo, en lo que si es enfática la Sala es en afirmar que, en estos procedimientos, las determinaciones del Juez no causan cosa juzgada, sino que establecen una simple presunción que los interesados pueden desvirtuar en procedimiento Contencioso.

En efecto, dijo la Sala:

"Esta Sala, bajo la vigencia del código derogado, estableció, en auto de fecha 04 de abril de 1951, al sostener la inadmisibilidad del recurso de casación en los procedimientos no contenciosos, lo siguiente:

"... en el caso de autos -procedimiento de entrega material- no es un juicio, no se deduce acción alguna contra nadie, no hay parte demandada ni nada que le dé al asunto carácter de juicio. Es simplemente un procedimiento especial no contencioso contra el cual no cabe recurso de casación".

Bajo la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, esta Sala ha establecido, en numerosos fallos, la inadmisibilidad del recurso de casación en los procedimientos no contenciosos; en efecto, en reciente auto de fecha 10 de agosto de 1989, (Asociación de Pequeños Comerciantes S.A. del Estado Táchira), se reiteró tal criterio doctrinario al establecer:

"A las actuaciones que forman el presente asunto el Juez de la causa les aplicó las disposiciones pertinentes que corresponden a la jurisdicción voluntaria, previstas en la Parte Segunda, del Título I, del Libro IV del código de Procedimiento Civil. Ahora bien, se regula en dicho Título un procedimiento simple y sencillo compuesto esencialmente de tres fases: admisión de la solicitud, conocimiento del asunto; personas que deben ser oídas; y resolución que corresponda sobre la solicitud".

"esta estructura procedimental revela el carácter esencialmente sumario de la jurisdicción voluntaria, en el cual corresponde al juez instruir el expediente del caso, sin abrir un auténtico debate judicial entre las partes, a pesar de que admite dicho procedimiento la apertura de una articulación probatoria. Sin embargo, no implica la brevedad de este procedimiento desconocer el derecho de defensa que pueda corresponder a algún interesado, pues si al resolver la solicitud advierte el Juez que la cuestión planteada corresponde a la jurisdicción contenciosa, sobreseerá el procedimiento para que los interesados propongan las demandas que consideren pertinentes".

"De esta manera el legislador acata la directriz impartida por la doctrina, según la cual la jurisdicción voluntaria debe ser breve y sumaria. En efecto, se trata de un procedimiento caracterizado por la forma unilateral e inquisitiva para la instrucción de los hechos, sino que se debe cumplir con la brevedad exigida por el legislador para hacer eficaz dicha jurisdicción. cabe anotar que el Título

mencionado consagra el principio de que el procedimiento pautado debe ser concentrado, pues supone un número de actuaciones dentro de breves lapsos, pues supone un número de actuaciones dentro de breves lapsos, el juez debe actuar en forma directa, o sea, impulsar e procedimiento; dirigir las actuaciones que se produzcan en el mismo; gozando para ello de amplia discrecionalidad y pudiendo incluso sobreseer dicho procedimiento, si a su juicio advierte que la cuestión sometida a su consideración corresponde a la jurisdicción contenciosa”.

“Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 896 del Código de Procedimiento Civil concede apelación a las determinaciones dictadas en la jurisdicción voluntaria, lo cual supondría que también es admisible en dicho procedimiento el recurso de casación, sin embargo, no son compatibles las características del procedimiento precedentemente comentado, con la mención “juicios civiles y mercantiles” o “juicios especiales”, a los cuales alude el artículo 312 *eiusdem*, como requisito de admisibilidad del recurso de casación. Según Couture, en la jurisdicción voluntaria se trata de un medio procesal con características particulares, de sustanciación sumarísima y rápida, en cuyo procedimiento, por lo demás, predominan los principios de la concentración, la inmediación y el impulso judicial de oficio, que deben caracterizar las actuaciones del juez en materia de jurisdicción voluntaria”.

Con respecto a la cosa juzgada, alegada por el oponente, en relación a la sentencia de primera instancia confirmada por el Superior, la Sala se permite señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 898 del Código de Procedimiento Civil, las determinaciones del Juez en materia de jurisdicción voluntaria no causan cosa juzgada, sino que establecen una simple presunción que los interesados pueden desvirtuar en procedimiento Contencioso” (Pierre, O. 1991, p.349).

Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dictada el 18 de junio de 1992, en el juicio de Adolfo Hernández Alfonso. Analizando el procedimiento consagrado en los artículos 290 y 291 del Código de Comercio, la Sala de Casación Civil “desempolva” un viejo criterio

fijado en sentencia del 21 de enero de 1975 y establece que los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa.

Dijo en esa oportunidad la Sala de Casación Civil:

“En los supuestos previstos por los artículos 290 y 291 del Código de Comercio, aún cuando de su interpretación puede inferirse toma de decisiones que obligan a las partes que representan distintos intereses en pugna, dichas resoluciones no son conclusivas de manera formal en el sentido que pongan fin al asunto.

En efecto, al no constituir juicios, en el sentido de conflicto-intersubjetivo de intereses que debe resolver formalmente el Juez, las decisiones que se pronuncien en dicho procedimiento remiten el asunto a la asamblea de accionistas, a fin de que ésta se avoque, como órgano máximo de la sociedad, a la solución definitiva del problema.

En sentencia de fecha 21 de enero de 1975, con ponencia del Dr. Carlos Trejo Padilla, en relación al artículo 290 del Código de comercio, la Sala dijo:

“... El artículo 290 del Código de Comercio es del tenor siguiente: ‘A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley, puede hacer oposición todo socio ante el juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir el asunto’.

“La acción que da este artículo dura quince días a contar de la fecha en que se dé la decisión”.

‘Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 280 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282, en que se procederá como él dispone’.

La primera observación que surge del análisis del texto transcrito es que el procedimiento previsto no constituye en realidad un juicio, en el cual el órgano jurisdiccional, como es característico si lo fuera, tuviera autoridad para resolver mediante sentencia el conflicto intersubjetivo de intereses, sino que se trata de un simple recurso de oposición concedido al socio, para que pueda

obtener la suspensión de la decisión de la asamblea que considere manifiestamente ilegal o contraria a los estatutos.

Prevé el precepto en estudio que ordena la suspensión de la decisión impugnada, el Tribunal deberá ordenar que se convoque una segunda asamblea, de mejor calificación por su quórum y por su voto, a fin de que decida sobre el asunto planteado, bien en el sentido de dejar sin efecto la resolución viciada, o bien en el sentido de confirmarla, caso éste último en el cual la decisión reclamada, por expresa disposición legal, será obligatoria para todos los socios, aunque haya adolecido de nulidad relativa, ya que el defecto no podrá ser alegado posteriormente por haber sido saneado por la voluntad confirmatoria del ente social. Lo expuesto revela, en criterio de esta Corte, que el indicado procedimiento de oposición no tiene en rigor un carácter contencioso, sino meramente precautelativo, de naturaleza simplemente administrativa como lo señalan algunos expositores; y por tal razón no puede hablarse en estos casos de que haya cosa juzgada sobre la validez de la actuación cuestionada, ya que el juez no dicta la decisión alguna en ese sentido, pues se limita a suspender la ejecución y a ordenar que se convoque una segunda asamblea, cuya resolución tampoco tiene la autoridad de cosa juzgada por no emanar obviamente de un órgano judicial.

(....)

El artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, establece:

“.-. El recurso de casación puede proponerse: ...1º) Contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios civiles y mercantiles cuyo interés principal exceda de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs.250.000,00)...”.

debido a la norma anteriormente transcrita y según lo dispuesto en sentencia de esta Sala de Casación Civil, en fecha 6 de junio de 1990, con ponencia del magistrado Dr. Adán Febres Cordero:

“...el caso de autos no llena el requisito primario para la procedencia del recurso de casación, previsto en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, porque la decisión recurrida no fue dictada dentro de un juicio propiamente dicho, en el cual se haya verificado el acto de contestación y la apertura de la causa a pruebas, entre otras etapas procesales, para concluir con una sentencia que cause cosa juzgada material...”.

Igualmente, en sentencia de fecha 14 de noviembre de 1991 y reiterando el anterior criterio, la Sala expuso:

“... La decisión frente a la cual se anunció y negó el recurso de casación tiene su fundamento legal en el contenido de los

artículos 290 y 291 del Código de Comercio, procedimiento de oposición a la decisión de una Asamblea que aún cuando implica contención entre las partes que representan a los distintos intereses en pugna, no concluye de manera formal mediante decisión que ponga fin al asunto, sino que remite a la Asamblea de Accionistas para que ésta se avoque, como órgano máximo de la sociedad, a la solución del problema. Por ello el caso de autos no llena el requisito primario para la procedencia del recurso de casación contenido en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, o sea, que la decisión recurrida haya sido dictada en un juicio propiamente dicho; es decir, como lo ha definido la Sala en otras ocasiones, un conflicto intersubjetivo de intereses que concluye mediante sentencia que resuelve la controversia...”.

Por lo que al no cumplir la sentencia recurrida, con uno de los requisitos establecidos en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, esta sala declara inadmisibile el recurso de casación anunciado....” (Pierre, O. 1992, 93). (El subrayado es propio).

Nótese como en la sentencia que acabamos de transcribir *se admite que en este particular procedimiento de jurisdicción voluntaria subyace siempre un conflicto intersubjetivo de intereses toda vez que implica contención entre las partes que representan a los distintos intereses en pugna*. Sobre este particular nos detendremos a efectuar algunas consideraciones *infra*.

Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dictada el 15 de julio de 1993, en el juicio de Corporación Agrícola del Sur C.A. contra Carlos Vicente Rodríguez Cirimele. La Sala de Casación Civil, visiblemente influenciada por las enseñanzas de Piero Calamandrei, para quien la jurisdicción voluntaria entra en la rama mas vasta de la función

administrativa que se suele llamar administración pública del derecho privado, define en qué consiste la jurisdicción voluntaria y precisa su finalidad, en los siguientes términos:

“Esta jurisdicción que comprende todas aquellas actividades en las cuales el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares, dirigida a la satisfacción de intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas. La finalidad a la cual se dirige esta colaboración dada por el Estado a la actividad negocial de uno o varios interesados, no es la de garantizar la observancia del derecho, sino la mejor satisfacción, dentro de los límites del derecho, de aquellos intereses privados a los cuales se refiere la relación o situación jurídica que la intervención de la autoridad judicial sirve para constituir o modificar”<sup>1</sup>. (Pierre, O. 1993, p.295).

Luego de citar el auto emanado de esa Sala el 10 de agosto de 1989, en el juicio de la Asociación de Pequeños Comerciantes S.A. del Estado Táchira, reiteró el criterio de que no son compatibles las características de este procedimiento con la mención “juicios civiles y mercantiles” o “juicios especiales”, a los cuales alude el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, como requisito de admisibilidad del recurso de casación.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictada el 26 de junio de 2000, en el juicio de Regalos Coccinelle, S.A. La Sala

---

<sup>1</sup> Este criterio fue ratificado en el Auto de la Sala de Casación Civil dictado el 2 de noviembre de 1994, en el juicio de José Rafael Marval Gómez (Pierre, O. 1994, 227) y Auto de la Sala de Casación Civil dictado el 10 de diciembre de 1997, en el juicio de Empresa de Construcciones Benvenuto Barsanti S.A. y otra contra Sucesores de Felipe Augusto Capote (Pierre, O. 1997, 231), entre otros.

Constitucional reconoce el carácter eminentemente jurisdiccional de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, pues estima que los procedimientos de jurisdicción voluntaria son, como parte del proceso, de igual entidad que los contenciosos y **que ambos tipos de procedimiento** forman parte del proceso en general y por ende del Derecho Procesal. Sostiene que en ambos procedimientos se producen sentencias, y que dichos fallos producen efectos, variando estos básicamente en lo atinente a la cosa juzgada.

Además, admite la Sala que no existen diferencias de fondo en cuanto a lo procesal, entre la actividad del juez en el proceso contencioso y la del proceso no contencioso, y que, por obra de tales circunstancias, las disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil se aplican a ambos tipos de procesos, y en consecuencia el artículo 21 tiene plena vigencia, por lo tanto, el juez para cumplir sus decisiones y decretos, sin importar si ellos se dictan en procesos contenciosos o no contenciosos, pero siempre que respondan a actos o actuaciones prevenidas en la ley, como lo es la práctica de una inspección ocular extra *litem*, **puede dictar una orden judicial en el sentido de allanar un inmueble**, procediendo a notificar de la misma a quien en el se encuentre, para que exponga lo que creyere conveniente, en protección de sus derechos y garantías constitucionales.

En efecto, dispuso la Sala:

“El Código de Procedimiento Civil divide al proceso en ordinario y especial.

El Libro Cuarto del Código a su vez divide los procedimientos especiales en dos clases: 1) Los Especiales Contenciosos (Libro Cuarto. Parte Primera) 2) De la Jurisdicción voluntaria (Libro Cuarto. Parte Segunda). Luego, los procedimientos de jurisdicción voluntaria son, como parte del proceso, de igual entidad que los contenciosos. Ambos tipos de procedimientos forman parte del proceso en general y por ende del Derecho Procesal. Ambos producen sentencias, y dichos fallos producen efectos, variando estos básicamente en lo atinente a la cosa juzgada (artículo 898 del Código de Procedimiento Civil).

En consecuencia, no existe diferencia alguna en el desenvolvimiento de estos procesos, en cuanto a la ejecución de los actos procesales y las órdenes judiciales que en ellos tengan lugar.

Por lo tanto, no existe norma alguna que permita que en un proceso contencioso el tribunal acceda a un inmueble y que lo niegue para el proceso no contencioso. El que en este último, la noción de partes no sea idéntica a la del proceso contencioso, no puede influir en que los actos que ordene el tribunal dejen de cumplirse, ya que de ser así, la finalidad de formar y desarrollar situaciones jurídicas que persigue la jurisdicción voluntaria, se haría nugatoria.

Tratándose de procesos donde se oye a los interesados y donde el artículo 896 del Código de Procedimiento Civil previene, sin diferenciar, la apelación de las determinaciones del juez en materia de jurisdicción voluntaria, los interesados, a quienes se cita o entran en conocimiento del proceso (artículo 900 *eiusdem*), pueden apelar.

Al no existir diferencias de fondo en cuanto a lo procesal, entre la actividad del juez en el proceso contencioso y la del proceso no contencioso, las disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil se aplican a ambos tipos de procesos, y en consecuencia el artículo 21 tiene plena vigencia. El mismo reza:

*“Los Jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los Jueces toda la colaboración que éstos requieran”.*

Esta norma tiene un equivalente en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual dice:

*“Los tribunales para la ejecución de sus sentencias y de todos los actos que decreten o acuerden, pueden requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa, y, en general, valerse de todos los medios legales coercitivos de que dispongan. Se exceptúa en caso de conflicto de poderes, el cual deberá ser sometido a la decisión de la Corte Suprema de Justicia.*

*La autoridad requerida por un tribunal que obre en ejercicio de sus atribuciones, debe prestar su concurso sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pida, ni la legalidad o la justicia de la sentencia o decreto que se trate de ejecutar”.*

Si el juez, con independencia del proceso de que se trate, puede hacer uso de todos los medios coercitivos para ejecutar sus actos, puede ingresar a los inmuebles para hacerlos cumplir, haciendo uso de la fuerza pública si fuese necesario; y para ello no necesita de orden previa de allanamiento, ya que esta, tanto en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal en materia de visitas domiciliarias, como en el vigente Código Orgánico Procesal Penal (artículo 225) se requiere cuando persona diferente al juez va a ingresar en un lugar privado o que goce del fuero, a que se refiere el artículo 47 de la vigente Constitución.

Cuando el juez es el que actúa, lo único que se requiere es la orden judicial previa, y su notificación al momento de la práctica del acto, en el recinto privado o en el hogar doméstico de la persona, a quien allí se encuentre.

El artículo 47 del vigente texto constitucional, cuya matriz es el 63 de la abrogada Constitución de 1961, permite el allanamiento por orden judicial “para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano”.

En consecuencia, el juez para cumplir sus decisiones y decretos, sin importar si ellos se dictan en procesos contenciosos o no contenciosos, pero siempre que respondan a actos o actuaciones prevenidas en la ley, como lo es la práctica de una inspección ocular extra *litem*, puede dictar una orden judicial en el sentido de allanar un inmueble, procediendo a notificar de la misma a quien en el se encuentre, para que exponga lo que creyere conveniente, en protección de sus derechos y garantías constitucionales. El juez se abstendrá de practicar la prueba, si la dignidad de las personas u otros derechos o garantías constitucionales se vieren menoscabados o disminuidos.

Solo así, una serie de procedimientos de anticipación de pruebas de naturaleza no contenciosa, pueden llevarse a cabo, tales como los previstos en los artículos 146, 175, 181, 556, 722, 724 u 745 del Código de Comercio, o en la Ley sobre Derecho de Autor.

Pero esta Sala debe advertir, que aunque no existe diferencia en cuanto a los autos, decretos o providencias judiciales que dicten los jueces, en razón de que surjan en un proceso contencioso o en uno no contencioso, la existencia de disposiciones fundamentales de la Constitución, como las de los artículos 60 o 115, impide a los jueces en los procesos no contenciosos allanar inmuebles protegidos por el artículo 47 de la Constitución vigente, si ellos se encontraren desocupados sin la presencia de personas a quien notificar, ya que la irrupción del tribunal a dichos lugares, sin posibilidad de dar conocimiento de ella a quienes los habitan, podría desmejorarles no solo el derecho de propiedad, sino la protección al honor, la intimidad, la reputación o la vida privada de quienes moran o habitan en alguna forma en los inmuebles. La situación es diferente dentro de un proceso contencioso donde las partes deben ser citadas, donde la prueba a practicarse en inmuebles de terceros versa sobre hechos pertinentes, por lo que las partes tienen interés en la práctica de las mismas y en estar presente en esas oportunidades, minimizándose así los riesgos para los propietarios o poseedores de los inmuebles que estén desocupados". (Gouvea & Bernardoni. 2000, p.6).

No obstante el inmenso paso de avanzada que había dado la Sala Constitucional con la decisión que se acaba de comentar, exactamente un mes después, o sea, en sentencia de fecha 26 de julio de 2000, dictada en el juicio de Rosa María Aular Ruiz, la Sala dispuso que:

"Ahora bien, se hace necesario dilucidar la naturaleza jurídica del procedimiento contemplado en el artículo 291 del Código de Comercio y distinguir si se trata de un procedimiento de jurisdicción contenciosa o un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Estima esta Sala que el procedimiento contemplado en el artículo 291 del vigente Código de Comercio puede admitirse como un procedimiento de jurisdicción voluntaria por encontrarse

impetrado de dos de las características propias y fundamentales de los mismos, a saber, que las decisiones que adopte el juez en dichos procesos no crea cosa juzgada, y que no exista verdadera contención; pero lo que distingue finalmente uno del otro es que en el proceso de jurisdicción voluntaria se tutela en forma unilateral un interés. Así enseña el ilustre procesalista Francesco Carnelutti:

**“Por otra parte, si el presupuesto del negocio está constituido necesariamente por uno o varios conflictos de intereses, aquel, a diferencia de la litis, es esencialmente unilateral porque se trata de la realización de un acto para la tutela de un interés y no de la prevalencia de uno sobre otro” (ver francesco Carnelutti. Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Bosch, Casa Editorial Barcelona. 1942. pág. 45).**

Efectivamente, la decisión tomada por el juez en dicho procedimiento se limita a constatar las supuestas irregularidades en el cumplimiento de sus deberes, por parte de los administradores, y las faltas de vigilancia de los comisarios, no pudiendo aquél obligar a la asamblea a decidir a favor de los denunciadores mediante sentencia de condena.

Clarificadora al respecto es la opinión del profesor Ricardo Henríquez La Roche, el cual explica:

“La constatación judicial de las irregularidades u omisiones no supone en ningún caso una condena judicial a decidir en determinada forma en la asamblea. Si así fuera, el legislador no hubiera procedido con eufemismo al redactar el texto, y hubiera dispuesto sin más que el juez podrá remover los administradores o comisarios, sin perjuicio de indemnización a los socios perjudicados. Pero es claro que en un procedimiento de jurisdicción voluntaria no puede proferirse una sentencia de condena a hacer cosa determinada o a suplir la actitud remisa de los accionistas mayoritarios, tomándose, en lugar de ellos, una decisión judicial vinculante para todos los accionistas” (ver . Ricardo Henriquez La Roche. Las Medidas Cautelares, Editorial Universitaria ( EDILUZ ), Maracaibo, 1990, pág. 81).

Igualmente se puede constatar que en este procedimiento no existe verdadera contención, pues, el juez se limita a oír la opinión de los administradores, sin que se contemple en dicho procedimiento que éstos tengan oportunidad para refutar tales denuncias mediante una contestación en forma; además, este procedimiento no se inicia por libelo de demanda, sino mediante una simple denuncia de los hechos que se estiman como

irregulares en la administración de la sociedad por parte del accionista que se considere afectado, y por eso para tal denuncia no se exige al denunciante que cumpla en ella, con los requisitos establecidos en el artículo 340 del vigente Código de Procedimiento Civil.

Al respecto el profesor José Andrés Fuenmayor, en su interesante estudio sobre el artículo 290 del vigente Código de Comercio, el cual se puede aplicar igualmente al procedimiento establecido en el artículo 291 *eiusdem*, por cuanto en ambos existe ausencia de contención, enseña:

**“La solicitud del accionista concatenada a la decisión judicial perseguida no es un juicio contencioso porque el pronunciamiento del juez no crea cosa juzgada sino que remite a la voluntad legalmente manifestada nuevamente por los accionistas la decisión final de la pretensión del accionista solicitante. La palabra “oposición” utilizada por el legislador para conceder el derecho de impugnación al accionista no aporta un elemento determinante para el estudio que estamos efectuando aquí, pues dicho vocablo, de acuerdo con su acepción etimológica, lo que significa es repugnar la decisión en si y no la pretensión de los otros accionistas.**

Debemos concluir, por lo tanto, que la naturaleza del proceso establecido en el artículo 290 no es la de juicio de carácter contencioso. En cuanto a la naturaleza de la decisión del Tribunal debemos notar que ya el Código Italiano de 1882 utilizó la palabra ‘providencia’ lo cual nos parece muy acertado. Dentro del léxico forense los pronunciamientos del Juez se hacen a través de distintas especies: a) mediante sentencia que pone fin a un contradictorio entre las partes; b) mediante ‘auto’ en el cual dictan una decisión sin que nadie se la solicite (ej. auto para mejor proveer); c) mediante ‘decreto’, en que a solicitud de una sola parte, y sin oír la otra, hace un pronunciamiento (ej. Decreto de embargo). Cuando el legislador tiene duda acerca de la naturaleza del pronunciamiento utiliza el termino ‘PROVIDENCIA’ que es genérico y comprende las especies anteriores.

No hay contención en el procedimiento del artículo 290 y la actividad procesal se limita a oír en forma soberana informaciones de los administradores para formarse opinión de lo sucedido, pero los administradores no son parte, ni son testigos que puedan ser repreguntados. La facultad atribuida al juez por

el artículo 290 es una potestad soberana que lo faculta para pronunciarse según su prudente arbitrio...”(ver. José Andrés Fuenmayor G. Acción de impugnación de las Resoluciones de las Asambleas de las Compañías Anónimas en el Derecho Venezolano Artículo 290 del Código de Comercio. En imprenta).

**Ciertamente, pues, este procedimiento no forma parte de los procesos de jurisdicción contenciosa, y en el procedimiento contemplado en el artículo 291 del Código de Comercio, el juez sólo tiene la obligación de oír a los administradores, para poder dictar una providencia, con conocimiento de causa.**

Por ello sostener la posición del tercero adherente en cuanto a que se trate este procedimiento como de jurisdicción contenciosa resulta evidentemente contraria a derecho, y así se declara.

Lo anterior sirve para realizar el estudio de las violaciones constitucionales denunciadas por la representación judicial de la accionante y verificar la sentencia del juez que conoció en primera instancia de esta acción de amparo constitucional.

Habiendo estimado esta Sala que dicho procedimiento goza de las cualidades del procedimiento de jurisdicción voluntaria, se deduce, entonces, que el juez presunto agravante no estaba facultado para dictar medidas cautelares de ningún género ya que éstas sólo pueden ser dictadas **pendente lite** so pena de violentar el artículo 588 del vigente Código de Procedimiento Civil infracción, que efectivamente ocurrió en el presente caso.

Al dictar estas medidas preventivas previstas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil sin que existiera un juicio de carácter contencioso pendiente, se violentó en forma flagrante el derecho a la defensa y el debido proceso, consagrado en el artículo 68 del Texto Constitucional derogado, hoy expresamente prescrito por el artículo 49 de la **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**.

Por otra parte, se desprende de las actas de este juicio de amparo que la parte presunta agraviada señaló en el libelo que contiene la querrela de amparo lo siguiente:

**“Pero ocurre además, ciudadano juez superior, que todo ello se lleva a cabo sin que el Juez Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil que conoce la denuncia, hubiese antes oído al administrador y al comisario denunciados, como impone el artículo 291 del Código de Comercio”.**

De las actas de este juicio se puede constatar que el presunto juez agravante sin oír a los administradores previamente, procedió a dictar las medidas preventivas, lo que evidencia que

con tal proceder violentó nuevamente en forma flagrante el derecho constitucional a la defensa y al debido proceso de la accionante.

La violación al debido proceso y al derecho a la defensa de la accionante, cometida por el juez titular del **Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia**, es una transgresión evidente del artículo 291 del Código de Comercio, que permite al juez tomar única y exclusivamente las medidas que allí se ordenan, luego de haber oído a los administradores.

Así el artículo 291 del vigente Código de Comercio señala:

**“Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y faltas de vigilancia de los comisarios, un número de los socios que represente la quinta parte del capital social podrá denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden.**

**El Tribunal, si encontrare comprobada la urgencia de proveer antes de que se reúna la asamblea, podrá ordenar , luego de oídos los administradores y comisarios, la inspección de los libros de la compañía, nombrado a este efecto, a costa de los reclamantes uno o más comisarios y determinando la caución que aquéllos han de prestar por los gastos que se originen de tales diligencias.**

**El informe de los comisarios se consignará en la Secretaria del Tribunal.**

**Cuando no resulte ningún indicio de la verdad de las denuncias, así lo declarará el tribunal, con lo cual terminará el procedimiento En caso contrario, acordará la convocación inmediata de la asamblea .Contra esas providencias no se oirá apelación sino en un solo efecto”.**

Por lo tanto, al no actuar el ciudadano juez presunto agravante con el conocimiento de causa que le imponía dicho artículo 291 del Código de Comercio, violó ab initio el debido proceso y el derecho a la defensa de la parte accionante, y así se declara.

Esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia deja sentado que aunque se trate de procedimientos de jurisdicción voluntaria el derecho a la defensa y al debido proceso deben ser preservados por el juez que conozca de este tipo de procedimiento, dándose cumplimiento a lo establecido en el artículo 900 del Código de Procedimiento Civil, actuando entonces el juez con el debido conocimiento de causa”.

El criterio antes mencionado fue ratificado en la sentencia de la Sala Constitucional dictada el día 13 de agosto de 2002, en el juicio de Policlínica Andrés Bello C.A. (Pierre, O. 2002, p.189).

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, por su parte, sigue aferrada al criterio conforme al cual se estima que la jurisdicción voluntaria no comporta el ejercicio de actividad jurisdiccional. En efecto, en sentencia dictada por esta Sala el día 10 de agosto de 2000, en el juicio de Promociones Ruila, C.A. contra Virginia Ruíz Larré y otros, se dejó establecido lapidariamente lo siguiente:

“... la Sala ha indicado en numerosos fallos, que la solicitud de entrega material de bienes vendidos comprende diligencias procesales de naturaleza no contenciosa, encaminadas a poner en posesión del comprador el objeto por él adquirido.

Así el propio Código de Procedimiento Civil, califica a este tipo de solicitud, como de jurisdicción voluntaria, según la parte segunda del Libro Cuarto, regulada en los artículos 929 y 930; en otras palabras es una jurisdicción opuesta a la contención cautelar del Libro Tercero, a la contención del procedimiento ordinario del Libro Primero, y a la de los procedimientos especiales contenciosos de la parte primera del Libro Cuarto, todos del Código de Procedimiento Civil.

**Al respecto, se observa:**

Contempla el artículo 929 del Código de Procedimiento Civil, que:

“Cuando se pidiere la entrega material de bienes vendidos, el comprador presentará la prueba de la obligación y el Tribunal fijará día para verificar la entrega y notificará al vendedor para que concurra al acto....”

Por su parte, el artículo 930 eiusdem, prevé:

“Si en el día señalado el vendedor o dentro de los dos días siguientes cualquier tercero, hicieren oposición a la entrega, fundamentándose en causal legal, se revocará el acto o se le suspenderá, según se le haya efectuado o no y podrán los

**interesados ocurrir a hacer valer sus derechos ante la autoridad jurisdiccional competente.**

Si no hubiere oposición o no concurriere el vendedor, el Tribunal llevará a efecto la entrega material.

A los efectos de este artículo, **el Tribunal no devolverá los recaudos al peticionario** mientras esté pendiente el lapso de oposición....” (Lo resaltado, es de la Sala)

De los antecedentes consignados, y en atención al contenido y alcance de las normas preindicadas; esta Sala, estima que el incidente suscitado ante la solicitud de la entrega material, en principio, no puede ser revisada por vía del recurso de casación, esta afirmación encuentra el sustento legal en la interpretación de los mentados artículos transcritos, en especial del 930 ibidem, de cuyo contenido se desprenden los supuestos de jurisdicción voluntaria de la solicitud formulada, y el agotamiento de la misma con la decisión devenida por la oposición, revocándola o suspendiéndola, según sea el caso, abriendo el legislador, la posibilidad para los interesados de ***“...ocurrir a hacer valer sus derechos ante la autoridad jurisdiccional competente....”***; por otra parte, a tenor del propio articulado se contempla una devolución de recaudos, cuando se indica ***“...el Tribunal no devolverá los recaudos al peticionario mientras...”***.

Tales supuestos legislativos, envuelven sin lugar a duda, la inexistencia del recurso de casación, para los casos de entrega material. Reforzando la tesis que se asienta, cabe destacar, que la “decisión” tomada por el Tribunal, bien para revocar o suspender la entrega material, no puede conllevar pronunciamiento alguno, mas que la atención a la causa legal del fundamento de la oposición, que de no haberla, el efecto será la entrega, al igual que, lo es si no concurre el vendedor al acto.

Expresar lo contrario, traería como resultado que el legislador al indicar ***“..ante el Tribunal jurisdiccional competente....”***, está derogando o desconociendo la competencia del tribunal que conoce de la solicitud, lo que crearía una antinomia con el contenido del artículo 934 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, debería el citado tribunal entrar a conocer sobre la validez y eficacia de los documentos fundamento, tanto, de la solicitud de la entrega material, como, los de la oposición realizada, facultad ésta que no le está contemplada en la normativa en estudio. Por consiguiente el resultado de la oposición sea procedente o no, no tiene recurso de casación, ni para el oponente ni para el solicitante, el los casos de entrega material, quedando a salvo para ambos, y en esto radica el decir

del legislador sobre la jurisdicción competente, el uso de las acciones pertinentes, verbi gratia, reivindicatorias, hereditarias, entre otras.

Como es fácil colegir, se esta en presencia de uno de los procedimientos denominados de jurisdicción voluntaria graciosa, o no contenciosa, por cuanto no hay contención o controversia, no obstante considerar con el Maestro J: Conture, en su obra fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Ediciones Depalma Buenos Aires. 1974, págs. 46, 48 y 49, que:

“...la denominada jurisdicción voluntaria, no es jurisdicción ni es voluntaria –(...) su índole no es jurisdiccional –(por que)- no tiene partes en sentido estricto. Le falta,... el primer elemento de la forma de la jurisdicción

En él, el peticionante o pretensor no pide nada contra nadie. Le falta, pues, un adversario. El no es parte, en sentido técnico, porque no es contraparte de nadie.

Tampoco tiene controversia. Si ésta apareciera, si a la pretensión del peticionante se opusiere alguien que se considere lesionado por élla, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y por tanto en jurisdiccional (...) No es voluntaria, porque en muchos casos, la intervención de los Jueces se halla impuesta por la ley bajo pena de sanción pecuniaria, o privación del fin esperado...” .

#### **Sobre la materia la Sala, estableció:**

“...De la transcripción precedente se evidencia que ***en una entrega material no se está en presencia de un procedimiento contencioso, pues como lo señala el artículo 390 del Código de Procedimiento Civil, si el vendedor o un tercero fundados en causa legal hicieren oposición ala entrega, como sucedió en este caso, se revocará el acto o se le suspenderá, según se haya efectuado o no y podrán los interesados acudir ante la jurisdicción competente para dirimir sus derechos***, como con acierto lo resolvió el tribunal de la causa, mas no el de la recurrida, el cual además incurrió en el error de admitir el recurso de casación propuesto contrariando la doctrina de la Sala en la materia, como antes se indicó, de que en los procesos de jurisdicción voluntaria no es posible el acceso a casación por disposición del artículo 312 ejusdem...” (Las negritas y cursivas son de la Sala). Pierre Tapia, Oscar R., Repertorio Mensual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Tomo 10, año 1997, pág. 572, 573 y 574,. Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 9 de octubre de 1997.

Asimismo, el Legislador en el artículo 312 eiusdem, regulador de la admisibilidad del recurso de casación al referirse a las sentencias o a los autos dictados en ejecución de sentencia, quiso excluir de un modo definitivo a las providencias que se dicten en procedimientos no contenciosos, como el de la entrega material de bienes vendidos, ya que la idea general de sentencia implica el acto de la función jurisdiccional por medio del cual se pone fin a un contradictorio, lo que, por definición, no existe en los procedimientos llamados de jurisdicción voluntaria, en los cuales falta la contienda, la contraposición de derechos o intereses, características de los procedimientos contenciosos.

En este sentido, estima la Sala, no ha debido tramitarse el proceso en la manera que se hizo, desconociéndose el alcance de la norma contenida en el artículo 901 del Código de Procedimiento Civil, que ordena sobreseer el procedimiento, si el asunto planteado corresponde a la jurisdicción contenciosa, como lo es el caso en particular.

Por tanto y tal como lo alegó el impugnante en su escrito, al tratarse el caso de autos de un procedimiento de jurisdicción graciosa o voluntaria, como lo es la entrega material de bienes vendidos, la Sala debe necesariamente declarar inadmisibile el recurso de casación anunciado y formalizado, tal y como se hará en manera expresa, positiva y precisa en la dispositiva de este fallo. Así se decide”.

Este criterio ha sido ratificado recientemente en la Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia dictada el 29 de octubre de 2002, en el juicio de José Rafael Zabaleta Mata contra Urbanización Santa Fé, Asociación Civil O.C.V. (Pierre, O. 2002, p.479).

### **De las características de la jurisdicción voluntaria.**

Luego de analizar los aspectos mas resaltantes de las posiciones doctrinarias y los diversos criterios jurisprudenciales que acabamos de citar, estimamos que, de acuerdo con la concurrencia de opiniones al respecto, las características de la jurisdicción voluntaria serían, entre otras, las siguientes:

*Primero:* La jurisdicción voluntaria no supone la existencia previa de un "litigio".

*Segundo:* La jurisdicción voluntaria se ejercita "inter volentes", o sea, entre personas que acuden "voluntariamente" ante el juez.

*Tercero:* En la jurisdicción voluntaria no existe "controversia".

*Cuarto:* La jurisdicción voluntaria se ejercita utilizando "formas procesales".

*Quinto:* Dado que no existe litigio, en la jurisdicción voluntaria no existen "partes" en sentido propio, sino "interesados" o "solicitantes".

*Sexto:* Como consecuencia directa de la inexistencia de litigio y de partes contrapuestas, en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria el juez provee a la

satisfacción de los intereses de los solicitantes previa una “cognición puramente informativa”.

*Séptimo:* Puesto que se estima a la jurisdicción voluntaria como una actividad administrativa, el acto que pone en movimiento al órgano jurisdiccional “no ha sido el resultado del ejercicio del poder de la acción”.

*Octavo:* Las “providencias” dictadas en la jurisdicción voluntaria producen efectos “constitutivos”.

*Noveno:* Dado que la jurisdicción voluntaria no es actividad jurisdiccional propiamente tal, las providencias dictadas por los jueces en el ejercicio de ella “no son susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada”.

*Décimo:* La jurisdicción voluntaria tiene como fin “prevenir” la lesión futura de un derecho.

Estas características, estimamos, serán de mucha utilidad cuando procuremos develar la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

## **CAPÍTULO IV**

### **DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

#### **Transición**

En el CAPÍTULO III hemos tenido la oportunidad de pasar revista a las diversas doctrinas que se han expuesto para explicar la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, destacando que estas se han dividido mayoritariamente entre las que la consideran como una actividad administrativa encomendada a los órganos jurisdiccionales y aquellas que, por el contrario, estiman que es de esencia eminentemente jurisdiccional.

Del mismo modo, hemos dado un somero repaso a la jurisprudencia que, con relación a la jurisdicción voluntaria ha emanado del Tribunal Cívero Nacional, luego del cual puede observarse que la situación no es distinta a la de la doctrina, pues, la jurisprudencia tampoco ha podido ponerse de acuerdo en torno a la naturaleza jurídica de la institución en comentarios.

Finalmente, hemos tenido la oportunidad de extraer, de la concurrencia de opiniones de los autores consultados acerca de determinados puntos, las que serían las características mas resaltantes de la jurisdicción voluntaria.

Nos corresponde, ahora, tratar de dilucidar la naturaleza jurídica de esta institución.

### **Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria**

Estimamos que la categoría jurídica (o la naturaleza jurídica, como también suele denominársele) de la "jurisdicción voluntaria" habrá de quedar evidenciada ante nosotros una vez que sean confrontadas sus características con la denominada "jurisdicción contenciosa", la cual, a manera de especie opuesta, ha sido acompañada a aquella en todo intento de investigación.

De los múltiples aspectos que iremos examinando, unos están referidos a la causa o presupuesto del ejercicio de las respectivas actividades; otros, por el contrario, atienden sólo a la forma del procedimiento; otros al modo de resolverse la necesidad que determinó su actuación y, otros, por último, atienden a la función o finalidad que persiguen la una y la otra en el mundo del Derecho. Como hay encuadres que enfocan a la vez a varios de estos aspectos, debemos advertir que el orden de su exposición no será, pues no

puede serlo, absolutamente sistemático toda vez que la materia que estudiamos se resiste a ello.

Así las cosas, nos hemos propuesto mencionar los elementos diferenciales que han sido señalados por la doctrina y, en cada caso, tratar de razonar, dentro de nuestras muchas limitaciones, sobre lo categórico, relativo o inicuo de tal (es) distinción (es):

**Primero:** Para Alcalá-Zamora, N. (1992, p.141), si el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver, otro tanto habrá que afirmar de la jurisdicción voluntaria. El uno (se refiere a la jurisdicción contenciosa) y la otra encuentran fuera de sí y no en si su verdadero presupuesto.

En este orden de ideas, un amplio sector de la doctrina ha venido sosteniendo que la denominada "jurisdicción contenciosa" tiene como presupuesto fundamental para su actuación, "la existencia de un conflicto de intereses", o sea, un litigio entre dos o mas personas; litigio, entendido en la misma dirección que Carnelutti, F. pero en términos mas amplios, o sea, como conflicto de intereses jurídicamente trascendente y susceptible de solución así mismo jurídica (Alcalá-Zamora, N. 1992, p.329).

Nosotros, por nuestra parte, pensamos que el “conflicto” no puede ser considerado como un presupuesto indispensable para la existencia del proceso y el consecuencial desarrollo de la actividad jurisdiccional.

Cada vez que un justiciable, sea o no titular de un derecho tutelable, sienta que su interés se encuentra en conflicto con el interés de otro, o en términos estrictamente carneluttianos, cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta (Carnelutti, F. 1993, p.16), puede, perfectamente, acceder a los órganos jurisdiccionales en busca de una decisión que resuelva el conflicto de forma favorable a su propio interés, recuérdese que el autor en comentarios (1993, p.255) estima que la finalidad de las partes al acudir al proceso es tener la razón, circunstancia ésta que no constriñe al juez a procurarle una decisión en tal sentido, pues es él, a fin de cuentas, quien se encuentra encargado de establecer en la sentencia de mérito si existe o no tal derecho para conceder o negar la razón esperada por el justiciable.

Carnelutti, F. (1993, p.636) que postulaba a la “acción” como un derecho subjetivo procesal, abstracto y público, destinado a hacer cumplir el proceso, explicaba que:

“el interés protegido mediante las obligaciones procesales y, correlativamente, mediante la acción es el interés en cuanto a la justa composición del litigio, no el interés en litigio. Esta es la

razón elemental de la diversidad entre el derecho subjetivo material y la acción. Que la acción no sirve para la tutela del interés en litigio, demuestra el que puede derivar de ella un proveimiento contrario a este interés (sentencia desestimatoria). Que el derecho subjetivo material y la acción no son la misma cosa lo pone de manifiesto que la acción corresponde también a quien no tiene el derecho subjetivo material”.

En efecto, tal y como afirma Guasp, J.(1996, p.574), con frecuencia, suele ocurrir que el proceso nace porque con anterioridad a su desarrollo, dos o mas sujetos han disputado entre sí, pero en el fondo, la real existencia de un conflicto, resulta indiferente para que el proceso se de cómo tal o no. La reclamación ante un juez provoca siempre un proceso con o sin colisión previa. Además, siguiendo la línea de pensamiento del autor en comentarios, aún suponiendo que existiera siempre un conflicto inter partes previo al proceso, el mero planteamiento de aquel no determinará sin mas el nacimiento de éste. Hará siempre falta que de alguna manera la disputa sea conducida o llevada ante quien ha de dirimirla, es decir, será preciso que la sustancia del conflicto, delimitada con anterioridad al proceso mismo, asuma la forma procesal específica que justifique su existencia como tal proceso (Guasp, J.1996).

La colisión puede preexistir al proceso, pero puede no preexistir, bien porque de hecho el reclamante no la haya suscitado, bien porque de derecho no haya colisión material imaginable acerca del objeto a que el proceso se

refiere. Esta situación llevó a Peyrano, J. (1993, p.49) a afirmar que "la acción es el derecho de cualquiera, de demandar a cualquiera, cualquier cosa y cualquiera fuere la razonabilidad del pedido".

Lo dicho hasta ahora estimamos sea suficiente para dar por sentado que el "conflicto" no es, como se afirmó precedentemente, un presupuesto indispensable para la existencia del proceso ni para el ejercicio de la actividad jurisdiccional; con lo cual quedan igualmente superadas aquellas tesis que postulan que la jurisdicción contenciosa y la voluntaria gozan de este mismo presupuesto para su actuación.

Dentro de ésta tendencia podemos incluir a Cuenca, H. (1969, p.88), para quien la jurisdicción sólo tiene una finalidad: resolver conflictos y toda demanda o solicitud que se presente ante el tribunal tiene un conflicto en potencia o en actividad. En las materias que suelen atribuirse a la jurisdicción voluntaria, existe en todas ellas un conflicto soterrado, pero ocurre que el opositor virtual no es tan ostensible como en la contenciosa, con la presencia de ambos contradictores. Por su parte, Couture, E. (1981, p.49) admite que todo acto no contencioso lleva la contienda en potencia, ya sea de parte interesada, ya sea de parte de los órganos del Ministerio Público, a quienes se da normalmente ingerencia en estos procedimientos.

Por nuestra parte, si bien coincidimos con Carnelutti, F. (1973, p.44), en la consideración de que de la institución procesal, y particularmente de la obra del juez, se puede hacer uso provechosamente también para fines diversos de la composición de la litis, estimamos que sería exagerado pensar atribuir como fin específico del proceso voluntario la prevención contra eventuales conflictos de intereses, como lo ha sugerido el ilustre maestro italiano (1973, p.45)<sup>1</sup>, pues, aunque ésta pudiera ser la motivación inicial de los justiciables, acontece que, por una parte, la función de prevención también le ha sido asignada a los jueces en el ejercicio de la jurisdicción contenciosa (como bien puede constatarse del poder cautelar que es ejercido por éstos) por otra parte, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, el juez interviene también con el objeto de precisar o verificar la existencia de determinadas relaciones jurídicas, o para reglamentar el ejercicio de determinadas facultades o derechos o para que éstos puedan producir todos sus efectos jurídicos, lo que excede, con creces, la simple actuación preventiva a la cual aludía el ilustre maestro.

Tal y como afirma el maestro Venezolano Rodríguez, J.(1984, p.18):

“... la personalidad del Estado no se agota en su papel de ‘desfacedor de entuertos’. La multiplicidad de la realidad, de la estructura social fundada en relaciones de diversa índole, lo lleva a presencia de una serie de situaciones que afectan sus propias

---

<sup>1</sup> En este mismo sentido Goldschmith, W. (1963, p.126) para quien el fin de la jurisdicción voluntaria es la prevención de infracciones jurídicas.

bases sustanciales. Hay una serie de acontecimientos generadores de efectos sociales que pueden repercutir extraordinariamente en la organización jurídica de la sociedad, por lo que el Estado se interesa en solucionar él mismo tales acontecimientos. De allí que en múltiples ocasiones el proceso sea, no sólo un campo de solución de conflictos, sino igualmente un medio artificial creado por el Estado para resolver situaciones jurídicas de derecho material que afectan la integridad del grupo”.

Así las cosas, junto con Devis, H. (1996, p.86), hemos de afirmar que “la actuación del derecho objetivo no es función exclusiva del proceso contencioso, sino que lo es también del voluntario, y que lo mismo sucede cuando en una sentencia de esta clase se hacen surtir los efectos jurídicos pretendidos”.

En efecto, dada la importancia social que revisten algunas relaciones jurídicas, el Estado se ha reservado (si así puede decirse) un preciso y definido poder de control en las mismas, pues ha condicionado su nacimiento, vale decir, la posibilidad de que ellas generen efectos jurídicos válidamente, a la comprobación por parte del órgano jurisdiccional de la verificación de las circunstancias de hecho a las cuales el ordenamiento jurídico positivo ha vinculado la potestad, en cabeza de un justiciable, para reclamar del Estado que, mediante una determinación apropiada, generalmente preestablecida en su contenido, pronuncie un acto soberano

del cual surgirán los efectos previstos por el estamento jurídico y deseados por el justiciable que los reclama.

En pocas palabras, en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, el orden jurídico se actúa mediante una actividad del juez, puesto que en otro caso aquel efecto dispuesto en la norma jurídica, simplemente, no podrá generarse (no podrá ser alcanzado). Así tenemos que, en la jurisdicción voluntaria, a diferencia de la contenciosa (en la cual el juez reintegra el orden jurídico menoscabado), el juez actúa el derecho creando las condiciones necesarias para la producción de determinados efectos que disponen las normas jurídicas y, por tal vía, se asegura la tutela de determinados intereses (Micheli, G. 1970, p.18).

**Segundo:** Respecto de la distinción fundada en la concurrencia o no de la voluntad de los justiciables, puede apuntarse lo siguiente:

Se ha dicho que la jurisdicción contenciosa se ejerce "*inter nolentes*" toda vez que una de las partes, especialmente el demandado, es emplazado a comparecer a juicio contra su voluntad a someterse al mismo y a sus consecuencias. Por el contrario, la denominada jurisdicción voluntaria se realiza "*inter volentes*" o sea entre personas que se hallan de acuerdo con el acto que se pretende realizar y acuden por propia decisión (voluntariamente)

ante el juez, para que, con su intervención, integre, constituya o acuerde eficacia a ese determinado estado o relación jurídica que ha sido puesta frente a sí.

Como se habrá podido constatar, una de las características fundamentales de los actos que motivan el ejercicio de la jurisdicción voluntaria es que estos necesitan, por imperio de la ley, para alcanzar o producir sus efectos, de la intervención del juez. Así las cosas, tan forzosa y necesaria resulta la comparecencia al juzgado de aquel que pretende reivindicar un bien determinado, como la del tutor que precisa efectuar un acto de disposición de bienes del pupilo y, si se quiere, resulta mas forzosa la comparecencia ante el juez por parte del tutor que, en definitiva, actúa en pro de intereses ajenos, que la de aquel justiciable que obrando en su propio beneficio puede, sin embargo, abandonar el ejercicio de sus derechos (Podetti, R. 1963, p.161; Montero, J. et. al.. 1991, p.776.).

Pero es que, además, existen algunos supuestos de voluntariedad (entendida ésta en los términos referidos en este epígrafe) que podríamos nosotros encontrar en procedimientos que, por finalizar en sentencias susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada, siguiendo los postulados de la doctrina imperante, han sido considerados como de jurisdicción contenciosa.

En efecto, tenemos al procedimiento de divorcio que se fundamenta en la separación de hecho de los cónyuges por mas de cinco (5) años, previsto en el artículo 185-A del Código Civil y al procedimiento de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, en los cuales los cónyuges “voluntariamente”, esto es, de mutuo y amistoso acuerdo, comparecen ante el juez para pedir que este declare el divorcio o la separación de cuerpos, según los casos.

Antes de continuar, hemos de advertir que Alcalá-Zamora, N. (1992, p.140) ha incluido al “divorcio por mutuo consentimiento” dentro de los procedimientos que se encuentran en “zonas de dudosa o discutida adscripción” pues entiende que el mismo no pasa de ser una autocomposición homologada y por ello entra de lleno en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y sólo incidentalmente reviste carácter contencioso.

Por otra parte, podemos mencionar que de acuerdo con el artículo 929 del Código de Procedimiento Civil cuando se solicita la entrega material de bienes vendidos, **el Tribunal debe fijar el día para que se verifique la entrega solicitada y deberá notificar al vendedor para que concurra al mencionado acto.**

Del mismo modo, el artículo 900 eiusdem prescribe que, en *los procedimientos de jurisdicción voluntaria*, si a juicio del Juez hubiere algún tercero interesado en la solicitud, **deberá ordenar que se le cite en la forma ordinaria para que comparezca en el segundo (2º) día** a exponer lo que crea conducente, pero en ningún caso se le designará defensor judicial.

De manera tal pues que, en estos casos (de *procedimientos típicos de jurisdicción voluntaria*, según se ha dicho ya) existen “sujetos procesales” (partes y terceros) que han de comparecer ante el órgano jurisdiccional “contra su voluntad” o, cuando menos, sin que hayan manifestado previamente su disposición o voluntad de hacerlo. Así las cosas, nos parece que la concurrencia o no de la voluntad de las partes para comparecer ante el órgano jurisdiccional no puede ser tomada en cuenta como un punto diferenciador entre *los procedimientos de jurisdicción contenciosa y voluntaria*.

**Tercero:** Otro elemento, que ha sido considerado como decisivo, para diferenciar ambos *procedimientos*, es el que se refiere a la existencia o no de “controversia” o “contienda judicial”.

Esto que pareciera ser sencillo, se encuentra ensombrecido por la confusión que reina entre los conceptos de “conflicto intersubjetivo de intereses” o

“litigio” y “controversia”, que suelen ser utilizados indistintamente como sinónimos, sin advertir que, en realidad, se trata de conceptos manifiestamente distintos.

Así las cosas, entendido el vocablo controversia como referido a la existencia de un conflicto intersubjetivo de intereses, vale decir, al “litigio” que las partes deben llevar al proceso para su justa composición (siguiendo la nomenclatura carneluttiana), donde una de ellas pretende someter a la otra que se resiste a su vez a reconocer o satisfacer el derecho de la primera, algún sector de la doctrina estima que tendríamos el verdadero criterio distintivo: Si hay tal contienda el proceso será contencioso y de no haberla será voluntario o no contencioso. Y aún cuando en el desarrollo de este último aparezca una resistencia de quien se pretenda afectado por el acto o perjudicado por la resolución a dictarse, entonces el procedimiento, antes voluntario, deberá seguir las formas del juicio contradictorio por existir un litigio a componer (Eisner, I. S/F citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, 1967, p.611).

Pero, si distinguimos, siguiendo las ideas de Di Iorio, A. (1997, p.41)<sup>2</sup>, los conceptos de “conflicto” y “controversia”, en el sentido de que aquel da la

---

<sup>2</sup>Nobleza obliga, esta distinción ya había sido efectuada por Lascano. D. (1941, p.13) al afirmar que “la idea de conflicto es inseparable de la función judicial. Pero nótese que hablamos de conflicto, y no de controversia. Aquel supone un choque de intereses tutelados por el derecho (lesión, desconocimiento o incumplimiento de la obligación), y esta, un

idea de *choque* de intereses en determinada situación, mientras que ésta última es la *discusión* de ese choque de intereses, entonces esta distinción habrá de llevarnos a conclusiones completamente distintas pues, en todo caso, la posibilidad de que se produzca discusión atiende, en principio, al mecanismo procesal, mejor dicho, a la estructura procedimental diseñada por el legislador para tramitar y resolver el problema sometido a la consideración del juez y no a la esencia misma de la actividad jurisdiccional.

Si bien es cierto que en el ejercicio de la jurisdicción contenciosa el proceso supone la existencia de un método de debate con el juego de ataques y defensas<sup>3</sup> aseguradas por el principio contradictorio o de bilateralidad de la audiencia, no lo es menos que, en muchos de estos casos la controversia no se manifiesta positivamente. Veamos:

Por una parte, puede, perfectamente, ejercitarse la jurisdicción contenciosa sin que exista contienda (Chiovenda, G. 1922, p.365; Cuenca, H. 1969, p.87), vale decir, controversia, lo cual ocurre, por ejemplo, en los supuestos del

---

desacuerdo de opiniones que puede faltar en el proceso, como ocurre en el juicio civil seguido en rebeldía y en el proceso penal cuando el reo está confeso”.

<sup>3</sup> Recuérdese que para Calamandrei, P. (1973, p.264) el proceso no es mas que una serie de actos que se cruzan y se corresponden como los movimientos de un juego: de preguntas y respuestas, de réplicas y contrarréplicas, de acciones que provocan reacciones, suscitadoras a su vez de contrarreacciones.

allanamiento del demandado<sup>4</sup> o en los casos en que opere la confesión ficta<sup>5</sup> (debiendo aclararse que en este último supuesto, la falta de contienda se configura, exclusivamente, en aquellas circunstancias en las cuales el demandado, luego de citado, no haya comparecido al proceso ni a contestar la demanda ni a promover pruebas).

Por otra parte, acontece que se ejercita igualmente la jurisdicción contenciosa mediante “procedimientos” que, en principio, han sido concebidos bajo la idea de “ausencia de contención o controversia”.

En efecto, el procedimiento de separación de cuerpos por mutuo consentimiento se encuentra previsto en el Código de Procedimiento Civil, específicamente, en el Libro Cuarto (que se refiere a los procedimientos especiales), Parte Primera (**que trata de los procedimientos especiales contenciosos**), Título IV (en el cual se concentran los procedimientos relativos a los derechos de familia y al estado civil de las personas), Capítulo VIII (que se encuentra integrado por los artículos que van desde el 762 al 765, ambos inclusive). Así las cosas, tenemos que, muy a pesar de que los

---

<sup>4</sup> El artículo 363 del Código de Procedimiento Civil dispone que: “Si el demandado conviniere en todo cuanto se le exija en la demanda, quedará ésta terminada y se procederá como en cosa juzgada, previa la homologación del convenio por el Tribunal”.

<sup>5</sup> El artículo 362 del Código de Procedimiento Civil establece que: “Si el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en este Código se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca...”.

cónyuges obrando de mutuo consentimiento pueden solicitar del juez que decreta su separación de cuerpos, el Código Ritual Civil regula su trámite como un procedimiento contencioso. Sobre la verdadera naturaleza jurídica de este procedimiento trataremos *infra*.

Otro tanto puede decirse de los procedimientos monitorios, en los cuales se prohíbe toda discusión o defensa hasta después de cumplidas las actuaciones de apremio basadas en el título ejecutivo (recuérdese que en estos últimos casos la controversia queda diferida a la sola voluntad del demandado). Ya hemos tenido la oportunidad de afirmar, siguiendo a Calamandrei, P. (1953, p.24) que:

“en estas formas especiales de procesos de cognición, el actor, mediante petición, acude al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo”.

De manera tal pues que, el carácter típico de ésta categoría de procedimientos consiste en que en ellos la finalidad de llegar con celeridad a la creación de un título ejecutivo se alcanza desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado, pues los conceptos lógico y económico en los cuales se inspira este procedimiento consisten,

precisamente, en “que el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio, y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio del contradictorio tiene inicialmente vigor, esto es, al demandado” (Chiovenda, G. 1922, p.723).

Sucede lo propio en los procedimientos interdictales posesorios, en los cuales le corresponde al juez determinar, en fase sumaria, la suficiencia de la prueba o pruebas promovidas con la querella para demostrar la ocurrencia de la perturbación o despojo. Siempre que la evaluación efectuada por este resulte afirmativa, en el caso del interdicto restitutorio, debe fijar la garantía que deberá exigir para ordenar la restitución. En el otro supuesto, en el cual se solicita únicamente el amparo a la posesión del querellante, bastará la suficiencia de la prueba para que el juez dicte el decreto mediante el cual se acuerda el amparo (Álvarez, T. 2001, p.387).

La doctrina ha establecido que, en los casos de los procedimientos de interdicto de amparo:

“la admisión de la querella implica un reconocimiento del Juez con carácter provisional acerca de la pretensión del querellante, sin que tal pronunciamiento implique adelantar opinión sobre el fondo del asunto. Tal pronunciamiento que amerita el análisis y valoración de las pruebas presentadas por el querellante al modo como el juez hace la valoración y análisis de los elementos correspondientes para determinar la procedencia de las medidas cautelares, estará dado en un reconocimiento provisional, mientras se desarrolla el juicio interdictal, a favor de la pretensión

del querellante, como es el reconocimiento de la existencia de la posesión a su favor y de la existencia de una perturbación derivada de la conducta del querellado y así se debe establecer el auto de admisión de la querrela; pero no por ello, 'el juez que dicta el decreto provisional queda ligado a la verdad que le ofreció el justificativo en que fundó su decisión, pues este decreto es provisional, una medida de policía judicial para atenerse a una solicitud de emergencia fundada sólo en la prueba y razones que ofrece el interesado'...". (Sánchez, A. 2001, p.345).

En este orden de ideas, se tiene que, ejecutado el decreto provisional de amparo, la restitución o el secuestro, según los casos, el procedimiento interdictal pasa de la fase sumaria a la fase contenciosa, pues habiéndose tramitado hasta ese momento *inaudita alteram pars*, vale decir, sin la intervención del querellado, para su continuación deberá procederse a la citación de éste último, tal y como lo prevé el artículo 771 del Código de Procedimiento Civil (Sánchez, A. 2001, p.350; Álvarez, T. 2001, p.384).

Por otro lado, sucede que en los trámites judiciales que disciplinan los "procedimientos de jurisdicción voluntaria" existe la posibilidad de controversia, discusión y oposición. Veamos:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 930 del Código de Procedimiento Civil:

"Si en el día señalado el vendedor o dentro de los dos días siguientes cualquier tercero, hicieren oposición a la entrega, fundándose en causa legal, se revocará el acto o se le

suspenderá, según se le haya efectuado y no podrán los interesados ocurrir a hacer valer sus derechos ante la autoridad jurisdiccional competente...(sic)".

Como se podrá apreciar, la norma en comentarios permite que en el procedimiento de "entrega material de bienes vendidos", que, por lo demás, se considera típicamente como de jurisdicción voluntaria, el vendedor del bien cuya entrega se ha solicitado y/o los terceros "hagan oposición" a la entrega requerida, lo que implica, lógicamente, la posibilidad de que se discuta la aspiración del solicitante. En este sentido, merece la pena destacar que sólo cuando la oposición efectuada por el vendedor o el tercero "resultare fundada en causa legal" podrá revocarse la entrega o suspenderse según que ésta se haya realizado o no y, viceversa, se la confirmará o ejecutará según que esta se haya ejecutado o no.

Precisamente por estas circunstancias, y por otras que serán explicadas infra, el maestro Zoppi, P. (1989, p.13) sostuvo que ahora la jurisdicción voluntaria no es tan no contenciosa. De modo que, en nuestro concepto, la posibilidad de que haya controversia o no en el procedimiento no puede ser tenido como criterio diferencial entre jurisdicción contenciosa y voluntaria.

**Cuarto:** Otro punto en el cual ha pretendido encontrarse alguna diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria es el que se refiere a las “formas procesales”.

Antes de continuar, conviene detenerse a efectuar las siguientes consideraciones:

En términos generales, puede afirmarse que “se entiende por forma la disposición exterior que han de presentar los actos para ser válidos” (Prieto-Castro, L. 1989, p.128). Luego, si se tiene en cuenta que la voluntad constituye el contenido de los actos del proceso, y que esa voluntad se proyecta hacia la realidad mediante las formas procesales, tal y como enseña Rodríguez, J. (1984, p.87), entonces, podemos definir a las formas procesales como “aquellos requisitos que deben llenar las conductas de los sujetos del proceso, en relación al modo de expresión de las mismas” (Rengel, A. 1994, p.153).

Las normas jurídicas que regulan las formas procesales disciplinan no solamente la estructura exterior de los actos singulares del proceso, considerados cada uno de ellos como unidad aislada, sino también el orden y la relación de tiempo y de lugar que se verifican entre unos y otros, o sea la posición que cada uno de ellos debe tener en la serie de que forma parte,

Así, por ejemplo, Carnelutti, F. (1973, p.265) estudia frente al proceso contencioso, el proceso voluntario, advirtiendo, sin embargo, que los jueces y defensores harían bien en orientarse al conducir al proceso voluntario, en el principio de la libertad de forma, lo cual no impide, según las palabras del maestro italiano, que puedan servirse, en cuanto parezca oportuno, especialmente en materia de asunción de pruebas, de aquellos institutos del proceso contencioso, que consienten la analogía.

Sin embargo, advierte Carnelutti, F. (1973, p.265) que mientras no se podría, por ejemplo, deferir el juramento decisorio pues éste supondría la litis como contenido del proceso, en cambio, la asunción de testigos y la inspección de cosas, las formas del procedimiento contencioso podrían servir como guía útil; advirtiendo que en este caso no se trataría de una verdadera y propia analogía, sino que tales normas serían adoptadas libremente.

La Parte Segunda del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil venezolano contiene una normativa completa en materia de jurisdicción voluntaria que está dirigida a cubrir tanto el aspecto procedimental propiamente dicho, como su mismo concepto y los principios más característicos de la jurisdicción voluntaria. Es así pues que, en nuestra legislación contamos con una regulación legal que, además de preceptuar lo

conducente a las distintas formas del proceso contencioso, dispone una regulación especial para los asuntos de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, merece la pena destacar que Micheli, G. (1970, p.55) ha advertido que la circunstancia de que en un momento determinado se hayan adoptado formas contenciosas no es suficiente para hacer asignar un proceso a la categoría de la jurisdicción contenciosa mas bien que a la de la jurisdicción voluntaria.

Así, por ejemplo, la doctrina predominante tiende a poner de relieve que, desde el punto de vista del contenido, el proceso de interdicción escapa de la jurisdicción (contenciosa) y es absolutamente idéntico a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, mientras el mismo, desde el punto de vista formal, estaría comprendido dentro de los procesos contenciosos, quedando sometido a su respectiva disciplina.

En efecto, tenemos que, por una parte, en el proceso de interdicción falta el conflicto de intereses entre aquel cuya interdicción se pide<sup>6</sup> y el o los sujetos

---

<sup>6</sup> El artículo 393 del Código Civil dispone que: "El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en estado habitual de defecto intelectual que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses, serán sometidos a interdicción, aunque tengan intervalos lúcidos".

que la solicitan<sup>7</sup> y, si bien es cierto que la forma contenciosa ha sido adoptada a los fines de utilizar su eficacia dialéctica en la tutela del incapaz<sup>8</sup>, no es menos cierto que esa tutela se realiza a través de la intervención del órgano jurisdiccional, el cual tiende, lógicamente, a realizar no un interés de la Administración Pública, sino el interés en la actuación del derecho objetivo con la salvaguardia de los eventuales derechos de los particulares.

Sostiene Micheli, G. (1970, 47) que la actuación del Juez, en estos casos, no puede ser colocada en el mismo plano que la intervención de la Administración Pública, pues el interés público en la protección y en la tutela de los incapaces ha recibido ya reconocimiento con la posición de la norma jurídica, que tal interés reconoce. El mismo Carnelutti, F. (1973, p.329) había advertido que cuando el proceso voluntario se desarrolla con las formas del proceso contencioso, la acción voluntaria, en sede de cognición, se confunde fácilmente con la acción contenciosa, tal es el caso de la acción relativa al proceso de interdicción o de inhabilitación; en los demás casos se distingue mas fácilmente.

---

<sup>7</sup> El artículo 396 eiusdem prescribe que: "Pueden promover la interdicción: el cónyuge, cualquier pariente del incapaz, el Síndico Procurador Municipal y cualquier persona a quien le interese. El Juez puede promoverla de oficio".

<sup>8</sup> Véase el Capítulo III del Título IV de la Parte Primera del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil (artículos 733 a 741) que regula el procedimiento de "interdicción e inhabilitación".

Y si además se agrega a todo lo antes dicho que las decisiones dictadas en los procedimientos de interdicción no son susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada material<sup>9</sup>, circunstancia ésta que junto con la ausencia de litigio constituyen, de acuerdo con la doctrina predominante, características típicas de la jurisdicción voluntaria, como se ha destacado ya, nada impide<sup>10</sup>, a nuestro juicio, que puedan catalogarse estos procedimientos dentro de la categoría de los de jurisdicción voluntaria.

Pero, interesante resultará prestar atención a lo dispuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada el día 22 de octubre de 1991, en el juicio de Francisco Vásquez Miranda y abogada Celina Linares Araujo de Vásquez:

“... En sentencia de esta Sala de Casación Civil, de fecha 07 de diciembre de 1977, reiterando anterior jurisprudencia se estableció al respecto que:

“El acto por el cual el Juez de Primera Instancia declara la separación de cuerpos; y bienes convenida entre los cónyuges, no es en rigor técnico una sentencia, y menos aún una sentencia definitivamente firme constitutiva de un nuevo estado, como parece haberlo entendido el formalizante. La aludida determinación judicial es un simple auto homologatorio de la voluntad de las partes, que el juez dicta en procedimiento no contencioso...”. En otros términos, la indicada declaratoria se limita a probar y a dar eficacia jurídica, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, al acuerdo de los cónyuges en cuanto al

---

<sup>9</sup> Véase a tales fines los artículos 737 y 739 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>10</sup> Ni siquiera la circunstancia de que dentro del procedimiento de interdicción se verifique alguna contienda, pues, como se ha destacado precedentemente, aún en los procedimientos que han sido deliberadamente adscritos a la jurisdicción voluntaria existe la posibilidad de “discusión”.

hecho de la separación, a los fines de la prueba del lapso de dos años que la Ley exige para su ulterior conversión en divorcio. Esto sin perjuicio de la facultad que tiene el Tribunal para rechazar las bases del convenio que sean contrarias a la moral y al orden público. Tampoco puede afirmarse que el decreto judicial que declara la separación, recae sobre un acto de autocomposición procesal puesto que el convenio de separación, se sustancia, como se dejó sentado, en un procedimiento no contencioso o de jurisdicción voluntaria, lo cual necesariamente excluye la idea de algún juicio al que las partes han dado término mediante convenio, desistimiento o transacción judicial”.

En razón a lo expuesto se denota que ha sido criterio de este Alto Tribunal, el considerar que la decisión judicial que declara la separación de cuerpos para ulterior conversión en divorcio, no es una sentencia dictada en un juicio, ni tampoco un auto homologatorio de un acto de autocomposición procesal, sino es un procedimiento de jurisdicción voluntaria o no contencioso; en estos casos dicha decisión no es recurrible en casación porque para poder impugnar una sentencia mediante el recurso extraordinario de casación, aquella decisión deberá haberse dictado en un verdadero juicio contencioso y no en un mero proceso o actuaciones que aún siendo debatidas por los interesados no constituyen un verdadero juicio....(omissis).

Ahora bien, el artículo 185 del Código Civil anteriormente transcrito en su parte pertinente establece que la declaratoria de divorcio se efectuará al haber transcurrido un lapso, de mas de un año después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho plazo la reconciliación, es decir, que subordina tal declaratoria al cumplimiento de dos supuestos:

1. Haber trascurrido el tiempo necesario.
2. No haber reconciliación de los cónyuges.

Por lo que la misma normativa prevé la posibilidad de efectuar por alguna de las partes oposición fundada en alguna de las causales antes dichas, a tal efecto el Código Civil, dispone que:

“...el Tribunal procediendo sumariamente y a petición de cualquiera de ellos, declarará la conversión de separación de cuerpos en divorcio, previa notificación del otro cónyuge”.

De manera, que si lo considerare procedente se oponga a la declaratoria de divorcio.

En caso de haber oposición, evidentemente el procedimiento dejaría de ser de jurisdicción voluntaria para convertirse en un verdadero juicio de contención....” (Pierre, O. 1991, p.141).

Nótese como la sentencia que resuelve estos procedimientos si es susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada, lo que, en los términos de la doctrina tradicional, sería razón suficiente para reputarlos como de jurisdicción propiamente dicha, sin embargo son considerados de jurisdicción voluntaria, circunstancia ésta que, en nuestra opinión, refuerza la tesis de Micheli, G. (1970, p.57) de que la adopción de ciertas formas no es en absoluto suficiente para definir la naturaleza jurídica de un proceso.

No obstante lo antes dicho, la mayor parte de los autores han pretendido distinguir algunos elementos formales de los que configuran los procedimientos de jurisdicción contenciosa y voluntaria y señalan entre ambos marcadas diferencias, que no siempre resultan ser tales diferencias ni tan decisivas, como hemos querido destacar.

Probablemente quien se ha esforzado en hallar con mas minuciosidad las diferencias existentes entre ambos "procedimientos" es Alcalá-Zamora, N. (1992, p.162) quien enfrenta al proceso (que sólo lo sería el contencioso) con el expediente (modo de actuación del procedimiento voluntario): litigio-negocio; partes-participantes; acción-pedimento; demanda-solicitud; jurisdicción-atribución; juzgador-funcionario judicial; sentencia-resolución; apelación-alzada.

Sin dejar de reconocer lo calificada de la opinión del maestro español, en nuestro país, tenemos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia dictada el día 26 de junio de 2.000 en el juicio de Regalos Coccinelle, S.A. exp. N°.0263 dispuso que *no existe diferencia alguna en el desenvolvimiento de los procesos por los cuales se ejercitan la jurisdicción contenciosa y la voluntaria.*

En efecto, prescribe la decisión en comentarios que:

“El Código de Procedimiento Civil divide al proceso en ordinario y especial.

El Libro Cuarto del Código a su vez divide los procedimientos especiales en dos clases. 1) Los especiales Contenciosos (Libro Cuarto. Parte Primera). 2) De la Jurisdicción Voluntaria (Libro Cuarto. Parte Segunda). Luego, los procedimientos de jurisdicción voluntaria son, como parte del proceso, de igual entidad que los contenciosos. Ambos tipos de procedimientos forman parte del proceso<sup>11</sup> en general y por ende del Derecho Procesal. Ambos producen sentencias, y dichos fallos producen efectos, variando éstos básicamente en lo atinente a la cosa juzgada (artículo 898 del Código de Procedimiento Civil).

En consecuencia, no existe diferencia alguna en el desenvolvimiento de estos procesos, en cuanto a la ejecución de los actos procesales y a las órdenes judiciales que en ellos tengan lugar....” (Gouvea & Bernardoni. 2000, p.6).

---

<sup>11</sup> Esta afirmación implica, bajo la idea de la inescindible conexión entre acción, jurisdicción y proceso, que al comprenderse a los procedimientos de jurisdicción voluntaria como una de las formas de exteriorizarse el proceso, ha de entenderse, por vía de consecuencia, que éste sólo puede producirse válidamente cuando concurren el poder de la acción que reside en los justiciables y el de la jurisdicción que reside en el Estado y que ejerce por los órganos jurisdiccionales exclusivamente.

De modo tal pues que la adopción de determinadas formas procesales no puede ser tenida como criterio diferenciador entre *los procedimientos de jurisdicción contenciosa y voluntaria*.

**Quinto:** La existencia o no de partes es otro de los aspectos tomados en consideración por la doctrina a los fines de establecer la diferencia entre los procedimientos de jurisdicción contenciosa y voluntaria.

Un nutrido grupo de autores estima que una consecuencia directa de la inexistencia de conflicto en los asuntos sometidos a la jurisdicción voluntaria es que estos procedimientos no tengan partes en sentido estricto (Couture, E. 1981, p.48; Chiovenda, G. 1922, p.366 ; Palacio, L. 1994, p.359).

Así, explica Eisner, I. (S/F) citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (1967, p.613) que:

“.... cuando hay litis, existe un conflicto de intereses entre dos o mas interesados, en el cual uno de ellos pretende obtener algo contra alguien. Hay entonces una parte por cuanto frente a él o contra él hay una contraparte. El que sólo pide al juez un efecto jurídico o una convalidación de un acto que a nadie perjudica, que sólo incumbe e interesa al peticionante, no será parte en sentido técnico, pues no tiene adversario en su pretensión. Sólo pide tutela para un interés legítimo particular (privado o público) pero no intenta someter a nadie a su interés. El conflicto, en cambio, base de la jurisdicción contenciosa, supone por lo menos dos partes con pretensiones encontradas donde uno discute o no satisface el derecho del otro”.

Por ello, concluye el autor en comentarios (1967, p.613) que el que acude al órgano jurisdiccional a intervenir en procedimientos de jurisdicción voluntaria será, simplemente, un “peticionario”, “solicitante” o “interesado”.

Nosotros, que nos hemos adherido a la tesis de que la noción de parte se deriva del proceso (Chiovenda, G. 1922, p.6), pues esta no se identifica con la titularidad de los derechos y las obligaciones que devienen de una relación jurídica sustancial que, eventualmente, puedan ser causa del proceso mismo, ello en virtud de que puede perfectamente iniciarse un proceso cualquiera mediante el ejercicio de la acción por quien se afirme, sin más, ser titular de un derecho que no le pertenece o seguirse este proceso contra quien no resulta ser el obligado (Prieto, L. 1989, p.66), hemos de apartarnos de la tesis expuesta por Eisner, I. que, en principio, condiciona esta noción a la existencia del “litigio”.

Por otro lado, nos parece que sostener de manera determinante que siempre habrá una parte en tanto y en cuanto frente a ella o contra ella exista una contraparte es una exageración.

En efecto, ya Carnelutti, F. (1973, 263) había afirmado que el sujeto del proceso voluntario puede continuar llamándose parte porque en realidad es siempre el componente de una pareja, pero no acciona frente a la otra parte,

la cual incluso, en ciertos casos, ni siquiera sería fácil de determinar. Sin dejar de sostener que la jurisdicción voluntaria es actividad administrativa, Guasp. J. (1996, p.734) estima que en estos procedimientos, además de la presencia del órgano jurisdiccional se cuenta con la presencia de sujetos distintos de éste, o sea, de partes que van a permitir al órgano jurisdiccional a recoger material de derecho privado, relaciones jurídicas ajenas, igual que podría hacerlo en un proceso, aunque con la diferencia de que no existe en estos procedimientos el elemento sustancial de todo proceso que es la pretensión procesal.

De lo anterior se colige que, en términos generales, pueden ser consideradas como partes aquellas personas, naturales o jurídicas, que se constituyen en sujetos de un proceso para pretender en él tutela jurídica a sus derechos o intereses jurídicos, y que, por lo tanto, asumen la titularidad de las relaciones que en el mismo se generan, con los derechos, las cargas y las responsabilidades inherentes.

**Sexto:** El distinto modo de conocimiento por parte del juez en *los procedimientos de jurisdicción contenciosa y voluntaria* también ha pretendido erigirse en factor de distinción entre estos procedimientos.

En términos generales puede afirmarse que en los procedimientos de jurisdicción contenciosa rige el principio “contradictorio”, también conocido como de “bilateralidad de la audiencia”, de “controversia” o de “defensa en juicio”, etc. Enseña Peyrano, W. (1978, p.146) que la esencia del principio en cuestión, por lo menos concibiéndolo a la usanza clásica, está perfecta y gráficamente sintetizada en el tradicional brocárdico *audiatur et altera pars*. O sea, que todas las soluciones que en él se inspiran están signadas por la constante y benéfica preocupación de oír a las partes.

En efecto, en los procedimientos contenciosos de conocimiento la bilateralidad es una característica obligada que exige la intervención de la parte contraria como garantía del derecho de defensa. Este principio comporta, ciertamente, que recibida la demanda en el Tribunal esta, una vez admitida, debe ser comunicada al demandado de modo que conozca lo que contra él se pretende, a los fines de que pueda, dentro de los lapsos legalmente previstos, refutarlo; que durante la etapa de sustanciación de las pruebas, se permita y facilite la presencia de las partes contendientes a los fines de ejercer el debido control sobre estas; que puedan, en todo sentido, las partes formular alegatos o informes y que, una vez producida la sentencia de mérito, estas puedan recurrir de ella. Sin embargo, merece la pena destacar que este principio, a pesar de tener raigambre constitucional (ex artículo 49 ordinal 1º) no obliga a las partes a defenderse, sino que se limita

a crear las oportunidades necesarias para que estas ejerzan su derecho a defenderse.

Apunta Couture, E. (1981, p.49) que la actuación del juez en los procedimientos de jurisdicción voluntaria difiere de su actuación en materia de jurisdicción contenciosa pues, al actuar *inaudita alteram pars*, carece de uno de los elementos mas convenientes a la emisión de un juicio jurídico: la comprobación de una tesis con su antítesis. Así, sostiene el maestro uruguayo que la sentencia proferida en la jurisdicción voluntaria se dicta bajo la responsabilidad del peticionante pues, el juez no conoce mas verdad que la verdad que le dice la parte interesada, lo que es una manera muy relativa de conocer la verdad.

Alsina, H. (1957, p.435) por su parte, destaca que dadas las circunstancias en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el juez procede con conocimiento informativo y no con conocimiento legítimo, como ocurriría en los casos de jurisdicción contenciosa, pues, en estos casos el juez procede de acuerdo con el resultado de una investigación personal y en los casos de jurisdicción voluntaria, el juez procede con base en los informes de los interesados.

Calamandrei, P. (1973, p.193), por su parte, ha dicho que en los casos de jurisdicción voluntaria, unas veces el juez se limita a efectuar una simple verificación de legalidad y otras veces entra a examinar la oportunidad del acto, pero con criterios discrecionales, y Guasp, J. (1998, p.734), contrariamente, ha dicho que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el órgano jurisdiccional recoge material de derecho privado, relaciones jurídicas ajenas, igual que podría hacerlo en un proceso, aunque con la diferencia fundamental de que no existe en ella el elemento sustancial de todo proceso que es la pretensión procesal

A nosotros nos parece que este no puede ser un elemento diferencial entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria pues, en principio, el poder de conocimiento del juez a los fines de reunir los elementos necesarios para hacer actuar el derecho en el caso sometido a su consideración, no depende en su extensión, sino de la mayor o menor complejidad material de la cuestión propuesta, del acuerdo o desacuerdo de las partes o del carácter ordinario, especial o sumario que la ley pueda atribuir a cada procedimiento.

Chiovenda, G. (1954, p.204) aclara que un procedimiento es de conocimiento completo cuando "tiene por objeto el examen a fondo de todas las razones de las partes, esto es, de todas las condiciones para la existencia del derecho y de la acción y de todas las excepciones del demandado", mientras

que, por el contrario, será de conocimiento sumario o incompleto “cuando el examen de las razones de las partes no se lleva a último extremo o bien es parcial”.

Lo cual va a implicar que el conocimiento por parte del juez habrá de ser mas amplio o mas reducido, según las posibilidades que en orden a los lapsos y los medios de prueba conceda la ley a los justiciables (Podetti, R. 1963, p.162).

Así tenemos que, por ejemplo el denominado “Procedimiento de Intimación”, previsto en los artículos 640 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, goza de la misma naturaleza de los “procedimientos monitorios o de injunción”, los cuales se caracterizan, a su vez, por ser procedimientos con el “contradictorio diferido”, pues el juez emite sin previo contradictorio una orden de pago (intimación) dirigida al demandado, señalándole un lapso dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el debate mediante la oposición. De este modo, *el juicio de conocimiento resulta contingente y eventual pues depende, en todo caso, de la actitud del demandado.*

En efecto, siguiendo las enseñanzas de Calamandrei, P. (1953, p.24) podemos afirmar que:

“... en estas formas especiales de procesos de cognición, el actor, mediante petición, acude al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo....”.

Valga la pena destacar que en la oportunidad de efectuar el denominado “control a límine” de los instrumentos presentados por el actor acompañando al libelo de la demanda, para así poder emitir el correspondiente “decreto intimatorio” le está vedado al juez entrar a efectuar consideraciones acerca del fondo de lo pedido, correspondiéndole, simplemente, “llevar a cabo un control de legitimidad, si bien meramente formal y exterior (prima facie) del requerimiento y, por tanto, también del título ejecutivo documental y de los demás presupuestos específicos, para inferir de él si (el propio organismo) queda formal e inicialmente legitimado para realizar los actos solicitados” (Redenti, E. 1957, p.302).

Otro tanto puede decirse respecto de las medidas cautelares, cuya característica fundamental es que se solicitan, se decretan y se practican *inaudita alteram pars*, es decir, sin la presencia, audición o conocimiento de la parte contra quien se dirige y le afecta (Jiménez, S. 1999, p.20).

De acuerdo con el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil las medidas cautelares las decretará el Juez, sólo cuando acompañe un medio de prueba que constituya presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y de la existencia de un riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*).

Se comprende que, en estos casos, no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino, solamente de formular un juicio de probabilidad de su existencia, sobre la base de una cognición sumaria y superficial; sobre el segundo punto (*periculum in mora*) se debe indagar en torno a la verosimilitud del peligro que puede sobrevenir y que podrá ser mas difícil o imposible la tutela del derecho (Liebman, E. 1980, p.162). Ello debe ser así, pues si para dictar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría mas esperar a ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud (Calamandrei, P. 1945, p. 77).

Ya habíamos dicho que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria existe la posibilidad de que se genere alguna suerte de “contradictorio”, ahora diremos que, de acuerdo con la legislación venezolana, el juez que

actúa en cuestiones de jurisdicción voluntaria no se limita a escuchar al “solicitante” de alguna providencia de esta especie, sino que, por lo demás, está facultado para oír a terceras personas, de modo que su conocimiento de los hechos no puede ser considerado, en modo alguno, como informativo.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el único aparte del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil:

“... 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, todo sin necesidad de las formalidades del juicio....(sic)”.

Del mismo modo, el artículo 899 del mencionado Código ritual nos dice que:

“Todas las peticiones o solicitudes en materia de jurisdicción voluntaria deberán cumplir los requisitos del artículo 340 de este Código, en cuanto fueren aplicables. En la solicitud el solicitante indicará al Juez las personas que deban ser oídas en el asunto, a fin de que se ordene su citación. Junto con ellas deberán acompañarse los instrumentos públicos o privados que la justifiquen, e indicarse los otros medios probatorios que hayan de hacerse valer en el procedimiento”.

Igualmente, el artículo 900 eiusdem prescribe:

“Si a juicio del Juez hubiere algún tercero interesado en la solicitud, ordenará que se le cite en la forma ordinaria para que comparezca en el segundo día siguiente a exponer lo que crea conducente, pero en ningún caso habrá lugar a la designación de defensor judicial.

Al admitir la solicitud si no hubiere tercero interesado, o pasada que sea la oportunidad para la comparecencia de éste, el Juez podrá ordenar la apertura de una articulación probatoria por el lapso que él determine, a fin de que se evacúen las pruebas pertinentes”.

Todo lo cual hace concluir que, por ningún concepto ni bajo ninguna circunstancia, puede pensarse que el modo de conocimiento por parte del juez deba ser tenido como un elemento diferenciador entre *los procedimientos de jurisdicción contenciosa y voluntaria*.

**Séptimo:** Un punto bastante delicado es el que se refiere a la categoría jurídica del acto en virtud del cual se pone en movimiento el órgano judicial que interviene en los asuntos de jurisdicción voluntaria, vale decir, si el justiciable que ocurre ante el órgano jurisdiccional en procura de un efecto de los que son propios de esta modalidad de tutela judicial, ejercita o no una “acción” del mismo modo que lo hace el pretensor en un proceso contencioso.

Para Alcalá-Zamora, N. (1992, p.144) resulta inadecuado hablar de acción cuando, según su modo de ver, no existe litigio de la que emane, ni proceso en la que se ejercite, ni jurisdicción a la que se dirija, ni partes que sean sus titulares, ni juzgador en sentido funcional que se pronuncie sobre la misma y,

por lo tanto, habría que habilitar una denominación especial que destaque la divergencia terminológica y de contenido que existiera entre ambas.

A esta concepción resulta fácil criticarle que ella supone tener como un hecho cierto que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria no existe jurisdicción, ni partes, etc., sino que, además, el concepto de acción fuera unívoco y pacífico, cuando todos sabemos que no lo es.

El mismo Alcalá-Zamora, N. (1992, p.323) nos dice que “de la acción no sabemos ni lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) ni donde está (si en el campo del derecho material o en el del procesal)”. En este mismo sentido De La Oliva, A. (1980, p.5).

Por otro lado, también resulta fácil criticarle que olvida la posibilidad atribuida a los jueces de obrar oficiosamente (véase al respecto el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 211 de la Ley de Tierras, entre otros), caso en el cual se está en presencia de actividad jurisdiccional, sin requerimiento, vale decir, sin instancia de parte, en definitiva, sin ejercicio de la acción.

Repárese ahora en lo siguiente, de acuerdo con a las enseñanzas de Fairén, V. (1990, p.81), estimamos que la acción es, en principio, “el derecho a excitar la actividad jurisdiccional del Estado”.

Mas concretamente, la acción debe ser entendida como un derecho subjetivo público, toda vez que se concreta en un poder que ha sido atribuido, de acuerdo con el artículo 26 del Texto Fundamental, a todo ciudadano para obtener una resolución judicial sobre una determinada petición, de tal suerte que el sujeto pasivo del derecho de acción es el Estado, encarnado en el juez, y su objeto está constituido por el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Dicho esto, necesario resulta destacar que el derecho de acción no se agota con la presentación de la demanda, al crear en el juez la obligación de dictar una resolución de determinado contenido sobre la petición de apertura del proceso.

En efecto, circunscribir la acción al acto por el cual un justiciable “presenta el libelo de la demanda” ante el órgano jurisdiccional supone tener una visión limitada de la misma, sólo explicable en el cuadro de las teorías obligacionistas, en las que aquella aparece confundida con la pretensión de derecho material. La acción no puede ser considerada como un simple empujón que se le da a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta

jurisdiccional, sino una vibración continuada para que llegue a su destino (la sentencia y, según sea el caso, su ejecución), toda vez que el procedimiento no se mueve en virtud de la inercias, sino por obra del impulso procesal, del juez y de las partes. De manera tal pues que, en la medida en la cual las partes promuevan cuestiones previas, contesten la demanda o la reconvención, promuevan pruebas, ejerzan algún recurso, o insten la ejecución de las sentencias, etc., estarán ejerciendo, en cada una de estas oportunidades, la acción, a la cual cabe considerar, precisamente por estas circunstancias, como el elemento dinámico del proceso (Alcalá-Zamora, N. 1992, p.350).

De modo que, iniciado oficiosamente el proceso por el órgano jurisdiccional, desde el mismo instante en que el justiciable, a requerimiento del juez, comparece ante él y efectúa algún acto de petición procesal, estará, sin ningún género de dudas ejercitando, así mismo, el poder de la acción.

Consideraciones aparte, debemos hacer énfasis en lo siguiente: de acuerdo con el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el proceso constituye un instrumento para la realización de la justicia, por lo tanto, éste debe ser entendido, en principio, como un medio para procurar la actuación de determinadas formas de tutela previstas por el ordenamiento jurídico positivo.

Para que pueda concretarse la aplicación de estas modalidades de tutela se requiere, necesariamente, la intervención del órgano jurisdiccional pero, como se ha dicho ya, esta intervención del órgano jurisdiccional (salvo los casos en los cuales se permite la actuación oficiosa de éstos) debe ser pedida, instada, en suma, accionada por el justiciable.

Carnelutti, F. (1973, p.328) nos ha dicho que como al proceso contencioso corresponde la acción contenciosa, así también la acción voluntaria corresponde al proceso voluntario. Entonces, cuando el juez en ejercicio de la jurisdicción voluntaria dicta una sentencia a través de la cual se posibilita la creación de un determinado efecto jurídico que sin su intervención no habría sido posible generar, lo que está otorgando al justiciable no es mas que una de las diversas modalidades de tutela jurisdiccional que prescribe el ordenamiento jurídico positivo.

En éste orden de ideas, concluimos junto con Micheli, G. (1970, p.33) que ese poder que corresponde a la parte, de promover y de impulsar hasta su fin un proceso, o sea, la acción, constituye el medio técnico que está previsto por la ley positiva para operar, al igual que en los procedimientos contenciosos, en los de jurisdicción voluntaria, variando en cada caso, los presupuestos a cuya existencia la ley subordina la admisibilidad de la petición de tutela jurídica y su efectiva concesión.

Lo dicho hasta ahora estimamos sea suficiente para acreditar que, no es del todo cierto que los procedimientos de jurisdicción voluntaria no puedan ser considerados esencialmente jurisdiccionales, toda vez que en ellos la actuación del juez no haya sido requerida por obra del poder de la acción.

Sin embargo, durante la realización del presente trabajo tuvimos la oportunidad de enfrentarnos al siguiente dilema:

De acuerdo con el artículo 203, segundo aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica, la ley perderá este carácter”.

Como se podrá apreciar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia efectúa el control de la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes, a requerimiento, vale decir, a instancia de la Asamblea Nacional.

La cuestión ahora está en dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿qué poder es ese que ejercita la Asamblea Nacional para poner en movimiento a

la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República a los fines de que efectúe el control de la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes?, en otras palabras, ¿ejerce el poder de la acción la Asamblea Nacional cuando insta a la Sala Constitucional a efectuar ese control?.

La duda surge de las siguientes consideraciones: si la acción es un derecho, como lo reconoce mayoritariamente la doctrina que ha tratado el tema, sin que interese en este caso entrar en consideraciones respecto de si ese derecho es abstracto o concreto, como algún sector de la doctrina todavía postula (Morón, M. 1993, p.140; De la Oliva, A. 1980, p.20), y, como vemos, en este caso la Asamblea Nacional está solicitando, pidiendo, instando a la Sala Constitucional para que se pronuncie sobre la constitucionalidad del carácter orgánico del proyecto de ley que se le remite, en franco cumplimiento de un “deber”; en tanto que “derecho” y “deber” se contraponen, a nosotros nos parece, en una primera impresión, y salvo mejor criterio, claro está, que en este caso en particular no se ha ejercido el poder jurídico de la acción y, sin embargo, se ejercita actividad jurisdiccional.

De otro lado emerge que, en virtud de que la Sala Constitucional ejerce el susodicho control preventivo de la constitucionalidad del carácter orgánico de los proyectos de ley “a solicitud” o “a instancia” de la Asamblea Nacional, no

nos encontramos en presencia de una “actuación oficiosa” del órgano jurisdiccional.

La cuestión ahora está en lo siguiente: ¿Es que, acaso, estamos en presencia de un modo en virtud del cual se logra poner en movimiento a los órganos jurisdiccionales que resulta distinto al ejercicio del poder de la acción y a la actuación oficiosa de estos últimos?.

Procurar dar respuestas satisfactorias a las interrogantes que nos hemos planteado, desbordan, con creces, los límites de esta investigación, por ello, preferimos dejar para otro momento el avocarnos a la tarea de obtenerlas.

**Octavo:** Quienes postulan la naturaleza administrativa de la actividad que realizan los jueces en *los procedimientos de jurisdicción voluntaria*, estiman que donde se encuentra la verdadera diferencia entre ésta y la jurisdicción contenciosa es en la autoridad que ha de alcanzar la decisión que se produce en cada una de ellas y especialmente en la inmutabilidad o no de las mismas para el futuro que caracteriza a la suprema preclusión que es la “cosa juzgada”.

Las sentencias que recaen en los procesos de jurisdicción contenciosa adquieren la eficacia y cualidad de *res iudicata*. No ocurre lo mismo con las

resoluciones proferidas en los procedimientos voluntarios (artículo 898 del Código de Procedimiento Civil).

Se ha dicho que no importa, a los fines de esta distinción, que algunos procesos contenciosos alcancen sólo cosa juzgada formal (resolución última y firme dentro del proceso) y no la cosa juzgada material (inmutabilidad del fallo para el futuro y evitación de otros procesos por idénticas pretensiones) toda vez que ello sólo depende de razones técnicas que aconsejan la sumariedad de ciertos juicios de eficacia inmediata con posibilidad de discusión amplia en instancia ordinaria. En su oportunidad nos ocupamos de explicar esto.

El punto cierto es que dicha cualidad de la sentencia que, según Couture, E. (1981, p.49), define al acto jurisdiccional, no se manifiesta en los actos de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, no nos parece que el efecto de la cosa juzgada pueda ser un elemento que deba ser tenido en cuenta para precisar que la actividad que desarrollan los jueces en *los procedimientos de jurisdicción voluntaria* sea actividad administrativa y no jurisdiccional, pues, en nuestro criterio, ello implicaría reducir la noción de actividad jurisdiccional al mero acto de sentenciar, cuando, en realidad, muy a pesar de que algún sector de la

doctrina opine lo contrario, como Carnelutti, F. (1993, p.156), por ejemplo, que estima que la ejecución forzosa es proceso, y no jurisdicción, la actuación jurisdiccional se despliega en un enorme número de manifestaciones diversas al acto conclusivo del proceso de cognición como hemos tenido oportunidad de destacar precedentemente.

Por otra parte, un calificado sector de la doctrina ha venido postulando que, en lugar de un efecto característico de la actividad jurisdiccional, la cosa juzgada sería mas propiamente un elemento del proceso (Guasp, J. 1996, p.495).

En efecto, no obstante que algunos continúen empleando la palabra jurisdicción en su restringido significado etimológico, esto es, como limitada a indicar solamente la actividad de juzgar, misma que se agota en la fase de cognición, acontece que cuando un justiciable reclama del Estado tutela jurisdiccional, está reclamando la prestación de toda una actividad que tiende a satisfacer su pretensión más allá de las características y formas que ésta pueda revestir (Di Iorio, A. 1997, p.52). En este orden de ideas, si se tiene presente que en el desempeño de sus funciones los jueces y magistrados están investidos de ciertos poderes, que pueden perfectamente reunirse en cuatro grupos: de decisión, de coerción, de documentación o investigación y de ejecución, y que estos se ejercitan, efectivamente, durante todo el iter

procedimental, pensar entonces que aquellos actos ejecutados por el juez durante el período de instrucción o sustanciación, en tanto que pudieran estar desprovistos del efecto de la cosa juzgada, no deben ser considerados como jurisdiccionales, nos parece, a todas luces, una exageración.

Efectivamente, la función jurisdiccional comprende, según afirma Calamandrei, P. (1973, p.166), no sólo la actividad que el Estado realiza para aplicar la norma general y abstracta al caso concreto y para poner en claro el mandato individualizado que de ella nace:

“...sino también la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que este mandato concreto sea prácticamente observado (en sí mismo, o en el precepto sancionatorio que toma su puesto), también en caso de necesidad, con el empleo de la fuerza física, dirigida a modificar el mundo exterior y a hacerlo corresponder a la voluntad de la ley”.

Estas ideas no son extrañas a nuestro ordenamiento jurídico positivo pues, como se dispone en el primer aparte del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”.

De manera tal pues que, de acuerdo con la norma en cuestión, y como hemos tenido de destacar previamente, la potestad jurisdiccional se ejercita instruyendo, decidiendo y ejecutando lo decidido.

Por otra parte, tenemos que, en una afirmación que sólo es preliminar, de acuerdo con la tesis en referencia, “exclusivamente el acto jurisdiccional denominado sentencia” sería susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada. Luego, se sostiene que, para que pueda hablarse concretamente de cosa juzgada se requiere, necesariamente, que tengamos frente a nosotros una sentencia.

Sin intenciones de aumentar desproporcionadamente los límites de esta investigación, importante resulta repetir en esta oportunidad que la doctrina ha venido entendiendo que la manifestación preventiva o cautelar debe, necesariamente, estar incluida en la noción de jurisdicción. Seguimos aquí, en resumen, la opinión de Calamandrei, P. (1973, 156) para quien, a los fines de la reintegración del derecho obtenida por la vía jurisdiccional pueda ser verdaderamente eficaz, es indispensable que la declaración de certeza y su puesta en práctica a través de los medios de coacción ocurrieran de manera instantánea. Sin embargo, como se sabe, las cosas no resultan así, pues es común que la duración del proceso haga que el justiciable que reciba aquella declaración en su favor la obtenga muy tarde y su razón se frustre en la

práctica. Precisamente para evitar ese riesgo es por lo que se ha creado el proceso cautelar, que tiene por objeto lograr, anticipadamente, garantías o seguridades que aseguren el resultado del proceso. En el mismo sentido se pronuncia Vescovi, E. (1984, p.121).

Según se ha dejado ver ya, no toda la actividad jurisdiccional es de naturaleza decisoria.

En efecto, el procedimiento denominado "retardo perjudicial" (previsto en el artículo 815 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) está destinado, única y exclusivamente, a procurar la evacuación de una o varias pruebas del promovente, cuando hubiere fundado temor de que esta (s) pudiera (n) desaparecer.

El retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezcan las pruebas es, en opinión de Cabrera, J.(1990, p.40):

"un proceso contencioso, que nace de una acción precautelativa, cuya finalidad es solicitar al órgano jurisdiccional que adelante un estadio de un futuro juicio, a fin de que se capturen unos hechos con los medios de prueba que se promuevan. Se trata de un derecho subjetivo procesal que se pone en movimiento con miras a una futura litis y que responde a un interés actual o eventual, que debe ser afirmado. Ante la solicitud, si esta llena los requisitos legales, el Juez la admitirá y pondrá en movimiento un segmento de un futuro proceso contencioso, permitiendo dentro de él, la contención que acontecería en ese sector del juicio, si él tuviere lugar.

El que en este proceso no exista apelación para el demandado, oposición a la solicitud, ni interposición de cuestiones previas, en nada elimina su naturaleza contenciosa, ya que el no es sino el adelanto de una etapa procesal de un eventual o futuro juicio, donde todas las defensas se podrán plantear”.

En efecto, afirma el maestro venezolano que la existencia de un acto de oposición o contestación al fondo, de cumplimiento obligatorio o no, según se mantenga la iniciativa del contradictorio o se invierta, no es decisivo para tildar a un proceso de contencioso o no, lo importante es la presencia de las partes en posición contradictoria regulada por la ley con cargas de actuación, y ella está vigente en este proceso (Cabrera, J.1990, p.42).

La cuestión ahora está en responder a estas dos interrogantes: ¿existe la posibilidad de que en el procedimiento de retardo perjudicial se obtenga como resultado el efecto de la cosa juzgada?; ¿la actividad que desarrolla el juez en este procedimiento es jurisdiccional?.

Las respuestas son obvias.

Por otro lado, asumir la distinción entre la actividad jurisdiccional y las otras funciones del Estado (legislación y administración) en función del efecto de “cosa juzgada” que es susceptible de generarse sólo en las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales, se debió, fundamentalmente, a la

circunstancia de que las sentencias son actos reguladores a su imagen y semejanza de la situación jurídica sobre la cual operan; que constituyen por sí su propia legitimidad, *que precluyen toda censura que tenga a éstas por objeto*, a diferencia de lo que ocurre con los otros actos emanados de los órganos legislativos y administrativos del Estado, después de cuyo cumplimiento, en cambio, la cuestión de su conformidad al derecho no está cerrada, sino que se abre una amplia y total posibilidad de examen (Allorio, E. 1963, p.27).

Pero, acontece que, por una parte, las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada no gozan de absoluta intangibilidad, pues como lo advertía Couture, E. (1981, p.402), la inmodificabilidad de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada no se refiere a la actitud que las partes puedan asumir frente a ella, ya que en materia de derecho privado siempre pueden las partes, de común acuerdo, modificar los términos de la cosa juzgada, y, por otra parte, las determinaciones dictadas por los jueces en ejercicio de la jurisdicción voluntaria, en honor a la verdad, no son un continuo tejer y destejer, sino que, por el contrario, de hecho en unos casos y de derecho en otros tantos, estas determinaciones alcanzan verdadera estabilidad.

En efecto, en ciertas circunstancias (como en los casos de una grave e intolerable injusticia) se deja de lado el principio de la inalterabilidad de los fallos jurisdiccionales firmes.

Así tenemos que, de acuerdo con el artículo 327 del Código de Procedimiento Civil siempre que concurra alguna de las causas que se enumeran en el artículo 328, *el recurso extraordinario de invalidación* procede contra las sentencias ejecutorias, o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal.

Por otra parte, resulta que para casos excepcionales de fraude, dolo o colusión, decía Couture, E. (1981, p.386), debe conceptuarse concedida y no negada una acción revocatoria dirigida a obtener la invalidación de actos ilícitos, cubiertos de formas procesales, realizados en perjuicio de terceros que no han litigado (en este mismo sentido, Peyrano, J. 1993, p.165 y Vescovi, E. 1988, p.362). Esta acción revocatoria (*rectius*: pretensión) puede ser definida:

“... como el ejercicio de un poder jurídico que se concreta y exterioriza en una demanda principal introductiva de la instancia, que origina un proceso autónomo por el que se procura obtener, mediante decisión expresa y positiva, una declaración de invalidez de los actos procesales ejecutados en un juicio ya fenecido y cuya sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada” (Hitters, J. 2001, p.279).

En nuestro país, se ha venido permitiendo la revisión de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada a partir de las decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia los días 04 y 07 de agosto de 2.000, casos Intana, c.a. y Tartaglia-Bugatti respectivamente. Referimos a las condiciones de procedibilidad y al trámite correspondientes exceden de los límites que nos hemos propuesto en esta investigación, por ello, remitimos al lector al texto de estas decisiones y a las subsiguientes que sobre la materia ha venido profiriendo la Sala Constitucional a los fines de delinear estos criterios

Que no es posible pretender, sin restricción alguna, obtener la modificación de las determinaciones dictadas en jurisdicción voluntaria queda evidenciado si se tiene en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el primer aparte del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, la resolución que dicten los jueces en ejercicio de la jurisdicción voluntaria dejará siempre a salvo los derechos de terceros y **se mantendrá en vigencia mientras no cambien las circunstancias que la originaron y no sea solicitada su modificación o revocatoria por el interesado**, caso en el cual, el Juez obrará también con conocimiento de causa.

En este orden de ideas, y a los solos fines de salvaguardar los efectos de las determinaciones dictadas por los jueces en la jurisdicción voluntaria, el

artículo 897 del mencionado Texto Ritual Civil manda que, solicitada una determinación sobre jurisdicción voluntaria, **no puede ser sometida a la consideración de otro Tribunal**. Como se podrá entender:

“... se garantiza, a través de la identidad del órgano judicial, que no puede cambiar, no sólo la eficacia y el respeto de la determinación que haya sido dictada, sino también que no haya posibilidad alguna de que por mala fe de los interesados se lleve el asunto a otro Tribunal, para obtener en éste lo que fue previamente negado por otra autoridad judicial” (Exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil).

Así las cosas, siendo que no toda la actividad jurisdiccional es susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada, la circunstancia de que a las decisiones emanadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria carezcan de la posibilidad de generar el dicho efecto, no es fundamento suficiente para desconocer el carácter jurisdiccional de esta actividad, sobre todo, si se tiene en cuenta que, en todo caso, *la atribución de este efecto depende exclusivamente de razones técnicas que aconsejan la posibilidad de discusión amplia en instancia ordinaria*, y nada más.

**Noveno:** En cuanto a las finalidades perseguidas por los procedimientos de jurisdicción contenciosa y voluntaria.

Por oposición a la sentencia dictada en la jurisdicción contenciosa, cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, afirma

Couture, E. (1981, p.51) que las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración, pues, en su concepto, ni condenan ni constituyen nuevos derechos.

Estima el autor en comentarios (1981, p.51) que, dada su índole, algunas de las decisiones dictadas en jurisdicción voluntaria (como las venias) pueden incluirse entre las providencias cautelares. Pero, apenas observa que las providencias cautelares son dictadas a los fines de evitar que el riesgo de que la demora del proceso en llegar a la sentencia haga ilusoria la ejecución de esta última, advierte que en la jurisdicción voluntaria no es el *periculum in mora* lo que se trata de evitar, sino la incertidumbre, la falta de una documentación adecuada, el carácter equívoco del derecho o, en otros casos, una garantía requerida por la ley.

Concluye afirmando que, por este motivo, el contenido de los pronunciamientos de jurisdicción voluntaria es de carácter documental, probatorio o fiscalizador, pues tienden, en todo caso, a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos (Couture, E. 1981, p.51).

Chiovenda, G. (1922, p.365) ha sostenido que las resoluciones emanadas de la jurisdicción voluntaria tienen fin constitutivo pues propenden a la creación

de estados jurídicos nuevos o contribuyen al desenvolvimiento de relaciones jurídicas existentes. Así las cosas, estima que la jurisdicción contenciosa, y en esto se diferencia de la voluntaria, propende a hacer actuar relaciones existentes. En pocas palabras, la jurisdicción voluntaria tiene como finalidad la creación de relaciones jurídicas mientras que, por el contrario, el fin de la jurisdicción contenciosa sólo reconoce estas relaciones jurídicas o las declara actuando la voluntad concreta de la ley.

Para Chiovenda, G. (1922, p.365) el inconveniente que podría surgir para lograr por esta vía la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, consiste en que en aquella también se dictan sentencias constitutivas que crean nuevos estados jurídicos. Sin embargo, estima el autor en comentarios que la diferencia entre estas decisiones constitutivas y las dictadas en la jurisdicción voluntaria se encuentra en que las dictadas en jurisdicción contenciosa actúan un derecho a la constitución de un nuevo estado jurídico, cuyo derecho corresponde a un sujeto frente a otro, mientras que esto no puede suceder en la jurisdicción voluntaria por no existir dos partes, ni una norma jurídica que hacer actuar contra otra persona, sino que se trata de un estado jurídico que no puede producirse sin la necesaria intervención del juez.

Para Alcalá-Zamora, N. (1992, p.145) no es posible encontrar la diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria hurgando en los efectos producidos por las decisiones que se dictan en ellas pues, resoluciones tanto declarativas como constitutivas se manifiestan en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, sin contar que a la jurisdicción voluntaria se le ha atribuido como finalidad la constitución de estados jurídicos nuevos.

Sostiene el tratadista español que, por lo que respecta a las sentencias de condena, es innegable que en la jurisdicción voluntaria pueden imponerse sanciones, mediar ejecución (incluso ineludible, si no queremos clasificarla de forzosa) y hasta seguirse ésta por los cauces de la contenciosa, pero, al preguntarse si estos factores resultarían suficientes para suponer que existen peticiones de condena voluntarias idénticas a las contenciosas, responde negativamente pues, en la condena contenciosa es simultáneamente a favor del vencedor o en contra del vencido, mientras que en la voluntaria, al no mediar contraparte faltará semejante perspectiva. Por lo que respecta a la ejecución advierte, simplemente, que ella no es secuela del incumplimiento de una obligación, sino que viene exigida o autorizada por la ley, como una garantía o una facultad.

Micheli, G.(1970, p.50), para quien la adopción de ciertas formas no es en absoluto suficiente para definir la naturaleza jurídica (contenciosa o

voluntaria) de un proceso, pues la asunción de formas contenciosas no es suficiente para hacer asignar un proceso a la categoría de la jurisdicción contenciosa mas bien que a la de la jurisdicción voluntaria, estima que es un error considerar que todos los procesos voluntarios deben culminar en providencias dotadas de efectos de idéntica naturaleza.

En este orden de ideas, afirma Micheli, G. (1970, p.93), que en los procesos de jurisdicción voluntaria se brinda tutela a los derechos e intereses de los justiciables, tutela que, por lo demás, no requiere de partes contrapuestas, sino que se concreta con providencias que bien pueden ser de carácter constitutivo, ejecutivo o cautelar según lo precise el interés mismo del solicitante. Cuya tutela puede ser prevista por el legislador para ser dispensada a los justiciables a través de procedimientos típicos contenciosos o bien según el esquema de los procedimientos de jurisdicción voluntaria (de corte no contencioso). En nuestro país, esta es una verdad que no puede eludirse.

En efecto, ya hemos dicho que, de acuerdo con la jurisprudencia patria los procedimientos de separación de cuerpos voluntaria (ex artículo 185 del Código Civil) y el divorcio por mutuo consentimiento por haber operado entre los cónyuges una separación de hecho por mas de cinco (5) años (según el artículo 185-A eiusdem) son considerados como no contenciosos, o sea, de

jurisdicción voluntaria, recuérdese la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dictada el 22 de octubre de 1991, en el juicio de Francisco Vásquez Miranda y Celina Linares Araujo.

La sentencia que en cada uno de estos casos declara el divorcio y, por lo tanto, disuelto el vínculo matrimonial que unía a los excónyuges, habrá de ser, por vía de consecuencia, de naturaleza constitutiva y, por tales circunstancias, susceptible de producir efectos *erga homnes*.

Lo propio sucede con la sentencia que se produce en los procedimientos de interdicción que, como ya hemos tenido la oportunidad de señalar, deben también ser incluidos en los de jurisdicción voluntaria.

Por otra parte, tenemos que el artículo 895 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“El Juez, actuando en sede de jurisdicción voluntaria, interviene en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas de conformidad con las disposiciones de la ley y del presente Código”.

Haciéndonos eco de las palabras del maestro Rengel, A. (1994, p.118) podemos afirmar que:

“.... de esta definición se destacan dos de los rasgos mas característicos de la jurisdicción voluntaria: su finalidad constitutiva y la naturaleza propiamente jurídica, de la actividad que realiza el

juez. Pues si bien ella no existe un conflicto de intereses, o litigio, en el sentido de pretensiones contrapuestas entre partes interesadas, en cambio, el juez está llamado a examinar una situación de hecho concreta y a tomar ciertas resoluciones en interés de la persona respecto de la cual va a surtir efectos la providencia del juez, pero siempre en conformidad con las disposiciones de la ley y del Código”.

Como podemos observar, en el ordenamiento jurídico positivo venezolano, acontece que la jurisdicción voluntaria aparece como una modalidad de tutela judicial que procura, con la necesaria intervención del órgano jurisdiccional, la producción de determinados efectos jurídicos. En estos casos, la determinación dictada por el órgano jurisdiccional tiene asignada la eficacia de producir situaciones jurídicas nuevas, o sea, genera un conjunto de deberes y de derechos en cabeza de un justiciable, aún cuando quien requiera de dicha “decisión” judicial no presente un litigio para ser resuelto por la autoridad.

### **Una conclusión preliminar**

Como se podrá apreciar, aquello que originalmente fue presentado como elemento diferencial entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, hoy por hoy, por el contrario, pareciera ser mas un rasgo común que, lejos de alejarlas y distinguirlas, las acerca.

## CONCLUSIÓN

A nosotros nos parece que debe, de una buena vez por todas, superarse el empeño en continuar distinguiendo entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, pues este responde, sin más, a la creencia de que el “litigio” y la “controversia”, entendidos en los términos precisados en esta exposición, constituyen un presupuesto necesario de la actividad jurisdiccional, tesis que, como hemos procurado destacar, se ha superado.

Asegurado al justiciable por el artículo 26 constitucional el derecho de acceder al órgano jurisdiccional para hacer valer sus derechos e intereses, a la tutela efectiva de los mismos y, finalmente, a obtener la decisión correspondiente, toda reclamación formulada ante un juez provocará siempre un proceso con o sin colisión previa entre los intereses de dos (2) o mas justiciables.

Así, nacido el proceso con la petición de tutela formulada al magistrado, éste debe transcurrir íntegramente hasta la sentencia, única oportunidad válida para que se examine la pretensión del actor y se la satisfaga: ya acogéndola ya desechándola.

De suyo, aparece entonces que la real existencia de un conflicto resulta verdaderamente indiferente para que el proceso se de como tal o no y, así mismo, para que se haya producido la actuación jurisdiccional.

Así las cosas, como ya hemos tenido oportunidad de expresar, despojándonos de los rígidos esquemas acomodaticios que han venido presidiendo la experiencia procesal llamada "contenciosa" debemos imbuirnos en el verdadero significado de la función jurisdiccional, pues debe comprenderse que en nuestros días la jurisdicción ha dejado de ser, simplemente, una actividad circunscrita a procurar la composición de conflictos intersubjetivos de intereses diciendo lo que para el caso concreto sea el derecho aplicable toda vez que, como era lógico suponer, con el transcurrir de los años este concepto se ha venido llenando de contenido.

Y es que, como se ha dicho ya, la personalidad del Estado no se agota en su papel de desfacedor de entuertos. La multiplicidad de la realidad, de la estructura social fundada en relaciones de diversa índole, lo lleva a la presencia de una serie de situaciones que afectan sus propias bases. Existen, sin duda, una serie de acontecimientos generadores de efectos sociales que pueden repercutir, y de hecho repercuten extraordinariamente en la organización jurídica de la sociedad, por lo que el Estado se interesa en resolver él mismo tales acontecimientos. De allí que en múltiples ocasiones

el proceso sea, no sólo un campo de solución de conflictos, sino igualmente un medio artificial creado por el Estado para resolver situaciones jurídicas de derecho material que afectan la integridad del grupo (Rodríguez, J. 1984, p.18).

En efecto, el ordenamiento jurídico, nos dice Martínez (1944, p.607), aparece como un señero conjunto de mandatos que regula inflexiblemente la vida colectiva. Pero desde el punto de vista dinámico, mirando hacia el sujeto en el momento de la aplicación, muestra a veces su insuficiencia como regla de conducta, su impotencia como mandato, su fracaso como programa de convivencia. Llega un momento en que la expresión escapa a la norma, que la norma no sirve para regular esta relación de vida, carece de eficacia ante la vida. Es ese momento en que, en la vasta extensión de una comunidad organizada jurídicamente, suena un grito de socorro, alguien pide ayuda porque no puede satisfacer un interés que resulta legítimo, bien porque otro se oponga a su realización, o bien porque estime que la previsión de la norma no le alcanza, o, en fin, porque aún incluido en sus supuestos no puede conseguir por sí sólo el efecto que ese interés persigue.

Dicho esto, se comprenderá fácilmente entonces que la formulación de la norma jurídica por el Estado no le exonera de responsabilidad ni le desinteresa de la aplicación que se haga de ese derecho, pues éste, en tanto

que gravita en el mundo del “deber ser” es susceptible de ser incumplido, inobservado, en suma, menoscabado, y ello es así, debido a la índole de los sujetos a quienes se encuentran destinadas las normas jurídicas: a los hombres, o sea, a seres libres y por lo tanto capaces de optar entre la violación y la obediencia (García, E. 1953, p.6); por ello la labor legislativa del Estado se continúa, se integra o se complementa en el ámbito del derecho procesal mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, brindando tutela a los derechos e intereses de los justiciables mediante providencias que bien pueden ser de carácter constitutivo, declarativo, de condena, ejecutivo, cautelar o de la naturaleza que precise el interés del justiciable, con lo cual la función jurisdiccional será, sin más, una verdadera garantía para la realización del derecho objetivo y, por vía de consecuencia, para la satisfacción de los intereses jurídicamente tutelados o tutelables de los justiciables.

En este orden de ideas, atendiendo básicamente a la forma en virtud de la cual se produce la “insatisfacción” de los intereses de los justiciables (porque otro se ha opuesto a la realización de una determinada prestación en provecho suyo, o bien porque estime que la previsión de la norma no le alcanza, o, en fin, porque aún estando incluido dentro de los límites del supuesto de hecho previsto en la norma no pueda conseguir por sí sólo el efecto que ese interés persigue) el Estado ha dispuesto que, con el objeto de

procurar la satisfacción de los derechos e intereses de los justiciables, la jurisdicción pueda actuar de dos (2) maneras distintas:

Una **“supletoria”**, que se ejercita gracias a la imposibilidad de que el efecto jurídico deseado por las partes no se ha logrado, precisamente, **porque entre estas falta el necesario acuerdo**. En estos casos, el justiciable ocurre al órgano jurisdiccional a pedir que una vez declarada cierta la existencia de su derecho, sea conminado el deudor, aun en contra de su voluntad, a realizar para el acreedor la prestación que le es debida. Este sería, en nuestra opinión, el supuesto de actuación de la denominada jurisdicción contenciosa.

La otra forma de actuación de la jurisdicción, se nos ocurre denominarla **“necesaria”, pues opera cuando, aún estando comprendido dentro del supuesto de hecho previsto en una norma jurídica, ni siquiera con el acuerdo entre los justiciables el efecto jurídico deseado por ellos puede producirse sin la intervención del juez**. Este sería, en nuestra humilde opinión, el supuesto en el cual opera la denominada jurisdicción voluntaria.

Con la creación de la norma jurídica, los intereses jurídicos de los particulares encuentran satisfacción en abstracto, en cuanto constituyen, en último análisis, los motivos de política legislativa que han determinado al

legislador a dictar una determinada disciplina. Sin embargo, dada la importancia que revisten algunas relaciones jurídicas, el Estado se ha reservado un determinado poder de control sobre las mismas, condicionando su nacimiento, modificación o extinción, a la comprobación por el órgano jurisdiccional, de la verificación de la situación de hecho a la cual el ordenamiento jurídico positivo ha vinculado un determinado efecto jurídico.

La norma jurídica, así concebida, proyecta sus efectos en dos direcciones distintas: una, dirigida al órgano jurisdiccional, en virtud de la cual habiendo constatado que se ha verificado el supuesto de hecho previsto en ella, le impone el deber de permitir que se produzca la consecuencia jurídica dispuesta dictando la determinación (decisión) correspondiente; la otra, dirigida al justiciable, que deviene, indiscutiblemente, en el elemento legitimador de los deberes y derechos que integran la situación jurídica que ha sido producida en provecho suyo por la providencia judicial.

De allí, sin ningún género de dudas, la naturaleza constitutiva de las providencias dictadas en jurisdicción voluntaria que le reconoce el maestro Rengel.

En este orden de ideas, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el juez actúa porque el orden jurídico debe ser realizado mediante la actuación

en concreto de aquella norma que reconoce una cierta forma de tutela jurídica, quedando a salvo que, en estos casos, la tutela jurídica que se brinda no está necesariamente dirigida a asegurar la prevalencia de un interés sobre otro, sino a permitir que un determinado interés reciba aquella protección que el orden jurídico tiende a asegurarle.

Permítasenos ahora la siguiente travesura: Cuando la Sala Constitucional efectúa el control preventivo de la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes que con tal carácter pretende sancionar la Asamblea Nacional, se limita a verificar que, efectivamente, estas hayan sido dictadas para organizar los poderes públicos, para desarrollar derechos constitucionales y/o para servir de marco normativo para otras leyes, tal y como lo dispone el encabezamiento del artículo 203 del Texto Constitucional.

En éstos casos, verificada la satisfacción de tales extremos, y producida la determinación a tales efectos, la ley habrá de adquirir el carácter orgánico que se le había pretendido imponer, por el contrario, declarada la insatisfacción de aquellos, la ley, simplemente, no podrá adquirir tal carácter, así lo manda el tercer aparte del mencionado artículo 203 constitucional.

Y, acaso, esto no es una clara evidencia de actuación jurisdiccional no contenciosa o de jurisdicción voluntaria. A nosotros nos parece que sí, salvo mejor criterio, claro está.

El ejemplo anterior nos es útil para significar que la tutela jurídica que se brinda en la jurisdicción voluntaria no tiene lugar de manera tal que se propenda a asegurar la superioridad de un interés sobre otro, sino procurando que un interés, considerado jurídicamente relevante por el Estado en el momento de la creación de la norma jurídica, sea tutelado en concreto mediante la observancia de determinadas formalidades y a través de la intervención de un órgano jurisdiccional.

En este sentido, la actuación del derecho objetivo se verifica no ya por obra del titular de uno de los intereses eventualmente no coincidentes (como acontecería en los casos de jurisdicción contenciosa) y tampoco por obra del titular del interés general (como sucedería en la administración); sino en la realización de una actuación concreta para procurar la producción de los efectos jurídicos que constituyen el fin perseguido por una norma determinada (Micheli, G. 1970, p.17), y esta actuación no es otra que el efectuar la constatación de que se han verificado los elementos configuradores del supuesto de hecho contenido en la norma, que permiten que el efecto jurídico contenido en ella sea declarado formalmente.

Así las cosas, tenemos que, en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, el juez continúa la obra del legislador, lógicamente, no reintegrando el orden jurídico violentado por la resistencia de un particular a dar cumplimiento con el deber que de acuerdo con una norma le corresponde, como ocurre en los casos de jurisdicción contenciosa, sino creando las condiciones necesarias para la producción de ciertos efectos jurídicos allí donde la voluntad de los particulares, abandonada así misma, sería impotente, inepta o inadecuada. Cuya tutela puede ser prevista por el legislador, como ya hemos tenido la oportunidad de expresar, para ser dispensada a los justiciables a través de procedimientos típicos contenciosos o bien según el esquema de los procedimientos de corte no contencioso (Micheli, G. 1970, p.93).

En síntesis, podemos decir que atendiendo básicamente a la forma en virtud de la cual se produce la “insatisfacción” de los intereses de los justiciables el Estado ha dispuesto que, con el objeto de procurar la satisfacción de esos derechos e intereses la jurisdicción pueda actuar de dos maneras distintas: una **“supletoria”**, que se ejercita gracias a la imposibilidad de que el efecto jurídico deseado por las partes no se ha logrado, precisamente, **porque entre estas falta el necesario acuerdo**, lo que sería, a nuestro juicio, el supuesto de actuación de la denominada jurisdicción contenciosa; otra **“necesaria”**, pues opera **cuando ni siquiera con el acuerdo entre los justiciables el efecto jurídico deseado por ellos puede producirse sin la**

**intervención del juez**, lo que en nuestro concepto, es el supuesto en el cual opera la denominada jurisdicción voluntaria; produciendo en cada una de ellas providencias que bien pueden ser de carácter constitutivo, declarativo, de condena, ejecutivo, cautelar o de la naturaleza que precise el interés del justiciable.

De este modo, no puede concluirse en otra cosa que no sea en que **la denominada jurisdicción voluntaria es**, sin lugar a dudas, **actividad de esencia eminentemente jurisdiccional y que**, en todo caso, **la distinción existente entre la jurisdicción voluntaria y contenciosa debe desaparecer**, pues, a lo sumo, la voluntaria se trataría de una modalidad de procedimiento, o, mejor dicho, una forma de actuación jurisdiccional, antes que una modalidad de jurisdicción, toda vez que esta, como se ha dejado ver, es una sola (Venturini, J. 1995, p.11; Borjas, A. 1973, p.299 y Devis, H. 1996, p.87).

Así, pues, siendo actividad esencialmente jurisdiccional, debe cesar el empeño de atribuir estas competencias a los órganos de la Administración Pública, pues no luce consecuente con el estado de desarrollo en el cual se encuentra la ciencia del derecho, que una misma actividad se encuentre asignada, al mismo tiempo, a dos órganos distintos del Poder Público de un Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

Alcalá-Zamora, N. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción (1992). ***Estudios de teoría general e historia del proceso (1945 - 1972)***. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

\_\_\_\_\_. Notas relativas al concepto de jurisdicción (1992). ***Estudios de teoría general e historia del proceso (1945 - 1972)***. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

\_\_\_\_\_. Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria (1992). ***Estudios de teoría general e historia del proceso (1945 - 1972)***. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

\_\_\_\_\_. Proceso, autocomposición y autodefensa (1985). ***Estudios diversos de derecho procesal***. Barcelona: Librería Bosch.

Allorio, E. Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria (1963). ***Problemas de derecho procesal***. (Vol. II. Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1957).

\_\_\_\_\_. Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada (1963). ***Problemas de derecho procesal***. (Vol. II. Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1957).

Almagro, J. (1970). El libre acceso como derecho a la jurisdicción. ***Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*** (Vol. 37).

Alsina, H. (1963). ***Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial: Juicio ordinario*** (2ª. ed., Vols. I y II). Buenos Aires: Ediar. Soc. Anon. Editores.

- Álvarez, T. (2000). **Procesos civiles especiales contenciosos. Derecho procesal civil II**. Caracas: Centro de Investigaciones Económicas – Anexo Editora C.A.
- Andueza, J. El control de la constitucionalidad y el contencioso administrativo (1993). **Contencioso administrativo en Venezuela**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Araujo, J. (1996). **Principios generales del derecho procesal administrativo**. Valencia: Vadell Hermanos Editores.
- Ary, D., Jacobs, L. y Razavieh, A. (1989). **Introducción a la investigación pedagógica**. México: MacGraw-Hill.
- Azula, J. (1997). **Manual de derecho procesal civil** (6ª. ed., Vol.I). Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Bacre, A. (1999). **Recursos ordinarios y extraordinarios**. Buenos Aires: Ediciones La Roca.
- Barile, P. Poder judicial y sociedad civil en las democracias occidentales contemporáneas (1977). **Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos**. México:
- Barrios, D. (1979). **Teoría del proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Borjas, A. (1973). **Comentarios al Código de Procedimiento Civil** (4ª. ed., Vol.VI). Caracas: Librería Piñango.
- Borthwick, A. (2001). **Nociones fundamentales del proceso. O una selección -de élite- de autores de derecho procesal abordando los temas trascendentales del proceso**. Argentina: Mave.
- Brewer, A. (1977). **El control de la constitucionalidad de los actos estatales**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- \_\_\_\_\_. (1993). **Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- \_\_\_\_\_. (2000). **El sistema de justicia constitucional en la constitución de 1999**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

- \_\_\_\_\_. (1997). **Instituciones políticas y constitucionales**. (3ª. ed., Vols. II y VII). Caracas – San Cristóbal: Editorial Jurídica Venezolana – Universidad Católica del Táchira.
- Cabrera, J. (1990). **La prueba anticipada o el retardo perjudicial**. Valencia: Vadell Hermanos Editores.
- Caicedo, L. (1995). **Derecho administrativo** (Vol. I.). Caracas: Signocrom Impresos, C.A.
- Calamandrei, P. (1945). **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares** (Trad. S. Sentis). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- \_\_\_\_\_. (1953). **El procedimiento monitorio** (Trad. S. Sentis). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1926).
- \_\_\_\_\_. (1960). **Proceso y democracia** (Trad. H. Fix). Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa América.
- \_\_\_\_\_. (1973). **Instituciones de derecho procesal civil** (Vol. I, trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1943).
- \_\_\_\_\_. El proceso como juego (1973). **Instituciones de derecho procesal civil** (Vol. III, trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1943).
- Carlos, E. (1959). **Introducción al estudio del derecho procesal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Carnelutti, F. (1955). **Teoría general del derecho**. (Trad. F. Osset). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- \_\_\_\_\_. (1973). **Instituciones del proceso civil**. (Vol. I. Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1956).
- \_\_\_\_\_. (1993). **Sistema de derecho procesal civil**. (Vol. I. Trad. N. Alcalá-Zamora y S. Sentis). Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.

- Capelletti, M. y Garth, B., El Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos (2000). **Sociología Jurídica. Materiales para el estudio de la carrera de derecho**. Caracas: Universidad central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho.
- Carré de Malberg, R. (2000). **Teoría general del estado** (2ª. ed., 1ª. reimp.). México: Facultad de Derecho UNAM – Fondo de Cultura Económica.
- Casal, J. (2000). Hacia el fortalecimiento y racionalización de la justicia constitucional. **Revista de derecho constitucional** (Vol. 2). Caracas: Editorial Sherwood.
- Chalbaud, R. (1995). **Estado y política** (5ª. ed.). Caracas: Mobil Libros.
- Chiovenda, G. (1922). **Principios de derecho procesal civil**. (Vol. I. Trad. J. Casáis). Madrid: Editorial Reus S.A. (Original italiano, 3ª. ed. 1913).
- \_\_\_\_\_. (1954). **Instituciones de derecho procesal civil** (Trad. E. Gómez). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Código de Procedimiento Civil. (1986). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N°.3694 (Extraordinario), Enero 22 de 1986.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**. N°.5.453, Marzo 24 de 2000.
- Couture, E. (1981). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil** (3ª. ed.). Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- \_\_\_\_\_. Las garantías constitucionales del proceso civil (1979). **Estudios de derecho procesal civil** (3ª. ed., Vol. II). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Cuenca, H. (1969). **Derecho procesal civil** (2ª. ed., Vol. I). Caracas: Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca.
- De La Oliva, A. (1980). **Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional (la persona ante la administración de justicia: derechos básicos)**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, S.A.

- De la Oliva, A., Diez-Picazo, I. y Vegas, J. (S/F). **Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales. Conforme a la Ley 1/200 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.** Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- De Meléndez, L. El poder judicial y el sistema de justicia (2001). **Derecho constitucional: general y particular** (Vol. II). Caracas: Fondo Editorial Universidad Santa María.
- De Pedro, A. y Naime, A. (1994). **Manual de contencioso administrativo** (3ª. ed.). Caracas: Editorial M. & H. c.a.
- De Santo, V. (1999). **Nulidades procesales.** Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios. (1999). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** N°.36.845 (Extraordinario) Diciembre 07 de 1999.
- Devis, H. (1996). **Compendio de derecho procesal** (14ª. ed., Vol. I). Santa Fe de Bogotá: Editorial ABC.
- Di Iorio, A. (1997). **Lineamientos de la teoría general del derecho procesal (propuesta de un derecho jurisdiccional).** Buenos Aires: Depalma.
- Díaz, C. (1972). **Instituciones de derecho procesal.** Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Duque, R. (1990). **Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario** (Vol. 1). Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L.
- \_\_\_\_\_. La Sala Constitucional contemplada en la Constitución de 1999 (2001). **Estudios de derecho público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche.** Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Enciclopedia Jurídica Omeba** (1967, Vol.XVII). Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, s.r.l.
- Esguerra, J. La Suspensión de los Efectos y Otras Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo (1995). **Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. "Allan Randolph Brewer Carías".** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

- Fairén, V. (1990). *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona: Librería Bosch.
- Fernández, F. (1992). *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Figuerelo, A. (2001). Consideraciones en torno al recurso de interpretación constitucional. *Revista de Derecho Constitucional* (Vol.4). Caracas: Editorial Sherwood.
- Fix, H. (1982). *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Civitas.
- García, E. (1953). *Introducción al estudio del derecho* (5ª. ed.). México: Editorial Porrúa, S.A.
- Gimeno, R. (1955). Jurisdicción voluntaria. *Actas del I Congreso Ibero Americano y Filipino de Derecho Procesal*. Madrid.
- Gimeno, V. (1981). *Fundamentos del derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- Gómez, C. (1991). *Derecho procesal civil* (5ª.ed.) México: Harla.
- Gouvea & Bernardoni. (Comp.). (2000). *Doctrina del Tribunal Supremo de Justicia* (Vol. 10). Caracas: Editorial La Semana Jurídica, C.A.
- Guasp, J. (1998). *Derecho procesal civil*. (4ª. ed., Vol. I). Madrid. Editorial Civitas.
- \_\_\_\_\_. La pretensión procesal (1996). *Estudios jurídicos*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- \_\_\_\_\_. Los límites temporales de la cosa juzgada (1996). *Estudios jurídicos*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Guerra, D. (1985). *Derecho internacional público* (6ª.ed). Caracas: Ediciones Amon, C.A.
- Gui Mori, T. (1997). *Jurisprudencia Constitucional 1981 – 1995: Estudios y reseña completa de las primeras 3052 sentencias del TC*. Madrid: Editorial Civitas.

- Haro, J. (2001). El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad. *Revista de Derecho Constitucional* (Vol.4). Caracas: Editorial Sherwood.
- \_\_\_\_\_. (2000). La interpretación de la Constitución y la sentencia 1077 de la Sala Constitucional. *Revista de Derecho Constitucional* (Vol.2). Caracas: Editorial Sherwood.
- \_\_\_\_\_. La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1999 (2000). *El nuevo derecho constitucional venezolano. Ponencias IV Congreso Internacional de Derecho Constitucional en homenaje al Dr. Humberto J. La Roche*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- \_\_\_\_\_. (1999). La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999. *Revista de Derecho Constitucional* (Vol.1). Caracas: Editorial Sherwood.
- Hernández, V. (1997). *Procedimiento administrativo, proceso administrativo y justicia constitucional*. Caracas: Vadell Hermanos.
- Henríquez, R. (1998). *Código de procedimiento civil* (Vol.V). Caracas: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.
- Hitters, J. (2001). *Revisión de la cosa juzgada* (2ª. ed.). La Plata: Librería Editora Platense.
- Hoyos, A. (1998). *La interpretación constitucional*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- Jiménez, S. (1999). *Medidas cautelares*. Caracas: Kelran Editores, C.A..
- Lascano, D. Jurisdicción y competencia (1941). *Estudios de derecho procesal en honor a Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar.
- Ley de Carrera Judicial. (1998). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N°.5.262 (Extraordinario) Septiembre 11 de 1998.
- Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. (1988). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N°.33.891. Enero 22 de 1988.
- Ley Orgánica de La Corte Suprema de Justicia. (1976). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N°.1.839 (Extraordinario) Julio 30 de 1976.

- Ley Orgánica del Poder Judicial. (1998). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N°.5.262 (Extraordinario) Septiembre 11 de 1998.
- Ley Orgánica del Trabajo. (1997). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N°.5.152 (Extraordinario) Junio 19 de 1997.
- Liebman, E. (1980). **Manual de derecho procesal civil** (Trad. S. Sentís) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1973).
- Longo, P. La jurisdicción y la competencia en la nueva Constitución (2002). **Memorias del Congreso latinoamericano de derecho procesal**. Mérida: Dirección ejecutiva de la magistratura y ACAMID.
- Martínez. (1944). Sobre el concepto del derecho procesal. **Revista de derecho privado**. Madrid.
- Maurino, A. (1995). **Nulidades procesales** (4ª. reimp.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Mejía, L. (1992). Creación Judicial de Derecho. **Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República** (Vol. 6). Caracas.
- Micheli, G. (1970). **Curso de derecho procesal civil** (Vol. I. Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1959).
- \_\_\_\_\_. Revisión de la noción de jurisdicción voluntaria (1970). **Curso de derecho procesal civil** (Vol. IV. Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1959).
- \_\_\_\_\_. Forma y sustancia de la jurisdicción voluntaria (1970). **Curso de derecho procesal civil** (Vol. IV. Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1959).
- Monroy, M. (1996). **Derecho procesal civil** (4ª.ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Montero, J. (1976). **Introducción al derecho procesal**. Madrid:.
- \_\_\_\_\_. (1999). **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo blanch.

- Montero, J., Flors, J. y López, G. (2000). **Contestaciones al programa de derecho procesal civil para acceso a las carreras judicial y fiscal** (3ª. ed., Vol. I). Valencia: Tirant to blanch.
- Montero, J., Ortells, M. y Gómez, J. (1991). **Derecho jurisdiccional** (2ª. ed., Vols. I y II, T. 2º). Barcelona: José María Bosch Editor, S.A.
- Montoro, M. (1991). **Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales: Procesos de protección de los derechos fundamentales** (Vol. II). Madrid: Editorial Colex.
- Morello, A. (2001). **La eficacia del proceso** (2ª.ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Moreno, V., Cortés, V. y Gimeno, V. (2000). **Introducción al derecho procesal** (3ª. ed.). Madrid: Editorial Colex.
- Morón, M. (1993). **Derecho procesal civil**. Madrid: Marcial Pons.
- Oderigo, M. (1989). **Lecciones de derecho procesal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Ortells, M. (1999). **Introducción al derecho procesal**. Granada: Editorial Comares.
- Ortiz, R. (1997). **El poder cautelar general y las medidas innominadas**. Caracas: Paredes Editores.
- \_\_\_\_\_. (2001). **La tutela constitucional preventiva y anticipativa**. Caracas: Editorial Frónesis.
- Palacio, L. (1994). **Derecho procesal civil** (2ª. ed.. Vol. I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Pesci-Feltri, M. (2000). **Estudios de derecho procesal civil** (2ª. ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Peyrano, J. (1978). **El proceso civil (principios y fundamentos)**. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- \_\_\_\_\_. (1993). **El proceso atípico**. Buenos Aires: Editorial Universidad.

- Picó, J. (1997). **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Pierre, O. (Comp.). (1991). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (Vol. 11). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (1991). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (Vol. 10). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (1992). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (Vol. 10). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (1993). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (Vol. 7). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (1994). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (Vol. 11). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (1997). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (Vol. 12). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (2000). **Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia** (Vol. 10). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (2002). **Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia** (Vol. 7). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (2002). **Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia** (Vol. 11). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (2002). **Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia** (Vol. 10). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (2003). **Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia** (Vol. 2). Caracas: El Autor.
- Podetti, R. (1963). **Teoría y técnica del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores.
- Prieto-Castro, L. (1989). **Derecho procesal civil** (5ª.ed.). Madrid: Tecnos.
- Ramírez & Garay. (Comp.). (1989). **Jurisprudencia Venezolana**. (Vol. CX). Caracas: El autor.

- \_\_\_\_\_. (Comp.). (1994). **Jurisprudencia Venezolana**. (Vol. CXXXIV). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (2000). **Jurisprudencia Venezolana**. (Vol. CLXVI). Caracas: El Autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (2000). **Jurisprudencia Venezolana**. (Vol. CLXVI). Caracas: El autor.
- \_\_\_\_\_. (Comp.). (2001). **Jurisprudencia Venezolana**. (Vol. CLXXVI). Caracas: El Autor.
- Ramos, F. (1978). **Derecho y proceso**. Barcelona: Librería Bosch.
- Redenti, E. (1957). **Derecho procesal civil** (Vol. I. Trad. S. Sentís y M. Ayera). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (Original italiano 1952).
- Rengel, A. (1994). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano** (4ª. ed., vol. I). Caracas: Editorial Arte.
- Rodríguez, J. (1984). **El proceso civil**. Caracas: Editorial J. Alva.
- Rondón, H. (2000). **Análisis de la constitución venezolana de 1999: Parte orgánica y sistemas**. Caracas: Exlibris.
- Rosenberg, L. (1955). **Tratado de derecho procesal civil** (Vol. I. Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa América.
- Sabino, C. (1993). **Como hacer una tesis** (2ª. ed.). Caracas: Panapo.
- Sánchez, L. (1989). **Sistema político de la Constitución española de 1978** (5ª. ed) Madrid: Bosch.
- Sánchez, A. (2001). **Manual de procedimientos especiales contenciosos**. Caracas: Ediciones Paredes.
- Sánchez, R. La intervención no jurisdiccional de los jueces en el tráfico jurídico: la jurisdicción voluntaria (2001). **Derecho procesal civil** (2ª.ed.). Navarra: Editorial Aranzadi.
- Satta, S. (1971). **Manual de derecho procesal civil** (Vol. II. Trad. S. Sentís).

Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. (original italiano 1967).

Sentis, S. (1957). ***El proceso civil***. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

Serra, M. Naturaleza jurídica del arbitraje (1969). ***Estudios de derecho procesal***. Barcelona: Bosch.

Venturini, J. (1995). ***Aspectos adjetivos y sustantivos del derecho agrario***. Valencia: Universidad de Carabobo.

Véscovi, E. (1984). ***Teoría general del proceso***. Bogotá: Editorial Temis.

\_\_\_\_\_. (1988). ***Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica***. Buenos Aires: ediciones De Palma.

Wheare, K. (1975). ***Las constituciones modernas***. Barcelona: Labor.

Zagrebelsky, G. (1999). ***El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*** (3ª. ed., trad. M. Gascón). Valladolid: Editorial Trota. (Original italiano 1992).

Zerpa, L. La Argumentación Jurídica (2001). ***Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica***. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Zoppi, P. (1989). ***Cuestiones previas y otros temas de derecho procesal***. Valencia: Vadell Hermanos Editores.

\_\_\_\_\_. (1989). ***Soluciones a errores en el Código de Procedimiento Civil***. Valencia: Vadell Hermanos Editores.