

EL PODER DE SUSTITUCIÓN COMO MEDIO EFICAZ PARA LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS ACCIONES DE AMPARO EN VENEZUELA

Justicia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi
Ulpiano

Jesús Armando Colmenares*

Resumen

Fecha de recepción: 28 de enero de 2003

Constantemente nos preguntamos: ¿De qué sirve una persona detenida cuando el derecho a la vida, al trabajo o a la libertad se ve vulnerado? Para nada, porque el dolor y el sufrimiento de los seres humanos no tiene cura, no hay poder capaz de hacer olvidar el dolor de esa persona a la que no se le soluciona su problema por un capricho de un funcionario, aunque en sus manos tiene una sentencia que lo apoya y que le tutela su derecho; por ello recientemente se ha venido aplicando poco a poco y con cierta timidez la figura del derecho administrativo español «Ejecución forzosa y sustitución», consistente en la acción de que el juez suplante al representante del órgano retiscente en el cumplimiento de una orden judicial, con el fin de materializar la conclusión abstracta del derecho derivado del silogismo jurídico en el mundo real. Lástima que constantemente a la administración se le olvida que su función está supeditada a la voluntad del pueblo y que los cargos pasan pero las personas no.

* Abogado egresado de la Universidad Católica del Táchira (Venezuela); Especialista en Derecho Procesal Civil, cursante de Maestría en Ciencias Jurídicas, Consultor Jurídico del Instituto Universitario Gran Colombia; profesor universitario del IUGC en San Cristóbal (Estado Táchira) en las cátedras de Derecho Laboral y Derecho Financiero; abogado litigante encargado del área Derecho Procesal Civil y Derecho Constitucional del Escritorio jurídico EL FORUM ABOGADOS ASOCIADOS (Elforum2002@hotmail.com), del cual es socio; abogado contratado de la Consultoría Jurídica de la Universidad Experimental del Táchira para el área de litigios. jesusarcol@cantv.net o jacjelforum@hotmail.com

El autor espero que este trabajo sirva de base para entender que la separación de poderes y los caprichos no son excusa para violarles a las personas sus derechos constitucionales que tanto les han costado.

Palabras clave: Derechos fundamentales, libertades públicas, acción de amparo.

Abstract

We are constantly asking ourselves: «What is the use of having a person in prison if the right to life, to work or to freedom is violated?» None. Because pain and suffering of human beings have no cure; there is no instance capable of making a person forget the pain suffered when his situation is not solved due to an officer's negligence even though he has in his hands a supporting sentence guarding his rights. For this reason it has slowly been enforced with the corresponding caution the Spanish Administrative law figure «Forced Execution and Substitution» consisting in the action by which the judge takes the place of the representative of the body reticent in the enforcement of a juridical order. This is done with the aim of materializing the abstract conclusion of law derived from juridical syllogism. In this work it is sought the understanding that the separation of the legislative bodies and personal mood are not reasons to violate constitutional rights.

Key words: Fundamental rights, civil liberties, Right Protection Action.

Causa extrañeza y hasta curiosidad observar que en nuestros países es común ordenar la detención de un alcalde, de un gobernador o de cualquier funcionario única y exclusivamente porque no quisieron cumplir con una orden de amparo constitucional.

Lo más extraño es que prefieren ser detenidos y cargar con unos antecedentes, que crean inmediatamente indicios de conducta delictual, que permitir que un juez, actuando dentro de sus funciones, logre ejecutar una sentencia de amparo que restituye de forma inmediata una situación jurídica infringida de tipo constitucional.

Para determinar el alcance de la ejecución en materia de amparo es necesario tener claro una serie de premisas que nos permitan determinar qué es lo que puede ser ejecutado.

La primera pregunta que debe responderse es: ¿qué se busca con el amparo? Esto es, ¿qué se trata de obtener cuando se intenta esta vía?, o bien, ¿qué se le exige al juez que otorgue en la sentencia?

Adentrándonos un poco en el derecho de amparo, podemos decir que, en su sentido estricto, se ha establecido en numerosas legislaciones de Latinoamérica y, en sentido amplio, éste ha evolucionado en los ordenamientos más recientes y ya no comprende solamente la tutela de los derechos fundamentales distintos de la libertad e integridad personal.

Ahora, por influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, se extendió a la tutela de los mismos derechos respecto de los particulares, en realidad en cuanto a los grupos sociales en situación de predominio (grupos de presión), y de manera paulatina se introdujo este sector de forma expresa en varias legislaciones de nuestra región. Aunado a lo anterior, se ha ampliado la protección del derecho de amparo en relación con los derechos consagrados por los tratados internacionales, e inclusive a algunos de estos tratados se les ha reconocido de manera expresa jerarquía de normas constitucionales.

Según el enunciado constitucional, igualmente contenido en la ley, el amparo busca el restablecimiento de una situación jurídica que ha sido lesionada por la violación de un derecho o de una garantía constitucional del solicitante (agraviado).

La pregunta inmediata es: ¿qué es *restablecimiento*?, ¿qué es *restablecer*? Si se atiende a su valor semántico, estos términos aluden a la acción de poner las cosas en la forma en que estaban con anterioridad a un determinado acontecimiento. Es decir que «restablecer» es reconstituir la situación anterior a la lesión, o lo que sería lo mismo, retrotraer la situación presente a las modalidades que tenía en el pasado. ¿Cómo puede restablecerse una situación infringida?

La posibilidad de ejecutar las sentencias judiciales, que han condenado al Estado nacional, estatal o municipal a cumplir determinada prestación, ha sido puesta en duda en incontables oportunidades. A los efectos de llegar a comprender esta problemática es necesario revisar los antecedentes históricos de la conformación del derecho público y la evolución del problema hasta nuestros días.

Otro aspecto del análisis se centra en la posibilidad de que el Juez, ejerciendo su *imperium*, pueda disponer medidas de coacción para el cumpli-

miento de sus sentencias. Es en base a éste que la tesis que se sustenta permite afirmar la igualdad de condiciones entre el Estado y el particular, aunque reconociendo ciertas prerrogativas que permiten reglamentar, de una manera distinta, la ejecución judicial de sentencias contra la administración pero sin que esta reglamentación, del modo de cumplimiento de las sentencias judiciales, persiga otros fines o conduzca a una postura que, en la realidad, deterriene la inobservancia de los mandatos judiciales.

Los medios necesarios para restablecer una situación infringida son los siguientes: 1°. La eliminación del elemento que produce el daño; 2°. Impedir que el daño se produzca o que se agrave si ya se ha producido; y 3°. Compensar el daño con una indemnización equivalente.

Las dos primeras modalidades constituyen una forma directa de restablecimiento; en cuanto que la última es una forma indirecta, sustitutiva o compensatoria. Es la vía indemnizatoria. ¿Estuvo en la *mentis legis* el entender el restablecimiento también como una indemnización? La respuesta debería ser en sentido negativo, por cuanto la fijación de la indemnización exige una determinación valorativa que puede obtenerse a través de una acuciosa labor probatoria. Todo lo anterior se contradice con la naturaleza sumaria, breve o informal del proceso de amparo.

Es por eso que se considera que el efecto restablecedor debe ser directo, no sustitutivo, y con ello se elimina el eventual efecto indemnizatorio.

Descartada la indemnización como modalidad para el restablecimiento, debemos analizar las dos restantes que hemos enunciado, esto es, la eliminación del elemento dañino y el impedimento de que el daño se produzca o se agrave.

Por lo que atañe a la eliminación del elemento dañino es necesario determinar qué puede constituir. Al efecto el elemento dañino puede ser una amenaza, una actuación, una vía de hecho, una omisión o un acto.

Aislados los elementos que pueden constituir el hecho dañino, es obvio que su eliminación se produce por las siguientes vías:

- La amenaza se elimina prohibiendo que la misma surta sus efectos, esto es, quitándole su virtualidad.
- La vía de hecho se elimina haciéndola cesar, lo cual puede efectuarse

parcialmente eliminado la violencia que generalmente la acompaña, o bien totalmente invalidando la actuación y sus efectos.

- La omisión se elimina mediante la realización de la actuación o emanación del acto que la configura.

El problema está en ¿cómo eliminar el elemento dañino cuando el mismo está constituido por un acto?, ¿qué puede hacer el juez de amparo cuando se encuentra con un acto formal que tiene fuerza autoritaria, bien porque derive de un ente de autoridad o por que emerja de un documento público?

Si el juez quiere eliminar el efecto dañino tiene que eliminar el acto. ¿Puede el juez, un juez cualquiera, eliminar un acto? La eliminación del acto presupone un poder especial, que en el caso de los actos administrativos sólo corresponde a un juez *ad hoc* (juez contencioso administrativo), salvo circunstancias especiales en las que el juez ordinario puede declarar la ilegalidad de un acto (excepción de ilegalidad) y algunos procedimientos especiales como lo es el de la nulidad por parte del juez civil de la destinación de una marca a un sujeto en la acción por mejor derecho.

Ahora bien, incluso el juez *ad hoc*, que es el juez contencioso administrativo, no puede eliminar un acto (anularlo, modificarlo) sino a través de un procedimiento en cual se constate que el mismo está afectado de vicios. Hasta tanto no se produzca tal constatación el acto mantiene su presunción de legitimidad. De allí que sólo a través de un procedimiento de nulidad puede un juez, que en principio es especial (juez contencioso administrativo), extinguir el acto. No puede, en consecuencia, el amparo, para eliminar el elemento dañino, anular el acto.

En todo caso, el acto puede ser suspendido en sus efectos, pero tal suspensión es en su esencia una medida provisional, ya que nada puede quedar suspendido en forma perpetua, porque en tal caso eso equivaldría a su eliminación. Igualmente puede inaplicarse el acto, esto es, no ejecutarlo en relación con un sujeto o una situación específica.

Por todo lo anterior hemos de concluir que la eliminación del elemento dañino queda limitado al cese de la actuación; a la prohibición de la amenaza; a la realización de un actuación en el caso de la omisión. Igualmente la eliminación del elemento dañino no puede ser indirecta, esto es, mediante una indemnización, ni tampoco puede ser anulatoria, por cuanto ambas figuras escapan a la acción del amparo.

La segunda forma de restablecer la situación infringida o amenazada de serlo es impidiendo que el daño se produzca o que, de haberse producido, se agrave. ¿Cómo se impide que el daño se produzca? La forma de impedir que el daño se produzca puede ser de forma material (está por caerse un árbol y dañar una vivienda y se ordena su tala), o bien una declaración impeditiva del hecho dañoso.

El anterior examen constituye la base de lo que puede ser acordado en amparo, es decir, el contenido de sentencia estimatoria que el juez dicta, de declara con lugar la solicitud del amparo.

De allí que el juez puede en sus sentencias de amparo para restablecer la situación afectada dictar un mandamiento de hacer (*facere*); dictar un mandamiento de no hacer (*no facere*), o finalmente proceder por sí mismo al restablecimiento directo del derecho lesionado, situación esta última que tiene casi siempre carácter subsidiario de las anteriores porque implica la situación del juez en la actuación omitida por el agravante.

Las anteriores premisas son esenciales para entender cuál es el alcance de la ejecución del en el amparo.

SENTENCIA EN MATERIA DE AMPARO

El problema fundamental que se plantea es la determinación de si el acto con el cual es acordado el amparo constituye una verdadera sentencia. Si la respuesta fuere positiva, debería de llenar todas las exigencias establecidas en artículo 243 del Código de Procedimiento Civil (1988), y además, las específicas establecidas en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988).

La sentencia definitivamente firme dictada en un proceso de amparo no es suficiente por sí sola para satisfacer las pretensiones del actor aun cuando ésta las estime en su totalidad, antes bien, será necesario que se dé cumplimiento a lo ordenado en el fallo, esto es, que se ejecute a los fines de materializar la satisfacción de la pretensión deducida.

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) establece las exigencias formales de la sentencia que acuerda el amparo, indicando:

Artículo 32. La sentencia que acuerde el amparo constitucional deberá cumplir con siguientes exigencias formales:

- a) *Mención concreta de la autoridad, o de la persona contra cuya resolución o acto se conceda el amparo.*
- b) *Determinación precisa de la orden a cumplirse, con las especificaciones necesarias para su ejecución.*
- c) *Plazo para cumplir con lo resuelto.*

Ahora bien, si nos atenemos a las señaladas exigencias formales de la decisión, la misma podría no ser clasificada como sentencia, sino como un simple decreto-mandamiento de ejecución.

En efecto, las indicadas exigencias aluden sólo «al dispositivo» de un acto. Pero en el caso de la «sentencia» como acto jurisdiccional, que ésta no se conforma sólo de una parte dispositiva, sino que, de la misma magnitud, consta de dos elementos: la narrativa y la motiva. La sentencia, de acuerdo con la doctrina, tiene la estructura de un silogismo, en el cual las normas que han sido aplicadas constituyen la premisa mayor, los hechos que se subsumen en dichas normas constituyen la premisa menor, y el dispositivo, la consecuencia lógica de las indicadas premisas. El artículo 243 del Código de Procedimiento Civil (1988) exige como requisito de la sentencia lo siguiente:

1. *La indicación del tribunal que la pronuncia.*
2. *La indicación de las partes y sus apoderados.*
3. *Una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia, sin transcribir en ella los actos del proceso que consta de autos.*
4. *Los motivos de hecho y de derecho de la decisión.*
5. *Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión aducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia.*
6. *La determinación de la cosa u objeto sobre la que recaiga la decisión.*

A continuación, el artículo 244 indica que es nula, entre otras cosas, la sentencia que carezca de los requisitos antes señalados. Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil (1988), como lo hemos venido acentuando, constituye la norma de derecho común de todo sistema procesal, y por ello para saber si un acto en sentencia, es necesario atenerse a lo que el mismo señala al respecto. Indudablemente no hay coincidencia entre los requisitos del artículo 243, esenciales para que el pronunciamiento sea una sentencia, y lo establecido en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Presumimos que esta duda sea lo que motivó la ausencia del recurso de casación en materia de amparo, con

lo cual se ha propiciado el amparo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por la incompetencia constitucional de los jueces superiores, que en el fondo no es otra cosa sino el fin del Estado de garantizar una uniformidad interpretativa constitucional.

Lo definido en el citado artículo 32 pareciera coincidir con un mandamiento de ejecución, y es ello lo que ha llevado a algunos expertos en la materia a estimar que el proceso de amparo no es otra cosa que un proceso cautelar que concluye con un mandamiento de ejecución.

El razonamiento tiene un sólido fundamento, pero en sentido contrario, el criterio generalizado entre jueces y litigantes respecto a estimar que la decisión del amparo es una verdadera sentencia, como tal, no sólo debe llenar los requisitos de la ley especial sino también los contenidos en el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil. Este criterio se fundamenta en el hecho de que el amparo, según la definición de la Constitución, tiene un efecto restablecedor y no simplemente cautelar, por lo cual es una decisión definitiva. Dentro de la gran confusión que genera la Ley de Amparo, pareciera dominar la tesis de que el amparo, aun cuando se acuerde como una simple medida suspensiva del acto que lesiona al solicitante, se manifiesta mediante una sentencia verdadera y propia, y que el artículo 32 de la Ley no es otra cosa que el establecimiento de los requisitos que la parte decisoria del fallo deberá expresar, y que puede por ello prescindirse de las formalidades previstas en artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

El análisis de los citados requisitos del artículo 32 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales revela que los mismos están constituidos por los siguientes elementos:

1. Identificación del Agravante

Implica el señalamiento del titular del cargo si se trata de un ente público, así como de la entidad pública en la cual está enclavado, con la indicación completa de la persona autora del acto contra quien se interpuso el recurso. Si se trata de un ente privado, la ley es menos exigente, porque no requiere la identificación de los representantes de la persona jurídica, a menos que el amparo haya sido interpuesto contra un acto u omisión, caso en el cual debe identificarse su actor, que no sería necesario si se tratara de un hecho.

La duda surge en el amparo contra normas, en el cual el agravante debería ser el autor de las mismas.

2. Delimitación de la orden que ha de cumplirse y la forma de ejecución

Esta exigencia se complementa con el artículo 30, relativo al amparo que se acuerda contra el acto o conducta omisivas, ya que en dichas normas se establece que la sentencia ordenará la ejecución incondicional e inmediata del acto incumplido. Esta forma, además de ser de un excesivo rigorismo cuando alude a la conducta omisiva, ya que múltiples omisiones sólo puede subsanarse mediante el cumplimiento de determinados requisitos, es al mismo tiempo muy pobre, por cuanto deja al presunto agraviante en libertad para decidir el cumplimiento o el mandamiento.

La norma, por el contrario, ha debido prever, tal como lo hizo en el artículo 210 del Código Orgánico Tributario, que al vencerse inútilmente el lapso para dar cumplimiento a la actividad, el resultado de la misma se da por obtenido en beneficio del actor (en el mismo sentido se recuerda el silencio confirmatorio positivo, cuyo ejemplo más típico es el artículo 55 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio).

El juez deberá otorgarle un plazo a la administración según el artículo 32, literal «c», para dar cumplimiento al acto o la acción omitida, pero si transcurrido este plazo la Administración no acata lo acordado, indudablemente el accionante se encontrará en la misma situación que tenía al comienzo, sin que pueda alegarse que se garantiza tal acatamiento con la sanción que la ley establece contra el agraviante.

Lo único que efectivamente puede darle satisfacción al actor, en el caso de la acción omitida, es que el juez se constituya en el agraviante rebelde para realizar por sí mismo la actuación, o darla por realizada una vez vencido inútilmente el lapso que le hubiese acordado.

LA SENTENCIA QUE ACUERDA MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares en materia de amparo pueden clasificarse en la siguiente forma, atendiendo al procedimiento que se siga para su concesión: a) la suspensión de los efectos del acto contra el cual se ejerce la acción de amparo, b) las medidas cautelares innominadas, y c) las medidas cautelares típicas o nóminas previstas en el Código de Procedimiento Civil.

Podría considerarse que la suspensión de efectos del acto objeto del amparo entra en el supuesto del párrafo único del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1988), pero si bien ordenar la suspensión está genéricamente incluido dentro de la facultad de «autorizar o prohibir

la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por efecto hacer cesar la continuidad de la lesión», con lo cual el mencionado párrafo primero del artículo 588 define el poder cautelar general del juez, sin embargo, la suspensión no puede ser subsumida en tal noción porque la misma ofrece características específicas.

En efecto, la suspensión en el amparo sólo está provista en las siguientes hipótesis: a) en el amparo ejercido conjuntamente con la acción de nulidad contra actos administrativos (supuesto del párrafo único del artículo 5°); b) en el amparo ejercido en forma conjunta con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos (1^{er} aparte del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales). En esta última hipótesis la suspensión no es tal sino que constituye una implicación del acto normativo impugnado en relación con los sujetos que hubiesen ejercido el recurso; c) en el amparo sobrevenido (de acuerdo con la previsión del ordinal 5° del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) cuando pendiente un juicio ordinario, o un recurso cualquiera fuese alegada la violación o amenaza de violación de un derecho o de garantía constitucionales. La ley prevé la suspensión provisional una vez agotado el procedimiento contradictorio.

Por el contrario, las medidas cautelares innominadas, que pueden estar constituidas, como se vio, por una multiplicidad de supuestos, siempre que necesariamente opere la autorización o prohibición de la ejecución de determinados actos, o bien por adopción de providencias para que cese la de la lesión, implican que el tribunal deberá seguir el procedimiento previsto en el artículo 601 y siguiente del Código de Procedimiento Civil (1988). Como puede apreciarse, la materia relativa a las medidas preventivas constituye una forma de ejecución del amparo.

Un punto mencionado por nosotros y no desarrollado ha sido el relativo a la procedencia de las medidas cautelares típicas o nominadas previstas en el Código de Procedimiento Civil. Esto es, el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar ¿pueden operar estas medidas en materia de amparo? A nuestro juicio, el contenido de las medidas indicadas puede ser aplicado por el juez, quien ejerce un poder cautelar general, aun cuando no se ciña a los procedimientos previstos en cada caso. Así como la desposesión de los bienes muebles, tanto materiales como inmateriales del presunto agravante (embargo); el secuestro de la cosa litigiosa y la prohibición de realizar actos dispositivos sobre los bienes (prohibición de enajenar y grabar). El contenido natural de estas medidas puede perfectamente ser

decretado por el juez, y el mismo se subsumirá en el enunciado genérico del párrafo 1º del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1988).

EFFECTOS DEL MANDAMIENTO DE AMPARO EN LAS DISTINTAS MODALIDADES QUE EL MISMO PUEDE REVESTIR

Elemento de importancia para la comprensión de los problemas relativos a la ejecución en el amparo es la determinación de qué efecto produce la sentencia. ¿Produce el efecto de la cosa juzgada en sentido material o simplemente el efecto de la cosa juzgada en sentido formal?

El efecto de la cosa juzgada en sentido material es el que perpetúa la situación declarada en el fallo haciéndola inmodificable, permanente, estable e indubitable. Por el contrario, la cosa juzgada en sentido formal es simplemente un impedimento para que el juicio continúe y se perpetúen las mismas pretensiones en el tiempo, y es por ello que pone así fin a ese juicio, a esa controversia, criterio que ya el nuevo Estado Social de Derecho no acepta, por la preeminencia de la justicia sobre el derecho y la facultad de revisión de las sentencias definitivamente firmes por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

¿Puede la sentencia de amparo producir cosa juzgada en sentido sustancial?

Este es uno de los grandes debates que el tema plantea, en el cual ha sido predominante la tesis de que el amparo cautelar produce cosa juzgada en sentido formal como todas las cautelas jurídicas; mientras que el amparo autónomo puede producir la cosa juzgada en sentido sustancial.

Ahora bien, esta posición no es unánime, y hay quien considera que tanto el amparo autónomo como el cautelar no son otra cosa que procedimientos cautelares, esto es, medidas precautelares o cautelativas. Se dice así que el amparo equivale a la providencia de urgencia existente en el derecho italiano, que permite el restablecimiento momentáneo de la situación jurídica, pero obliga al actor victorioso a interponer dentro de un lapso (generalmente de un año) la acción ordinaria en la cual se debatirá la cuestión de fondo.

Es esta también la solución que da nuestro Código de Procedimiento Civil en materia interdictal, al obligar al actor del ejercicio de las acciones posesorias por vía de los procedimientos ordinarios. Se dice así que el amparo acordado por el juez estaría condicionado en su permanencia a la confirmación del derecho del actor en el juicio ordinario.

Nos resulta atractiva la tesis, pero estimamos que el efecto restablecedor al cual alude el artículo 49 de la Constitución no es transitorio sino definitivo porque opera cuando hay lesión de garantías constitucionales, y en virtud de ello, acordado el amparo, el beneficiario del mismo ha de obtener el disfrute del beneficio del cual había sido privado. Indudablemente que la inserción de la figura del amparo conjunto o amparo cautelar pone en duda la validez absoluta del criterio antes expuesto, y permite que se distinga entre el amparo autónomo, cuyo efecto es definitivo, y el amparo cautelar, que está condicionado a la decisión del recurso o de la acción principal con el cual se ejerza.

Para poder determinar el contenido de la ejecución de amparo, es necesario previamente verificar cuál es el efecto buscado por el mismo.

La acción del amparo, de acuerdo con el texto expreso del artículo 26 de la Constitución (1999) que la consagra, está destinada a «restablecer» una situación jurídica infringida como consecuencia de la violación o amenaza de violación de los derechos o garantías constitucionales de un sujeto.

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) insiste en el efecto restablecedor de la situación afectada o amenazada de serlo en forma tal, que señala como inadmisibles las acciones que no pueda obtenerlo. En efecto, establece:

Artículo 6. No se admitirá acción de amparo.

3) Cuando la violación del derecho o garantías constitucionales constituya una evidente situación jurídica irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Se entenderá que son irreparables los actos que mediante el amparo no pueden volver las cosas al estado que tenían antes de la violación.

En el mismo sentido el ordinal 1º establece las condiciones para la admisibilidad del amparo, niega que la misma proceda cuando haya perdido actualidad por el cese de la violación o amenaza, o bien, cuando no sea posible obtener el efecto restablecedor, por cuanto «la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales no sea inmediata, posible o realizable por el imputado» (ordinal 2º).

¿Es posible un efecto anulatorio en el amparo? La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) en ningún

momento alude al efecto anulatorio, el cual parece negar al haber provisto el ejercicio conjunto del amparo con la nulidad, e incluso cuando en materia de amparo contra norma expresamente señala que su efecto no será otro que la inaplicación de la norma al caso específico.

Ahora bien, en la situación atípica del amparo contra acto jurisdiccional, es decir, en prevención del artículo que establece la procedencia de la acción del amparo, surge la enorme duda de si el mandamiento de amparo constituye una nulidad de fallo objeto del mismo. Indudablemente que acordado el amparo contra una sentencia, a pesar de que la doctrina o la jurisprudencia no quieran reconocerlo expresamente, lo que está es anulando el fallo. Hay quienes dicen eufemísticamente que lo que se está suspendiendo es la Ejecución del fallo, pero ¿suspendiendo hasta cuándo?, ¿indefinidamente?

Otro problema en materia de amparo es el que se plantea en el llamado amparo electoral. Esto es, en el que tendría como objeto la materia regulada en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, a saber, la relativa de los procesos electorales a la constitución, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas y a los referendos. Estas materias son objeto de un recurso especial en la Ley recientemente promulgada que se denomina recurso contencioso electoral y que en el proyecto originario se denomina amparo electoral. A pesar de que fue cambiada la denominación, la definición que del mismo hace el artículo 235 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es análoga a la de amparo constitucional del artículo 26 de la Constitución, ya que alude «a un medio breve, sumario y eficaz para impugnar los actos, las actuaciones y las omisiones» del Consejo Nacional Electoral, y para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por éste en materias precedentemente mencionables.

El amparo electoral debería conducir al mismo objetivo del recurso contencioso electoral y por un medio análogo, por lo cual pareciera inútil el mantenimiento de dos vías paralelas. Sin embargo, la Sala Político-Administrativa en sentencias todas de fecha 30 de septiembre de 1998, en los expedientes 14986, 14991 y 14992, señaló que el recurso contencioso electoral no había eliminado la acción del amparo en esta materia ni a la posibilidad del ejercicio conjunto del amparo con el contencioso de nulidad. En todo caso, el amparo contra las elecciones no puede buscar otro efecto que no sea el anulatorio, en razón de lo cual, si bien fue cautelosa la Sala Político-Administrativa al prever la posibilidad de la sobrevivencia del amparo, éste, para ser efectivo, tendría que tener un efecto anulatorio.

Igualmente se plantea la imposibilidad de efecto restablecedor sin un efecto anulatorio en la mayor parte de los actos de la Administración Pública, en los cuales se ordena hacer algo o se prohíbe la realización de una determinada actividad. Sólo en los casos del amparo conjunto la declaratoria con lugar de la acción tiene carácter suspensivo del acto, es decir, afecta sólo su eficacia y no su validez. En los demás casos, acordado el amparo contra el acto, lo que de hecho se ha producido es la nulidad de éste.

Otro efecto descartado en materia de amparo es el efecto indemnizatorio, por cuanto la indemnización presupone el pago de una suma compensatoria de una pérdida sufrida y la misma sólo puede ser fijada racionalmente mediante un proceso de valoración de pruebas que escapa al ámbito del amparo. De allí que haya sido negado el efecto resarcitorio o indemnizatorio aun cuando el acto que genera el daño hubiese sido suspendido o inaplicado.

Finalmente es necesario señalar el efecto restablecedor, que tiene una connotación importante en el amparo contra la abstención, al cual precedentemente nos hemos referido. En efecto, el artículo 30 al señalar el efecto del amparo contra un acto o una conducta omisiva o de falta de cumplimiento indica que «la sentencia ordenará la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido».

LA SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

En efecto, como bien lo expresa González Pérez, «la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que suelen reconocer todas las constituciones comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo en ella resuelto sea llevado a efecto, con, sin o en contra de la voluntad del obligado. Los tribunales han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

De tal forma que a través de la ejecución de la sentencia se concreta el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en nuestra carta magna. Así, no es suficiente que el particular pueda hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, ni que se produzca una decisión de fondo sobre el asunto planteado, sino que será menester además que se cumpla con lo decidido por el Tribunal para que efectivamente se materialice el derecho a la tutela judicial.

La potestad del juez de ejecutar sus sentencias tiene fundamento constitucional y se erige como manifestación de la tutela judicial efectiva y de la efectividad del principio de responsabilidad del Estado. Por otra parte, la ejecución efectiva de los fallos deriva no sólo de la facultad reestablecedora del juez contencioso, sino de la autonomía e independencia que presupuesta el Poder Judicial como verdadera rama del Poder Público y equilibrio frente a los otros poderes que está llamada a controlar.

Ahora bien, ocurre que en el ámbito del proceso de amparo constitucional la ejecución de las sentencias dictadas en contra de la Administración se encuentra sujeta y limitada a dos principios contemplados por el ordenamiento jurídico en resguardo de los intereses de la Administración:

- i) El principio de la legalidad presupuestaria (artículo 314 constitucional), conforme al cual la Administración no podrá hacer gasto o erogación alguna que no esté prevista en la Ley de Presupuesto. En todo caso, sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para aquellos gastos que fuesen necesarios y que no estuviesen previstos. Así, aquellos compromisos que tengan fundamento en una sentencia judicial se pagarán con cargo a la partida de presupuesto que para tales fines se disponga en cada ejercicio.
- ii) El principio de la inembargabilidad de los bienes públicos (artículo 16 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional y artículo 73 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República), con fundamento en el cual los bienes, rentas, derechos o acciones de la República no pueden ser objeto de embargos ejecutivos, sino que, en estos casos, los jueces que conozcan de la ejecución de sentencias contra la República deben suspender la causa y notificar al Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo demandado.

Como puede interpretarse de los principios aludidos, es la propia Administración y no el poder judicial la que ejecuta sus sentencias. Ello, obviamente, comporta el riesgo de que la pretensión deducida por el actor quede ilusoria si la Administración no la cumple voluntariamente y, por tanto, se viole su derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

La doctrina española –García de Enterría– al hacer referencia a la aplicación del principio de inembargabilidad de los bienes públicos o *privilegium fisci* señala que el mismo «es un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio». En ese sentido, expresa que «[...] El dinero administrativo es

perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna»[5].

Siguiendo la posición del autor español, creemos que en nuestro ordenamiento jurídico las provisiones contenidas en la Constitución que consagran la autonomía e independencia del Poder Judicial, el principio de legalidad conforme al cual la actividad de los órganos que ejercen el Poder Público queda sujeta a los mandamientos constitucionales y legales (art. 137), el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 26 y 259), el derecho a la igualdad y a la igualdad procesal como manifestación de aquél (art. 21) y el principio de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, permitirían afirmar, sin duda, la posibilidad de ejecutar sentencias contra la Administración y obligarla a cumplir con las condenas que se hubieren acordado en su contra.

El incumplimiento del amparo puede provenir de «cualquier autoridad de la República; o bien del sujeto pasivo contra el cual el mismo es dictado». La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1998) no establece esta diferencia en forma sistemática, pero ella se deduce del contenido de los artículos 29 y 31 de dicho texto.

Al efecto, los artículos mencionados señalan lo siguiente:

Artículo 29. El juez que acuerde el restablecimiento de la situación jurídica infringida ordenará el dispositivo de la sentencia, que el mandamiento sea acatado por todas las autoridades de la República, so pena de incurrir en desobediencia a la autoridad.

Artículo 31. Quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el juez será castigado con prisión de 6 a 15 meses.

Los artículos transcritos constituyen la base del sistema represivo con el cual se sanciona la inejecución del amparo y que atiende por ello a los siguientes supuestos:

■ ***El desacato o inejecución del amparo imputable a cualquier autoridad***

Por lo que atañe al artículo 29, el mismo está dirigido a «todas las autoridades de la República obligándolas al acatamiento del amparo. La violación del mandato aludido implica para el legislador la pena de incurrir en desobediencia a la autoridad».

Para determinar el perfecto alcance del artículo, es necesario examinar los tres elementos fundamentales que lo constituyen: a) el acatamiento del mandamiento de amparo; b) el alcance de la expresión «todas las autoridades de la República»; y c) el contenido del delito «desobediencia a la autoridad». Por lo que atañe a la ejecución del mandamiento de amparo, cabe preguntarse si efectivamente un tercero está obligado a acatar un mandamiento que no lo obliga, por cuanto no ha sido parte en el proceso de amparo que condujera a que fuese librado el mandamiento. Debe observarse que el propio artículo 29 que señala la sanción por el incumplimiento parte de la premisa de que el mandamiento ordena «el restablecimiento de la situación jurídica infringida». Ahora bien, una situación jurídica cuya infracción ha sido denunciada implica una denuncia contra alguien, la cual, una vez demostrada, obliga a ese alguien a su restablecimiento. ¿Cabe considerar que hay terceros obligados a ejecutar el contenido de una orden de amparo? Estimamos que los terceros, es decir, quienes no han sido parte ni activa ni pasiva en el juicio de amparo, pueden indirectamente verse involucrados en los hechos; por ejemplo, el mandamiento de amparo que le ordena al maestro deponer su violencia frente a un estudiante, obliga a las autoridades del plantel a tomar medidas de vigilancia o de represión que la situación implica. El mandamiento de amparo exonerando a un sujeto del pago de una matrícula ilegal obliga no sólo al que efectúa el cobro de la matrícula sino a los integrantes de la organización educativa en la cual se impusiera el régimen, a obviar la exigencia declarada como violadora de un derecho constitucional.

Por otra parte, existen mandamientos de amparo que no tienen un sujeto pasivo específico sino que se prestan para una gran variedad de situaciones. Por ejemplo, el mandamiento de amparo contra una norma que está constituido por la orden de que la misma sea inaplicada al beneficiario del amparo, deberá ser acatada por todos aquellos a quienes les corresponda aplicar eventualmente dicha norma respecto a tal sujeto. En consecuencia, frente a una hipótesis como la planteada no hay una diferencia entre el destinatario sujeto pasivo de la acción y las restantes autoridades que indirectamente quedan sometidas a su acatamiento.

El segundo elemento que exige un esclarecimiento es el de las «autoridades de la República». Al haber utilizado el legislador tal expresión indica que la norma va destinada sólo al agraviante y a los sujetos del sector público que se encuentren, por razón de sus atribuciones, conectados directamente o indirectamente con la violación o amenaza de violación del derecho del actor. Cuando se habla de autoridades de la República se alude a todo aquel que ejerce funciones públicas al servicio del Estado y de los

restantes entes públicos, independientemente de que la naturaleza de la función que realice sea judicial o administrativa.

El tercer elemento está constituido en la tipicidad de la falta que es la de «incurrir en desobediencia de la autoridad». Al efecto, el Código Penal en su Libro Tercero (de las faltas en general), Título I (de las faltas contra el orden público), contiene un capítulo que se denomina «De la desobediencia a la autoridad». Así, el artículo 485 señala: «El que hubiere desobedecido una orden legalmente expedida por la autoridad competente o no haya observado alguna medida legalmente dictada por dicha autoridad en interés de la justicia o de la seguridad o salubridad pública, será castigado con arresto de cinco a treinta días, o multa de veinte a ciento cincuenta bolívares».

Como puede apreciarse del enunciado del artículo, la falta de acatamiento por parte de la autoridad calificada por el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) al mandamiento de amparo, merece una pena de arresto de cinco a treinta días, o bien una multa que es de veinte a ciento cincuenta bolívares.

El Código Penal no establece la forma como han de aplicarse estas sanciones, es decir, sobre si el funcionario que la aplica puede libremente escoger una de ellas. Lo que es claro es que tratándose de sanciones disyuntivas, éstas no son acumulables, pero la posibilidad de escogencia de la medida aplicable obviamente no es dejada al sancionado, sino que forma parte de la discrecionalidad del ejecutor de la norma.

Ahora bien, la aplicación de la sanción nos plantea el problema de a quién corresponde efectuarla: ¿es al juez que acuerda el amparo?; ¿es al juez que confirma la sentencia?; ¿es al juez penal?

El problema aquí planteado se refiere no sólo al supuesto del artículo 29, que en el fondo alude simplemente a una falta, sino al supuesto del artículo 31, que consagra un delito. Este ha sido uno de los problemas más arduos en materia de aplicación del amparo, pero antes de desarrollar la materia vamos a analizar los supuestos del mencionado artículo 31.

La norma antes aludida, y precedente transcrito, alude al incumplimiento del mandamiento de amparo dictado por el juez y a la sanción que tal hecho implica.

El primer elemento se refiere a la orden contenida en el mandamiento de amparo a un determinado sujeto en la forma prevista en la letra «a» del artículo 32, es decir, aquel que haya sido mencionado en forma concreta en la sentencia de amparo, bien se trate de una autoridad, de un ente privado o de una persona «contra cuya resolución, acto u omisión se conceda el amparo». En otras palabras, el artículo 31 alude al sujeto pasivo del proceso de amparo, éste es, al obligado por la decisión del juez de restablecer la situación jurídica infringida.

Por lo que añade al segundo elemento de la norma, éste es el relativo a la consecuencia del incumplimiento, que es el establecimiento de una sanción corporal de prisión y no de simple arresto, pena ésta que puede ir de un mínimo de seis a quince meses.

Planteado lo anterior, estamos en el espinoso capítulo de determinar a quién corresponde la aplicación de la sanción penal, bien sea el arresto provisto en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en concordancia con el artículo 485 del Código Penal, o bien la pena de prisión del artículo 31 precedentemente analizado, pero antes y con respecto al artículo 29 cabe preguntarse si para la aplicación de tal sanción deba agotarse previamente la averiguación fiscal, y aun más, si tal autoridad fuera de las protegidas con el privilegio procesal de antejuicio de mérito, si sería necesario agotar el antejuicio.

De esta forma, sólo al juez penal corresponde la eventual aplicación de la sanción.

Cuando decíamos que corresponderá al juez penal la eventual aplicación de la sanción, entramos en el espinoso punto referente a si el juez de amparo puede calificar el delito, por lo cual el juez penal quedará limitado a la aplicación de la pena o si, por el contrario, será el único capacitado para calificar el delito y, consiguientemente, aplicar la pena.

El juez deberá otorgarle un plazo a la administración, como se establece en el artículo 32, literal «c», para dar cumplimiento al acto de constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos (1^{er} aparte del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo) puesto que la vía punitiva contemplada en el legislador de amparo no constituye un medio eficiente para hacer inmediatamente efectivas las responsabilidades cuando se trata de agraviantes no dispuestos a acatar el mandamiento, y más aun si los mismos son autoridades públicas.

Lo anterior alude a las consecuencias de inejecución del amparo, sancionable penalmente. Veamos ahora la ejecución del amparo ante el juez de la jurisdicción que lo ha acordado.

COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD PARA LA EJECUCIÓN DEL AMPARO

Respecto a la competencia para la ejecución del amparo, punto previo al mismo es el de oportunidad para que la misma se produzca, en razón de lo cual vamos a exponer las circunstancias más importantes vinculadas con tal situación:

■ *Amparo acordado pero sometido a apelación o consulta*

Hay que recordar que el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales consagra el recurso de apelación contra la decisión dictada en primera instancia, y subsidiariamente, de no haber sido interpuesta la apelación en los tres días siguientes de haber sido dictado el fallo, procederá la consulta ante el Tribunal Superior respectivo, al cual se ordena remitir inmediatamente copia certificada de lo conducente para que éste decida en un lapso no mayor a treinta días.

Ahora bien, tanto la apelación como la consulta proceden en un solo efecto, esto es, en el efecto devolutivo, mas no así en el efecto suspensivo, en razón de lo cual el mandamiento de amparo puede ser ejecutado inmediatamente.

De lo anterior resulta que aun cuando exista la posibilidad de revisión por vía de apelación o de consulta de la sentencia de amparo, la misma podrá ser ejecutada. Cabe preguntarse entonces si el mismo criterio ha de regir en los casos en los cuales el amparo sea ejercido como una acción accesoria de un recurso de nulidad por ilegalidad o inconstitucionalidad. La situación sería la siguiente: el amparo ha sido acordado pero está sometido a revisión por parte del Tribunal Superior, que puede confirmarlo o revocarlo. Mientras el Tribunal de Primera Instancia continúa el trámite del recurso de nulidad, el cual puede ser declarado con lugar, con lo cual, si bien el amparo se extingue, se consolida el contenido del mandamiento por la decisión del fondo del recurso, pero el recurso de nulidad puede ser declarado sin lugar, debido a lo cual el amparo decae.

De allí que la situación se hace contradictoria en el caso como el de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, cuyos fallos de nulidad

no tienen revisión alguna, pero cuyas sentencias de amparo sí son apelables y sometidas a consulta. En los casos en los cuales el ejercicio conjunto de una acción de amparo con un recurso de nulidad, si la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en definitiva declara sin lugar un recurso de nulidad, el amparo se extingue, por lo cual no tendría sentido alguno que el Tribunal de alzada confirmase que el amparo es desestimado, que prevalezca un amparo que tiene esencialmente una naturaleza accesoria de la indicada acción. La situación contraria crea igualmente perplejidad y resulta ambigua, por cuanto declarado con lugar el recurso de nulidad, la declaratoria de sin lugar del amparo por parte del Superior se contradice con la cuestión de fondo que se encontraba en debate.

Una vez analizada la oportunidad es menester verificar la competencia para la ejecución, y al respecto, siendo como es la apelación o la consulta un recurso que opera en un solo efecto, el juez que ha dictado el amparo es facultado de inmediato para ejecutarlo aun cuando haya sido objeto de la apelación. La ejecución de la acción de amparos procede ante el Juez de Primera Instancia, quien debe proceder al restablecimiento de la situación jurídica afectada, pero con la reciente entrada en vigencia de los Tribunales Ejecutores de medidas, los mismos han asumido la Competencia para realizar la ejecución de la sentencia de Amparo Constitucional, previo libramiento de despacho de comisión.

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA PREVISTO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN MATERIA DE AMPARO

¿Puede aplicarse a la ejecución de amparo el procedimiento de ejecución de sentencia establecido en el Código de Procedimiento Civil?

Las normas de Código de Procedimiento Civil contempladas en el Libro Segundo (Del Procedimiento Ordinario), Título IV (De la Ejecución de la Sentencia) pueden ser aplicadas para la ejecución de la acción de amparo debidamente adaptadas a las características de la acción constitucional, es decir, a su sumariedad y brevedad.

El título sobre ejecución de sentencia versa, en efecto, sobre las sentencias de condena y las sentencias de amparo son esencialmente sentencias de condena, tan solo que el «restablecimiento» implica prestaciones de hacer o de no hacer, en cuanto que la ejecución de sentencia en el Código de Procedimiento Civil está orientada esencialmente al cumplimiento de las prestaciones de dar. De allí que habrá una fase de cumplimiento voluntario y una fase de cumplimiento forzoso.

Más recientemente la entrada en Vigencia de la Nueva ley de la Procuraduría General de la República trajo como consecuencia el procedimiento que se debe seguir para la ejecución de sentencias dictadas contra la República, el cual resumidamente es como sigue:

El Tribunal deberá notificar al Procurador sobre la sentencia, quien, a su vez, deberá informar al Tribunal dentro de los sesenta (60) días siguientes la forma y oportunidad en que se ejecutará lo acordado.

Dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación la Procuraduría participará al órgano respectivo de lo ordenado en la sentencia, quien dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación deberá informar al Procurador sobre la forma y oportunidad de ejecutar lo juzgado.

Recibida la propuesta, la parte interesada, previa notificación, podrá aceptarla o rechazarla y, en este último caso, el Tribunal fijará oportunidad para la presentación de una nueva propuesta. Si ésta no es aprobada por el interesado, o si el organismo respectivo no presenta propuesta alguna, el Tribunal deberá determinar la forma en que se ejecutará lo juzgado según el siguiente procedimiento:

- a. Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de parte, ordenará que el monto que se debe pagar se incluya en la partida de los próximos dos ejercicios presupuestarios, debiendo remitir al Procurador copia certificada de la decisión.
- b. Si se trata de entrega de bienes, el Tribunal debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda. Si el inmueble está afectado al uso público, el Tribunal deberá acordar la fijación de su precio mediante avalúo.

Ahora bien, siendo este procedimiento aplicable exclusivamente a la República, en el caso de los Institutos Autónomos y demás órganos de la Administración que gozan de la prerrogativa de inembargabilidad, se aplicará por analogía el procedimiento contemplado en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Ello, por supuesto, es aplicable también en materia funcionarial, más aun cuando es común en este sistema procesal la condena patrimonial contra la Administración, y así lo ha reconocido la jurisprudencia de forma reiterada. Concretamente, el procedimiento aplicable es el siguiente:

Se otorga un plazo prudencial a la Administración para que cumpla voluntariamente, por lo general 10 días hábiles.

Si no se cumple, se ordena la ejecución forzosa, permitiéndose aún a la Administración indicar la forma en que cumplirá el fallo.

Se le concede una oportunidad a la parte actora para oponerse a la propuesta de cumplimiento formulada o para aceptarla. Si es rechazada, se concederá nuevo plazo para modificar la propuesta original.

Si la propuesta no es presentada dentro del lapso o si es rechazada por la actora otra vez, la Administración deberá incluir en la Ley de Presupuestos del ejercicio fiscal siguiente el monto respectivo para el pago de la cantidad a la que ha sido condenada. De no cumplir con tal orden se procederá a ejecutar el fallo forzosamente, aun en contra de los bienes del ente público.

Por tanto, ante el silencio de la ley, y en obsequio de la integridad y protección del derecho constitucional de acceso a la justicia, resulta aplicable por analogía al resto de los órganos públicos privilegiados el procedimiento de ejecución de sentencias pautado en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

De allí que si la orden de ejecución no fuere cumplida por la Administración o la partida de presupuesto correspondiente no fuere ejecutada, el Tribunal a instancia de parte ejecutará la sentencia con base en el procedimiento ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil, esto es, el embargo y posterior remate de los bienes de la Administración, salvo que se trate de bienes del dominio público, previo cumplimiento de las formalidades a que alude la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

SENTENCIAS RELEVANTES

LA CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESTABLECE EL CRITERIO PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE AMPARO

En sentencia del 12 de agosto de 1998 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró la procedencia de la ejecución forzosa del mandamiento de amparo, para cumplir con la garantía consagrada en el artículo 49 de la Constitución. (Sentencia, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 12 de agosto de 1998. Exp. No. 98-20429. Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis).

La Corte estableció que ha precisado que la imposición contra la sanción prevista contra el desacato a un mandamiento de amparo en el artículo 31 de la ley que rige la materia, compete a los tribunales penales por tratarse de un delito. Ahora bien, una mayor reflexión sobre el tema conduce a la conclusión de que es preciso distinguir, ante el eventual incumplimiento voluntario del mandato de amparo por parte del accionado, entre la consecuencia penal y la procesal de tal conducta. La primera está constituida por la sanción que se debe aplicar al Tribunal Penal correspondiente; la consecuencia procesal, en cambio, está relacionada con la necesidad de llevar efectivamente a ejecución la orden contenida en el mandamiento de amparo. Dado que el amparo es una vía judicial de protección de los derechos constitucionales, forzoso es entender que el mismo debe tener igual carácter que cualquier vía judicial: ejercer la función jurisdiccional. Por lo tanto, mediante el amparo no puede el quejoso lograr únicamente que el Juez le dé la razón en la etapa cognitiva al agravante y se limite a impartir una orden que luego éste podrá no ejecutar, según su voluntad, a riesgo de ser sancionado en el caso de optar por no hacerlo. Si ello fuere así, el resultado práctico del amparo asignado por el ordenamiento jurídico sería un agravante omiso sancionado, lo cual está perfectamente justificado por la conducta reprochable asumida por éste, pero resulta absolutamente insuficiente a los ojos del agraviado, cuya pretensión consiste en que le sea restablecido el goce y el ejercicio del derecho constitucional infringido resultado que no se logra en caso de inejecución por parte del agravante sino mediante un procedimiento de ejecución forzosa llevado a cabo por el juez. De otra manera, la garantía consagrada en la Constitución sería incumplida por el accionado, además del procedimiento penal, destinado a sancionar el delito constituido por tal omisión e independientemente de la suerte que corra tal procedimiento, debe el juez de la causa proceder a la ejecución forzosa de lo decidido, a través de los mecanismos más adecuados a la naturaleza del amparo concedido.

MODOS DE EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Los nuevos metodos

Deberíamos decir relativamente nuevos, dado que algunos de ellos datan ya de hace veinte años.

a) El recurso Mediador de la República

El *ombudsman* francés (en realidad, sus poderes son menores que los de sus homólogos de Europa del Norte) fue creado mediante la ley de 3 de enero

de 1973. Esta ley le confirió el poder de ordenar al organismo que se niega a ejecutar una decisión judicial recaída con fuerza de cosa juzgada que se avenga a ella en el plazo que se le fije. Si el requerimiento no se cumple, el incidente será mencionado en el informe anual del Mediador publicado en el Boletín Oficial.

No es posible afirmar que la presión ejercida en este caso sobre las autoridades administrativas sea de las más fuertes.

b) *El establecimiento de una astreinte*

Las atreintes son probablemente el mejor procedimiento para obligar a la ejecución de una resolución judicial. Pero sólo se emplea en derecho francés con cierta timidez, y a la ley que la creó, 16 de julio de 1980, no se le ha conferido el carácter de astreinte judicial.

En principio, la astreinte, es decir, la condena al pago de una suma a tanto alzado por día de retraso debidamente comprobado, puede servir para la ejecución de todas las decisiones judiciales que emanan de una jurisdicción administrativa, y en particular de las sentencias anulatorias. Se hizo extensiva por la ley del 30 de julio de 1987 a la ejecución de las decisiones judiciales contra particulares encargados de la gestión de un servicio público.

Pero es el procedimiento de imposición de la astreinte el que parece suscitar ciertas reservas. En efecto, únicamente el Consejo de Estado puede conocer de una solicitud de astreinte (pudiendo conocer de oficio, en caso de inejecución de una decisión judicial, por mediación de los presidentes de los Tribunales Administrativos de Apelación).

Las partes que padezcan la negativa de ejecución de una sentencia condenatoria de la administración deben aguardar la expiración de un plazo de seis meses. Pueden solicitar antes de dicho término la ejecución de la resolución de la que son beneficiarios, pero ello a riesgo de perder el beneficio de la astreinte si se encuentran con una denegación expresa.

Tras la instrucción (si hay lugar), la Sección de Informes y Estudios del Consejo de Estado entra en contacto con la administración implicada. Si no obtiene satisfacción en este nivel, la Sección de lo Contencioso del Consejo de Estado impondrá la astreinte. Sólo lo hará cuando la administración condenada demuestre una evidente mala fe. Fija el mismo importe de la astreinte que no constituye un derecho de beneficio de la parte insatisfecha.

De no producir efecto, la astreinte se verá seguida de otras medidas tal vez más eficaces.

c) El pago de las condenas pecuniarias

La ley del 16 de julio de 1980 ha provisto nuevos procedimientos para cuando se trate de condenas pecuniarias dictadas por una administración tanto como por el Juez Administrativo como por el Juez Ordinario. A reserva de que dichas condenas se vean investidas de la fuerza de cosa juzgada, es decir, que ya no sean susceptibles de recurso ordinario, y que se encuentran debidamente cuantificadas, el procedimiento de pago sólo afecta a las colectividades públicas en la medida en que escapan de las vías de ejecución del derecho privado y principalmente del embargo de sus bienes muebles e inmuebles.

El Estado es el principal afectado desde el momento en que es frecuentemente condenado al pago de sumas de dinero. Dispone de cuatro vías de libramiento de las sumas de que es deudor (será un inconveniente, en el caso de insuficiencia de créditos, encontrar los recursos necesarios según los principios del derecho presupuestario, en un plazo de seis meses desde la notificación de la decisión de condena). En el caso de negativa al libramiento que impide al contable proceder al pago, el acreedor se dirigirá directamente a este último, cuya negativa injustificada podría desembocar en una condena acompañada de una astreinte.

Tratándose de otras personas públicas, los procedimientos son menos directos. A falta de ejecución de las condenas pecuniarias que afecten el plazo de cuatro meses, corresponde a la autoridad estatal encargada del control (principalmente el Prefecto) proceder al mandamiento (es decir, al libramiento) de las sumas adeudadas, y eventualmente forzar a las personas públicas afectadas a la provisión de los recursos suficientes, so pena de utilizar la inscripción de oficio en su presupuesto.

La negativa a intervenir frente a las colectividades o establecimientos públicos condenados entrañaría la responsabilidad del Estado (por falta grave).

EL JUEZ, CONTRALOR DE LA ADMINISTRACIÓN

En sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la misma expresó, citando a Hauriou, «Un Juez que ni siquiera pueda constreñir a la administración a ejecutar su sentencia no es Juez», y concluyó que el

juez que ejecute una sentencia contra la administración no se le puede tildar de ejercer funciones administrativas y que para ejecutar las sentencias los jueces se encuentran en el deber de utilizar todas las técnicas que sean necesarias .

Si está claro que el Estado a través del Poder Judicial tiene la obligación de ejecutar sus fallos, ¿cómo hacemos para hacer que lo entiendan?

De allí es donde surge la figura del poder de sustitución, figura típica del derecho administrativo español, que consiste en que el juez, con base en sus poderes supremos, restituya la situación jurídica infringida suplantando literalmente a la Administración.

Generalmente, el fenómeno del Juez-Administrador aparece en el seno mismo de la función jurisdiccional cuando el juez, en un afán de quererlo controlar todo y llegar incluso a sentirse como un superior jerárquico de la Administración, traspasa las fronteras o desvía los fines de la misión de control que le ha sido atribuida. Es por ello que para la exacta identificación del fenómeno en estudio debemos precisar las razones del control jurisdiccional de la Administración (1) y sus límites (2).

1. *¿Por qué controla el juez la Administración?*

Como cualquier sujeto de derecho, las personas morales, estatales o no, que participan en las tareas administrativas pueden causar con su actuación perjuicios a intereses o al patrimonio de otros individuos, tanto más si tomamos en cuenta que para el cumplimiento de sus tareas dichas personas utilizan medios muy potentes, derogatorios del derecho común. Por otro lado, la actividad administrativa se encuentra rigurosamente regulada, no pudiendo ejercerse sino dentro del marco de competencias legalmente establecido, al contrario de los particulares, que son libres de realizar todas las actividades que no les están expresamente prohibidas. Esta configuración de circunstancias: la atribución de prerrogativas exorbitantes y la precisa delimitación de su campo de acción, hacen de la Administración un conjunto de sujetos de derecho particulares que deben estar sujetos a un estricto control jurisdiccional. Ahora bien, el órgano al que se ha atribuido dicho control –el juez Contencioso Administrativo– debe ser especializado, pues está llamado a ejercer sus funciones sobre una actividad sometida a un régimen jurídico particular: el derecho administrativo.

Sin embargo, debe reconocerse que similar evolución, pero a través de una óptica totalmente distinta, se gestó en el derecho norteamericano, y

ello impidió la promoción de demandas contra el Estado, situación que concluyó con la sanción, en 1946, de la *Federal Procedure Judiciary Act*, aunque *ab initio* se le reconoció al Poder Judicial la posibilidad de ordenarle a la administración determinadas conductas (Sección 13ª de la *Judiciary Act* de 1789).

Esta reseña nos permite extrovertir el enfoque que le damos al problema, pero para concluirla debemos hacer mención a la reforma constitucional de 1999, en cuanto allí se incorporaron dos preceptos: el que elevó a rango constitucional las acciones de amparo, de *habeas corpus* y de *habeas data* y el que incorporó con rango constitucional a los tratados más importantes en materia de derechos humanos.

En cuanto al primer precepto, el mismo tiene importancia en el tema de la demandabilidad del Estado y en el cumplimiento de las órdenes que un juez imparta, cuando se tutela el derecho constitucional desconocido por un accionar de autoridades públicas y, en el caso del *habeas corpus*, cuando la libertad física haya sido lesionada.

Respecto del segundo caso, al incorporarse a la carta constitucional los tratados de derechos humanos se ha incorporado el derecho al acceso a la justicia y, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva. La preocupación de los latinoamericanos en brindar, a través de este marco de garantías, el acceso a un tribunal de justicia para obtener el dictado de un pronunciamiento no se agota por sí misma sino que, una vez obtenida la tutela del derecho en sede judicial, ésta pueda hacerse efectiva y el procedimiento idóneo, en caso de negativa de la administración a cumplirla, es precisamente la ejecución judicial de la sentencia.

Por ello, cuando Pedro Aberasturi, comentando la EJECUCIÓN JUDICIAL DE SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO, en la legislación argentina, indica que el derecho a la tutela judicial efectiva va de la mano con la evolución jurisprudencial y la normativa analizada se ha encontrado con la expresa facultad, tanto en las leyes que regulan la acción de amparo como la acción de amparo por mora, que el juez puede ordenar al Estado la realización de una determinada conducta. Asimismo comenta que no debe olvidarse la ley que regula el *habeas corpus*, ya que ésta posibilita al juez ordenar al autor de la detención ilegítima la inmediata puesta en libertad del particular afectado por la misma.

De allí que, según el autor, la determinación precisa de la conducta que debe cumplir la autoridad pública, establecida en la acción de amparo y la

orden de pronto despacho, contenida en el amparo por mora, han llevado a la conclusión de que la decisión tomada en estos dos procesos son ejecutorias. En cuanto a la acción de *habeas corpus*, la ley 23.098 habilita que en caso de desobediencia de la autoridad pública, el propio magistrado se encuentra habilitado para ejecutar la liberación del detenido, aun en el caso que haya sido el Poder Ejecutivo Nacional el que dispusiera la detención.

Pero, en realidad, el problema se ha planteado desde la óptica procesal, pues una vez dispuesta la coacción sobre la administración, el funcionario en principio cumple la orden impartida, aunque se trate de enervar sus efectos utilizando los resortes procedimentales a su alcance.

Es decir, no se trata del incumplimiento de la orden impartida sino del reconocimiento del límite de su ejercicio. Ello es así pues la posibilidad de ejercer coacción por medios indirectos, es decir, a través de la aplicación de astreintes, ha sido realizada por los tribunales franceses sin mayores tropiezos pero sin mayores resultados de fondo.

Sin perjuicio de lo expuesto, es conveniente señalar que aunque ello no fuera así, a esta altura de la evolución del derecho no es posible sostener el efecto declarativo de la sentencia, pues ello conduciría a argumentar un despropósito interpretativo.

Para ello debe recordarse, como enseña Alsina, que la norma jurídica contiene el mandato que debe ser cumplido, y en caso de incumplimiento se prevé la sanción. Es deber del juez no sólo el conocimiento del litigio (*notio*) y de resolverlo (*iudicium*), sino también hacer cumplir lo decidido (*executio*). Toda sentencia es declarativa en cuanto el juez aplica la voluntad abstracta de la ley a una situación concreta, pero su eficacia varía con el contenido de esa declaración.

De conformidad con la clasificación de sentencias declarativas y de condena, el proceso de ejecución será aquella actividad desarrollada por el acreedor para el cumplimiento de la obligación declarada en la sentencia de condena, en el caso que no se satisfaga voluntariamente.

En el derecho romano, cuando la ejecución recaía sobre la persona del deudor, una vez que se dictaba la sentencia de condena debían transcurrir 30 días para el pago (*tempus iudicati*), y si en ese plazo no se satisfacía la obligación, el acreedor concurría al pretor, que, en ejercicio de su *imperium*, ejercitaba la *manus iniecto iudicati*, mediante la cual tomaba posesión de la persona del deudor.

En nuestro moderno Estado Social de Derecho, el juez ejerce jurisdicción, entendida como la facultad de administrar justicia, y una de sus características objetivas es la declaración de certeza o la realización coactiva y concreta de los intereses tutelados (ejecución forzosa). Estas facultades van unidas a una serie de potestades que son inherentes a la función jurisdiccional, tal el poder de *imperium* como utilización de la facultad del ejercicio de la fuerza para hacer cumplir sus decisiones.

La imposibilidad o la prohibición al juez de ejercer su *imperium* contra el Estado significa desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, e implica así mismo el desconocimiento del principio de igualdad y de los fines fundamentales del Estado: Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común.

El artículo 49 de la Constitución Nacional constituye un intento escrito de establecer un derecho nuevo, el nuevo derecho al Debido Proceso que subyace actualmente y que se deriva de los principios de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales y de la evolución propia de nuestra sociedad.

En efecto, hasta hace poco entendíamos que el carácter declarativo de la sentencia, tal cual se lo entendiera en los precedentes enumerados, significaba enervar la posibilidad de que el juez ejerza su *imperium*. Ello fue modificándose legislativa y jurisprudencialmente, y en la actualidad nos encontramos con que en el referido art. 49, cuando garantiza el debido proceso administrativo y judicial, ha incorporado el mismo a la acción de amparo junto con los institutos que regulan la acción de *habeas corpus* y la de *habeas data*. Este conjunto de acciones permite afirmar que se ha exteriorizado el reconocimiento de un derecho de tutela.

Dentro de este contexto podemos expresar que la acción expedita y rápida de amparo permite suponer la existencia de un derecho de amparo, no sólo como herramienta procesal puesta al servicio de la tutela efectiva de los derechos establecidos constitucionalmente sino también como un derecho de garantía de la persona que conlleva la facultad de que el juez ejerza su *imperium*. Ello significa que el término «amparo» comprende el derecho del particular afectado a recurrir ante un tribunal de justicia para solicitar la protección de sus derechos constitucionales y el consiguiente deber del citado tribunal de restablecer el derecho violado, en forma cierta y efectiva, a través del uso de la fuerza o ejerciendo la coacción indirecta. Cualquier intento de reglamentación a este derecho que signifique disminuir el *imperium* del juez afectará al nuevo derecho incorporado en el ordenamiento constitucional.

Una de las consecuencias de tal especificidad es la imposibilidad, para el juez contencioso-administrativo, de tratar en pie de igualdad a la Administración y a los administrados. Numerosos textos legislativos, en aplicación de este principio, consagran prerrogativas procesales a favor de la Administración, todo ello dada la preeminencia de los fines de interés general de esta última sobre los intereses privados de los particulares.

Pero las prerrogativas de la Administración y la especialidad del juez que la controla, lejos de constituir elementos favorecedores de su omnipotencia, deben ser garantía de su sujeción a la legalidad y del respeto a los derechos de los particulares, y es esta idea –usualmente presente en la mentalidad del juez, pero muchas veces ausente en el espíritu del administrador– la que origina los conflictos interpoderes que han dado lugar al desarrollo del Juez-Ministro. Por ejemplo, el pobre basamento jurídico y la arbitrariedad de la actuación de la Administración, motivados usualmente por su ignorancia, unida a sus sentimientos de omnipotencia, obligan al juez, en ejercicio de sus funciones de control, a tratarla «duramente», anulando sus decisiones y condenándola con frecuencia. Esta situación crea perjuicios en el espíritu del juzgador, quien en la mayoría de los casos, y con la mayor buena fe, se siente en el deber de proteger a ultranza la posición de los particulares, tratando con su actuación de corregir, muchas veces fuera de los límites de su competencia y en desmedro de los procedimientos establecidos, las irregularidades cometidas por la Administración, sin darse cuenta de que está cayendo en el mismo nivel de arbitrariedad y omnipotencia de aquélla y de paso dando origen a una de las corrientes manifestaciones del Juez - Ministro.

2. *¿Hasta dónde controla el juez la Administración?*

Conocemos bien que, en principio, la actividad de la Administración está regulada por diverso textos que determinan los límites, modos y medios de la misma, y que al lado de esa actividad reglada subsiste un ámbito discrecional de actuación administrativa, dentro del cual la misma es libre de apreciar los elementos de hecho dejados a su discreción y sobre el cual el juez contencioso-administrativo no puede ejercer control alguno. Sin embargo, la discrecionalidad, sagrada en principio y hasta considerada como equivalente en equilibrio público al principio de la autonomía de la voluntad en cabeza de la Administración, ha sido también enmarcada dentro de una serie de parámetros, tales como la racionalidad, la justicia, la igualdad y la proporcionalidad, hasta el punto de que algún autor calificara la actividad discrecional como el más reglado de los poderes.

En el marco de los límites de la actuación jurisdiccional, la figura del Juez-Ministro aparece cuando el magistrado, en su labor de control de la legalidad, invade el campo de discrecionalidad otorgado a la Administración. Un ejemplo ilustra suficientemente la especie. Un particular, que ha hecho una solicitud a la Administración con la finalidad de obtener una autorización sobre la cual la Administración tiene una amplia discrecionalidad, no ha recibido oportuna respuesta, y acudiendo al juez con una pretensión e instrucción y respuesta de su solicitud, obtiene de éste la simple orden de proveer una conminación a la Administración de acordar lo solicitado, pasando así por encima del poder de apreciación de la Administración, y muchas veces sin siquiera haber apreciado él mismo los elementos de hecho del caso concreto.

Es innegable que ante ciertas actuaciones arbitrarias y por demás incomprendibles de la Administración, pareciera conveniente otorgar a los jueces un poder de sustitución general en la administración, de forma de lograr una efectiva protección de los particulares. Pero dicho poder no podría ser ejercido en ningún caso en el cual el órgano administrativo fuese el único competente para apreciar las circunstancias propias de la especie.

EL JUEZ CONVERTIDO EN ADMINISTRADOR

El fenómeno del Juez-Ministro se manifiesta también en el proceso de ejecución de las decisiones de justicia. Sin querer ser restrictivos, he aquí dos de las causas más evidentes de la manifestación: una de vieja data: la reticencia o rebeldía de la Administración frente a las decisiones de justicia contrarias a sus intereses, o más bien, a los de sus agentes (1); y la otra, mucho más reciente: la sustitución de la Administración por los mandamientos de amparo constitucional (2).

1. *La Administración reticente causa de la sustitución progresiva del juez en la Administración*

¿Qué puede favorecer más el desarrollo del fenómeno del Juez-Ministro que la indignación del Poder Judicial frente a la rebeldía administrativa en la ejecución de las decisiones de justicia?

Dicha actitud se manifiesta principalmente en tres formas: la Administración, al ver anulada su decisión, toma otra de idéntica naturaleza o revoca la otorgada al poco tiempo; la inercia de la Administración en el cumplimiento de lo decidido, no tomando las medidas pertinentes (materiales o jurídicas); y la ejecución groseramente tardía. Cada una de estas formas con sus respectivas variantes y derivaciones.

Para corregir estas aberraciones, los diferentes sistemas, de nuevo según su particular interpretación del principio de separación de poderes, han adoptado distintos remedios.

Paradójicamente, en Francia, donde la Administración se controla a sí misma, el juez administrativo se guarda muy bien de sustituirse y mandar órdenes a la administración activa, siendo la ejecución de sus decisiones esencialmente voluntaria por parte de esta última. Bajo tales circunstancias, es claro que la eficacia del sistema contencioso-administrativo francés depende del grado de conciencia de la Administración sobre el contenido y límite de sus funciones y de sus buenas relaciones con la jurisdicción administrativa. Sin embargo, en previsión de eventuales situaciones de rebeldía, la legislación prevé procedimientos disuasivos de multas y sanciones, y hasta la sustitución de ejecución de la anulación en una condena por equivalente, pero sin llegar jamás a la posibilidad de ejecución forzosa, y mucho menos a la sustitución del juez en la Administración, sacrificándose en los casos de inejecución (que son poco frecuentes) la eficacia de la justicia administrativa a la necesaria autonomía de la acción de la Administración.

Diametralmente opuesta es la situación en Venezuela, donde ejerciéndose el control de la Administración por un poder distinto al del Ejecutivo, limitaciones al alcance del mismo podrían ser deducidas en vista de la autonomía y de la relativa especialidad de las funciones de cada rama del Poder Público. Aun así, y la paradoja se extiende, el juez contencioso administrativo goza de extensos poderes ejecutorios en su actividad de control de la legalidad de la Administración Pública.

De otra parte, pedirle al juez contencioso administrativo dirigir órdenes a la Administración concernientes a la ejecución de sus decisiones significaría, en muchos casos, la posibilidad de ejecución de las mismas, en perjuicio de los derechos y garantías de los particulares; negando así todo valor práctico al sistema. Contrariamente, la atribución de indiscriminados poderes de sustitución en manos del juez arriesgarían dicho valor práctico por el extremo opuesto, ya que coartaría la necesaria autonomía de la Administración. Es por ello que los poderes ejecutorios del juez contencioso-administrativo deben limitarse al aseguramiento práctico de las condiciones de equilibrio del ejercicio por parte de la Administración de los poderes necesarios al cumplimiento de sus funciones y la protección de sus administrados contra esos mismos poderes.

El problema de la necesaria coherencia de la Administración y el Poder Judicial, especialmente en lo relativo al alcance de la función de control de

este último sobre aquélla, no ha sido indiferente ni al constituyente ni al legislador venezolano, quienes para tratar de resolverlo han optado por la vía de control extenso, es decir, la contribución de amplias atribuciones en cabeza de los jueces; y no podía ser de otra forma, dada la ya casi folclórica actitud reticente y rebelde de la Administración, arbitraria en actuación y reacia a toda forma de control.

En primer lugar, la base constitucional de esta orientación normativa se encuentra en el artículo 206 de la Carta Fundamental, el cual, además de declarar las atribuciones tradicionales de la jurisdicción contencioso administrativa, como son la anulación de los actos de contrarios a derecho y a la condena a la Administración a pagar sumas de dinero, establece la competencia judicial para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas relacionadas con la actividad administrativa. Sin duda, la fórmula constitucional es suficientemente amplia, no sólo para permitir casi cualquiera forma de decisión judicial, así como de ejecución de las mismas (salvo disposición expresa de la ley) sino también para el ejercicio de un control amplísimo de la actividad administrativa. No dudamos de la sensatez de la extensión del principio constitucional, pero vemos con preocupación que la actitud judicial en la interpretación y aplicación de tal principio hacen parecer la terminología «control», si no desbordada, llevada hasta peligrosos límites.

A nivel legal y de manera genérica, el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia repite la fórmula constitucional citada y agrega la posibilidad de que el juez determine los efectos de sus decisiones en el tiempo.

Circunscrito a supuestos mucho más limitados, el llamado recurso por abstención o negativa contempla expresamente la posibilidad de sustitución del juez en la Administración, y así ha sido aplicado constantemente por la jurisprudencia. Como fundamento de existencia de este tipo de recurso, cabe la pregunta: ¿Qué gana el particular con una decisión judicial que declare la nulidad de un acto denegatorio tácito? Pues bien, en un sistema ideal, donde las actividades administrativas y jurisdiccional conviven coherentemente, una decisión de tal naturaleza obligaría a la Administración a proveer de manera automática sobre lo decidido. De nuevo es la actitud rebelde y arbitraria de la Administración el origen del problema. Si en principio la misma se rehúsa cumplir su obligación legal de decidir o cumplir un acto determinado, la decisión judicial condenando su negativa tácita no pareciera un medio efectivo para vencer tal reticencia.

Por último, si bien el recurso por abstención o negativa no procede sino en los casos en que la Administración está legalmente obligada a una actitud en particular, por lo cual no se verifica la invasión de competencias tratada más arriba (2), las atribuciones ejecutorias del juez, que como ya vimos son bien extensas, anuncian una evolución legislativa favorable al fenómeno del Juez-Ministro; en tal sentido, la manifestación más reciente y a la vez la más marcada de dicha inclinación legislativa ha sido la sanción de la Ley Orgánica de Amparo sobre Garantías y Derechos Constitucionales.

2. El amparo judicial: causa de sustitución automática del juez a la Administración

De igual forma que el artículo 26 citado de la Constitución Nacional (1999), al establecer el derecho de amparo y enumerar los principios fundamentales para su ejercicio, declara expresamente la potestad confiada en los jueces de amparo para «restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida». En tal sentido caben aquí las reflexiones hechas en el punto anterior sobre extensión de las potestades judiciales, sólo que amplificadas enormemente en lo que concierne a los tribunales competentes y a los supuestos de procedencia de las acciones que, a través del ejercicio de derecho de amparo, desencadenan la práctica del Juez-Ministro.

En lo que respecta a los tribunales susceptibles de verse atribuidas las competencias del llamado Juez-Ministro, su número aumenta considerablemente. Ya no son sólo los tribunales contenciosos administrativos los que pueden dirigir órdenes y sustituirse en la Administración, sino todos los tribunales de amparo, que según lo dispuesto en los artículos 7, 8, y sobre todo en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pueden ser casi todos los tribunales de la República.

Si a esta magnificación cuantitativa de competencias agregamos que el sistema de jerarquía judicial establecido en la citada ley sirve actualmente para garantizar una jurisprudencia uniforme y estable, ya que prevé una instancia superior que la asegure, obtenemos que no existe la posibilidad de inmiscuciones diversas de la justicia en la actividad administrativa, sino que los mismos (mandamientos, órdenes y sustituciones) podrán llegar a ser jurisprudencias vinculantes, de conformidad con lo establecido en el artículo 257 de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999), lo cual agregaría un toque menos de anarquía e incoherencia en la actividad de los órganos que ejercen el Poder Público.

De otra parte, los supuestos de hecho con los cuales los jueces de amparo pueden hacer uso de sus extensos poderes se multiplican extraordinariamente, sobrepasando largamente los casos de competencia reglada a los que se circunscribe la acción por abstención o negativa.

En efecto, *«la acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión proveniente de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal [...] ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley»*. Dicha declaración da una buena idea de lo amplio del espectro de supuestos de actuación del juez de amparo. Si a ello agregamos la extensa interpretación que puede ser hecha sobre el contenido y alcance de cada derecho o garantía constitucional, operación dejada al juez, obtenemos una especie de sistema de luz verde otorgada al Poder Judicial para ejercer su control en casi todos los supuestos imaginables.

De otra parte, además de los amplios poderes de interpretación, tanto de los hechos como de las normas, el juez de amparo se ve investido de potentes instrumentos en la ejecución de sus decisiones (artículos 28 a 33, LOA), que van desde mandamientos de toda índole (dar, hacer, no hacer) hasta la sustitución de la Administración.

La práctica ha demostrado que la acción autónoma de amparo, dado su carácter «breve y sumario», ha sido utilizada indiscriminadamente por los particulares, quienes, fundamentándose en la violación de un derecho o garantía constitucional, deducen este tipo de pretensiones contra la Administración. Esta actitud, unida a los prejuicios judiciales y a la arbitrariedad administrativa, conducen a la práctica irrestricta del fenómeno del Juez-Ministro por parte de los jueces, quienes no encuentran limitación legal alguna –todo lo contrario– que no puedan sustituir en la Administración en el ejercicio de sus poderes de control.

Por último, es importante precisar que la posibilidad del ejercicio el derecho de amparo judicial es deseable en cualquier sistema, pues constituye una vía sencilla para obtener el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero, como hemos precisado, la institución escapa a su finalidad cuando no es correctamente aplicada, situación ésta que no puede ser corregida por ley alguna, sino que depende de la racionalidad y sensatez, tanto del ciudadano como de los órganos del Estado. El uso abusivo que pretenden darles los particulares al derecho de amparo, unido a la poca medida de los jueces, todo ello debido, una vez más, no lo dudamos, a la arbitrariedad y rebeldía de nuestra Administración Pública,

son factores importantes en la aparición y evolución de fenómenos como el Juez-Ministro, que, como ya lo apuntamos, son síntomas inequívocos de la disociación de las funciones del Estado.