



**Universidad Monteávila**

**IX CONGRESO INTERNACIONAL  
DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**IMPACTO DEL DERECHO PROCESAL  
CONSTITUCIONAL  
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

**HOMENAJE A  
RAFAEL BADELL MADRID**

**GONZÁLO PÉREZ SALAZAR  
COMPILADOR**

Caracas, Venezuela  
2025



IX CONGRESO INTERNACIONAL  
DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL  
IMPACTO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL  
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
HOMENAJE A RAFAEL BADELL MADRID





Universidad  
Monteávila

# **IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**IMPACTO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL  
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

## **HOMENAJE A RAFAEL BADELL MADRID**

**COMPILADOR  
GONZALO FEDERICO PÉREZ SALAZAR**

**CARACAS, VENEZUELA  
2025**

© IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL  
IMPACTO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL  
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
HOMENAJE A RAFAEL BADELL MADRID

© 1ª Edición, Copyright, 2025

© Universidad Monteávila

Queda hecho el depósito de ley  
Depósito legal: DC2025000015

ISBN: 978-980-6769-49-6

Portada: Evelyn Barboza Vázquez

Diagramación: Oralia Hernández

Impreso en Venezuela



**RAFAEL BADELL MADRID**



# **CONTENIDO**

## **PRÓLOGO**

*Gonzalo Federico Pérez Salazar*

## **LOS DEBERES PROCESALES DE UN ESTADO DE DERECHO**

*Cecilia Sosa Gómez*

## **MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

*Gonzalo Pérez Salazar*

## **LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL FEDERALISMO EN MÉXICO**

*Armando Enrique Cruz Covarrubias*

## **CONSTITUCIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES**

*César Augusto Carballo Mena*

## **THE CONSTITUTIONAL JUDGE VERSUS CIVIL SOCIETY: THE CASE OF THE ILLEGITIMATE JUDICIAL INTERVENTION OF THE VENEZUELAN RED CROSS SOCIETY BY THE CONSTITUTIONAL CHAMBER OF THE SUPREME TRIBUNAL OF JUSTICE**

*Allan R. Brewer-Carías*

## **LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL MÉTODO CONFLICTUAL**

*Eugenio Hernández-Bretón*

## **LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES EN EL CONTENCIOSO TRIBUTARIO VENEZOLANO**

*Humberto Romero-Muci*

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE  
LA INDEPENDENCIA DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO  
PÚBLICO Y SU LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

*Carlos Ayala Corao*

**IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL  
CONSTITUCIONAL**

*Rafael Badell Madrid*

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (DEL PROCESO)  
Y DEFENSA DE LOS OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES  
(A TRAVÉS DEL PROCESO).**

**APORTES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

*Luis Alberto Petit Guerra*

**JUSTICIA TELEMÁTICA Y DEBIDO PROCESO**

*Álvaro Badell Madrid*

**INFLUENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL  
EN EL ARBITRAJE EN VENEZUELA**

*Nicolas Badell Benítez*

**ADECUACIÓN CONVENCIONAL Y REFORMA  
CONSTITUCIONAL: LAS RATIFICACIONES JUDICIALES  
EN PERÚ A PATIR DEL CASO CUYA LAVY**

*Pedro P. Grández Castro*

**EL PLAZO RAZONABLE COMO GARANTÍA  
(DELETÉREA EXPERIENCIA PROCESAL EN BOLIVIA)**

*Marco Antonio Baldivieso Jinés*

**UNA TEORÍA CONTRAMAYORITARIA  
PARA PROCESAR LAS TENSIONES  
ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA**

*Alejandro González Valenzuela*

**BUENAS Y MALAS NOTICIAS Y MUCHO AÚN  
POR HACER: INFLUENCIAS DEL CONTENCIOSO  
CONSTITUCIONAL (Y DEL DERECHO  
PROCESAL CONSTITUCIONAL) SOBRE  
EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

*Jorge Kiriakidis*

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN  
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

*Armando Luis Blanco Guzmán*

**PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN**

*Magaly Vásquez González*

**INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO PROCESAL  
CONSTITUCIONAL Y EL ADMINISTRATIVO:  
EL AMPARO CONSTITUCIONAL CONTRA  
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONTRA  
SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS**

*María Amparo Grau*

**DERECHO CONSTITUCIONAL CIVIL  
O DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL**

*Román J. Duque Corredor*



# PRÓLOGO

POR GONZALO FEDERICO PÉREZ SALAZAR

*“El único camino hacia la libertad  
es a través del conocimiento.”*

ISAIAH BERLIN

Nos ha correspondido el honor y el compromiso de prologar la obra colectiva *“El impacto del Derecho Procesal Constitucional en el ordenamiento jurídico venezolano”*, que recoge las ponencias de 20 profesores y académicos de Bolivia, Estados Unidos, México, Perú y Venezuela, en el marco del IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional celebrado en Caracas, los días 2 y 3 de noviembre de 2023, como un merecido reconocimiento a la dilatada trayectoria del distinguido jurista Rafael Badell Madrid. Aceptamos menuda responsabilidad de presentar y opinar sobre un tema contemporáneo, con una notable expansión y generadora de apasionantes debates.

El libro sistematiza varios problemas y planteamientos generados por el impacto del Derecho Procesal Constitucional, que son abordados desde una óptica multidisciplinaria, que atienden el aspecto sustantivo, vinculado a su origen, definición, marco regulatorio, contenido y su influencia en el Estado Constitucional, así como su aspecto adjetivo, descrito en trabajos que abordan su aspecto procedimental desde la óptica de su acogida en el derecho penal, derecho tributario, derecho civil, derecho internacional privado, del arbitraje, derecho administrativo, derecho del trabajo, derecho constitucional y derechos humanos.

La profesora Cecilia Sosa Gómez, en su trabajo *“Los deberes procesales de un Estado de Derecho”*, nos revela el tratamiento que le da la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al proceso, comenzando por señalar que expresamente se refiere al proceso 10 veces y al procedimiento 20 veces. Nos informa que el estudio del proceso debe efectuarse a la luz de los derechos humanos y las garantías

reconocida en la propia Carta Magna. Concluye la autora con verdadera agudeza que *“el derecho procesal obligatoriamente busca el tiempo del derecho el cual lo dirige hacia la norma constitucional que rige para todo juez o funcionario público encargado de la garantía de los derechos constitucionales”*.

En una segunda colaboración, el profesor Eugenio Hernández-Breton, presenta su trabajo titulado *“La función de la Constitución y el método conflictual”*, cuyo objeto *“es el de determinar qué papel desempeña la Constitución en la aplicación del llamado método conflictual o indirecto, indicador o formal para la solución de los casos de Derecho Internacional Privado en sentido estricto”*. Concluye el autor, con la agudeza propia de un maestro en su área de experticia, que *“si con ocasión de la aplicación del derecho competente, nacional o extranjero, surgieren dudas en cuanto a la justicia del resultado material del caso concreto, la discusión de cualquier problema a la luz de los mandatos de la Constitución debe posponerse o postergarse hasta tanto no se haya verificado la corrección del eventual resultado material a través de la intervención de las varias instituciones de la Teoría General del Derecho Internacional Privado”*.

Seguidamente el profesor Armando Enrique Cruz Covarrubias, nos presenta un tema trascendental titulado *“La constitucionalización del ordenamiento jurídico y el federalismo en México”*, siendo *“la idea central de la presente investigación será analizar y estudiar el tema del Pacto Federal que implanta el federalismo y la potestad soberana que tienen las entidades federativas en el llamado federalismo judicial”*. Destaca el autor la necesidad de búsqueda de un equilibrio entre la soberanía de los estados y la necesidad de una justicia pronta y expedita.

De manera muy didáctica el profesor César Carballo Mena, nos presenta su trabajo titulado *“Constitución y tutela de los derechos laborales”*, en la que luego de analizar desde una óptica contemporánea el tratamiento de los derechos laborales en la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, de otras constituciones de la región y de los tratados u organizaciones internacionales, afirma que el *“bloque de constitucionalidad, como fuente de derechos laborales, despliega un modelo reforzado de tutela que imbrica, como fue comentado en la sección precedente, institutos y mecanismos propios del Derecho del*

*Trabajo, del Derecho Procesal Constitucional, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.*

El profesor Allan Brewer Carías, nos presenta el trabajo “*The Constitutional Judge versus civil society: the case of illegitimate judicial intervention of the Venezuelan Red Cross Society by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice*”, en el que critica la decisión de la Sala Constitucional del tribunal supremo de Justicia N° 1052 del 4 de agosto de 2023, mediante la cual, conociendo de una acción propuesta por el Procurador General de la República decretó como medida cautelar la inmediata separación del cargo del Presidente y demás directivos de la Cruz Roja Venezolana, nombrando seguidamente una junta ad-hoc con las mismas facultades de la removida, calificando esa decisión como violatoria de la libertad de asociación consagrada en el artículo 52 constitucional y la desnaturalización de las demandas por intereses difusos y colectivos.

En el trabajo que me correspondió presentar como coordinador académico del Congreso y de la obra que hoy me enorgullece prologar, desarrollo el tema del “Marco conceptual del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela”, enfocándola en dos grandes capítulos, la primera “*la noción del Derecho Procesal Constitucional; para luego descifrar su ubicación como disciplina autónoma, como subespecie del derecho procesal o del derecho constitucional*”, y el segundo, desde la perspectiva práctica al analizar su impacto en el ordenamiento jurídico venezolano, destacando los más de 15 años de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional, los 9 Congresos Internacionales y los 7 libros que recogen sus memorias, así como las más de 100 tesis de especialistas que están a disposición de aquellos interesados en ampliar sus conocimientos en esta apasionante disciplina.

El profesor Humberto Romero-Muci nos presenta su trabajo “*La desjudicialización de la ejecución de las sentencias firmes en el contencioso tributario venezolano*”, en el que afirma que la “*inconstitucionalidad e inconvencionalidad del privilegio exorbitante del cobro ejecutivo administrativo del crédito tributario mediante decisión judicial ejecutoriada. Este exceso de facultades de autoejecución usurpa la función judicial, vulnera flagrantemente los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y al derecho de defensa y al control*

*externo de los actos de la administración pública, es regresivo, discriminatorio, desproporcionado e ineficiente*". Frente a la denunciada inconstitucionalidad e inconventionalidad delatada propone que sea el Juez Tributario el llamado a corregir esas desviaciones generadas por la firmeza de actas que pretenden escapar del control judicial.

De forma magistral el profesor Carlos Ayala Corao desarrolla un tema crucial para la protección de los derechos humanos, titulado "*Estándares internacionales sobre la independencia de los Fiscales del Ministerio Público y su libertad de expresión*", el cual tuvo su origen en un peritaje solicitado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento de la resolución adoptada por dicha Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*: Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*. Convocatoria a audiencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de marzo de 2022, punto resolutivo 2.B. y *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2022, partiendo de la premisa de que "*los Estados deben garantizar que las investigaciones penales sean independientes y objetivas, lo cual requiere que dicha fase goce de independencia de jure y de facto, por lo que las exigencias del debido proceso*", desarrollado a partir de los estándares internacionales, para luego a analizar los límites de la libertad de expresión de los Fiscales en el curso de una investigación penal.

El profesor Rafael Badell Madrid, predica con el ejemplo al presentarnos su trabajo titulado, "*Importancia del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela*", en el de forma magistral comienza por definirlo como "*una rama autónoma del derecho que comprende el estudio sistemático de las instituciones, los procesos y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales de la Constitución y que tiene por objeto reparar esas violaciones constitucionales y preservar la supremacía de la Constitución*". Seguidamente describe cada uno de los medios de impugnación que prevé el ordenamiento jurídico venezolano, vinculando ese aspecto adjetivo con lo sustantivo, esto es, con la efectiva protección de los derechos humanos, la democracia y su interacción con el control de convencionalidad.

Luis Petit Guerra presenta su trabajo titulado “*Los derechos fundamentales (del proceso) y defensa de otros derechos fundamentales (a través del proceso). Aportes del derecho procesal constitucional*” en el que propone abordar el tema desde la perspectiva de “*las implicaciones y propuestas que desde el derecho procesal constitucional sirven para mejorar la efectividad y estándares en los procesos judiciales y administrativos en general de cualquier índole o materia (civil, mercantil, laboral, tributario, penal, arbitraje, etc.); para justificar la importancia de reconocer la existencia de una serie de derechos procesales (más allá de la ley); que tienen un rango superior dentro del catálogo de derechos fundamentales (procesales)*”.

Desde una perspectiva novedosa, el profesor Álvaro Badell Madrid presenta el trabajo “*Justicia telemática y debido proceso*”, donde destaca la relevancia de implementar la justicia telemática en Venezuela, no solamente dirigida al área del derecho procesal civil, sino expandirla incluso al arbitraje.

El profesor Nicolas Badell Benítez, nos presenta el trabajo titulado “*Influencia de la Sala Constitucional en el arbitraje en Venezuela*”, mediante el cual analiza descriptivamente la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia frente a la institución del arbitraje, a partir de su expresa consagración en el texto fundamental, lo que no duda en calificar de “*influencia significativa*”, sobre todo por el: i) Reconocimiento constitucional del arbitraje como parte del sistema de justicia, ii) Reconocimiento del arbitraje como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia; iii) Incorporación del Tribunal arbitral a la Justicia constitucional. Control difuso. Seguidamente aborda los principios del arbitraje, a la luz de casos resueltos por la Sala Constitucional, lo que constituye un enfoque de gran practicidad para aquellos que se incursionan en el área de la resolución alternativa de conflictos, mediación, conciliación y arbitraje.

El profesor Pedro Grández Castro nos presenta su trabajo titulado “*Adecuación convencional y reforma constitucional: Las ratificaciones judiciales en Perú a partir del caso Cuya Lavy*”, en el que inicia su análisis desde “*el planteamiento que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Cuya Lavy y otros vs. Perú sobre las obligaciones estatales vinculadas a la garantía de la*

*independencia judicial en el marco de los procesos de ratificación*". Continúa afirmando la importancia de la independencia judicial como un elemento de garantía de la democracia, para finalmente, cuestionar las deficiencias argumentativas del fallo citado.

Marco Antonio Valdivieso Jinés nos propone una visión particular en su trabajo *"El plazo razonable como garantía. Deletérea experiencia procesal en Bolivia"*, en el contexto de una reforma de la Ley Penal adjetiva que corrió en 1999, en la que *"el resultado no fue el esperado –el remedio fue peor que el padecimiento–; la garantía procesal del Plazo Razonable de duración del proceso se trastocó en un instrumento nocivo que promovía la impunidad lesionando el supremo valor de la Justicia. El extendido abuso de esta garantía procesal usada para extinguir procesos penales, terminó beneficiando a parricidas, violadores, narcotraficantes, corruptos y otros delincuentes"*.

En su obra el profesor Alejandro González Valenzuela, titulada *"Una teoría contramayoritaria para procesar las tensiones entre constitucionalismo y democracia"*, aborda un tema medular para entender los pesos, contrapesos y tensiones necesarias dentro del sistema democrático, advirtiendo que *"procesar estas tensiones por el cauce institucional, hacerles contención, y evitar que deriven en una disolución de la democracia, es la función esencial de los mecanismos y la institucionalidad contramayoritarios, en tanto reglas de poder para contener los impulsos hegemónicos de mayorías circunstanciales, que buscan imponer sus hegemonías"*.

El profesor Jorge Kiriakidis escogió el tema de la *"Influencia de la justicia constitucional en el contencioso administrativo venezolano: buenas y malas noticias y aún mucho que hacer"*, que revela su amplia experiencia en el Derecho Administrativo y el Procesal Constitucional, concluyendo en que esa *"relación estrecha, ha servido, afortunadamente, y en balance, a los particulares y sus derechos. Y si bien hay, como en todo el quehacer humano, algunos productos que lucen desacertados, lo cierto es que estamos ante un proceso, el de constitucionalización del ordenamiento, que sigue su curso, y los desaciertos son solo tareas pendientes para el porvenir"*.

Desde una particular óptica, el profesor Armando Blanco aborda el fenómeno de *"La constitucionalización del ordenamiento jurídico"*,

destacando que “*el principio de juridicidad evolucionó desde la fase eminentemente positivista del imperio de la ley, a una segunda etapa en la que la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la cual, crea y organiza al Estado conforme a los principios que integran su parte dogmática y determina que el funcionamiento del Poder Público esté orientado hacia el respeto y garantía de los derechos humanos*”.

La profesora Magaly Vásquez González desarrolla un tópico fundamental como es el de “*Proceso penal y Constitución*”, en el que luego de contrastar la doctrina más relevante en la materia con la práctica en los proceso penales, concluye que “*el proceso penal, lejos de ser, como corresponde, un instrumento para hacer efectivas las garantías propias del debido proceso, se ha convertido en un mecanismo de persecución y mantenimiento de una autoridad mal concebida, generándose un divorcio entre la ideología constitucional y la ideología procesa*”.

Finalmente, la profesora María Amparo Grau, nos invita a la reflexión con su trabajo “*Interacción entre el Derecho Procesal Constitucional y el Administrativo: El amparo constitucional contra la Administración Pública y contra las sentencias contencioso—administrativas*”, critica la negligencia del legislador al dejar a un lado una institución que en su momento fue novedosa y relevante, concluyendo en que “*en más de 30 años de vigencia de la Ley de Amparo, con vista a todos los criterios jurisprudenciales en materia de competencia, objeto y efectos del amparo autónomo y cautelar y el amparo contra sentencia, que se han expuesto desde la perspectiva del contencioso administrativo en este trabajo, se exige sin duda, una reforma para una regulación legal coherente, coherencia que no se garantiza en modo alguno dejando a la jurisprudencia la inconstitucional legislación de estos temas*”.

Como advertimos, el libro es una compilación de trabajos que abordan al Derecho Procesal Constitucional de lo general a lo particular, desde una perspectiva interdisciplinaria y comparativa, que permite contrastar visiones tan disimiles como son las áreas de práctica del derecho privado, mercantil, tributario, penal, laboral y administrativo, por lo que no dudados en que la obra sea de obligatoria consulta, por cuanto el Derecho Procesal Constitucional ha irrumpido como una disciplina

transversal a todas las anteriores, facilitando la solución de casos complejos desde la óptica adjetiva y la sustantiva.

Nuestra meta esencial con este libro de Derecho Procesal Constitucional es concebir, como evoca Zagrebelsky, un gran “partido de la Constitución”, entender que debe juzgarse en la Constitución y no sobre la Constitución; que el juez constitucional -tanto de las altas cortes como los demás jueces especializados- puede hacer política en su labor de máximo y último intérprete de la Constitución, pero la política no puede estar en él, ni impregnar esa loable y necesaria labor; que el rol del juez es garantizar el cumplimiento efectivo de la Constitución, pero ello no quiere decir que en esa labor esté sólo, sino que cuenta con un grupo cada vez más numeroso y comprometido en esos objetivos comunes y necesarios para la construcción de una sociedad justa y equitativa.

Este libro es un testimonio de perseverancia y de civilidad, ya que reúne trabajos de profesores que han estado ligados por décadas a la lucha de las garantías constitucionales y protección de los derechos humanos, pero además, fue presentado en horas oscuras para las democracias en las que se trata de imponer modelos de constitucionalismo autoritario, olvidando que el fin primordial es tener a la persona, su dignidad y libertad como centro de la discusión y no al poder político que de forma coyuntural lo ejerce con fines propios o ideológicos.

Finalmente, esperamos que esta obra colectiva sea bien recibido por la comunidad jurídica global y sirva de génesis para futuros debates sobre tan apasionante tema

Caracas, 31 de octubre de 2024.

Gonzalo Federico Pérez Salazar

# LOS DEBERES PROCESALES DE UN ESTADO DE DERECHO

CECILIA SOSA GÓMEZ\*

## SUMARIO

- Nota previa. I. Un hito constitucional. II. El proceso en la Constitución. III. El procedimiento en la Constitución. IV. El tiempo en el Derecho Constitucional. V. Dos sentencias interpretativas que desatienden el proceso y el procedimiento constitucional. VI. Consideraciones finales.

## NOTA PREVIA

Comprender el artículo 253 de la Constitución de la República de Venezuela, en el que se enumeran los órganos del Sistema de Justicia, obliga a entender que el proceso jurisdiccional desde el Estado Social de Derecho debe orientarse hacia la consecución de los fines que traza la Constitución, de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Ello sólo puede lograrse si los operadores de justicia, como el juez, las partes y sus apoderados logran cumplir cada uno con sus deberes y obligaciones.

Del Juez se espera una decisión que permee el tejido social al exigírsele autonomía e independencia (ética) y no sólo solucionar los conflictos jurídicos, sino vigilar el respeto de los derechos humanos, en un mismo sistema de procesamiento.

---

\* Abogado, graduada en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Juez de la República desde 1985 hasta 1999 Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Director Académico de la organización Bloque Constitucional de Venezuela. Desde 2015 Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Coordinadora de la Especialización en Derecho Constitucional UCV.

A las partes y apoderados les corresponde el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, entre ellos colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, cumpliendo una conducta ética que responda a los principios de buena fe y lealtad procesal.

## I. UN HITO CONSTITUCIONAL

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999 establece a lo largo de todo su texto innumerables menciones tanto al proceso como al procedimiento; para ser exactos 13 veces la palabra proceso referido a lo judicial y en 20 oportunidades en la que utiliza la palabra procedimiento.

La primera justificación de tales referencias la ubicamos en el *espíritu garantista* propio de esta Constitución, en el sentido que el reconocimiento de los derechos a toda persona, sea de la naturaleza que sea, siempre están acompañados de las garantías que los protegen.

En segundo lugar, en ocasiones esa garantía se expresa en el proceso y en el cumplimiento de un procedimiento, ambos inclusive reconocidos al mismo tiempo como derechos, lo que agrega un tratamiento diferenciado cuando se trata de uno u otro.

En tercer lugar, la Constitución unificó el derecho, y ordenó que ella era la fuente de las múltiples ramas que lo contienen; de allí que el derecho procesal queda sometido a la fuente primaria del derecho constitucional, del cuerpo normativo supremo y fundamento del ordenamiento jurídico. (artículo 7 C RBV).

## II. EL PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN

El concepto de proceso (*de procedere*) es avanzar, seguir caminando, por eso se identifica con el procedimiento ante órgano administrativo o de justicia que en su actuación comprende el ejercicio y ejecución del derecho. Así, el proceso es consecuencia de la suma de todas las normas escritas o no escritas, que regulan el procedimiento.

Por tanto, el proceso tiene en lo esencial dos misiones: comprobación y ejecución de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico a los particulares, ante las obligaciones del o con el Estado

o los particulares (personas naturales o jurídicas). Mientras el proceso posibilita a las partes la ejecución de sus derechos, al mismo tiempo que permite la realización de la justicia material.

Los derechos existen, desde que se consagran y reconocen en la Constitución y en las Convenciones de Derechos Humanos suscritas y ratificadas por Venezuela, también en la ley que los garantiza, dado que deben ser derechos ejecutables para que se realice la justicia.

De manera que no existe garantía de justicia si las regulaciones que se dicten dejan de colocar en ellas el instrumental adecuado para su ejecución cuya esencia son los valores exigidos en la Constitución. Si se abandona la aplicación de tales normas siempre triunfaría el poder del más fuerte y se pierde la esencia de la democracia.

Como la autotutela de los derechos es un monopolio Estatal, la protección jurídica o de jurisdicción de los órganos del poder judicial, encuentran su identificación en el derecho a la jurisdicción.

La Constitución de la República de Venezuela establece la finalidad del proceso; lo define y caracteriza al establecer la finalidad o razón por la que se instaure:

“Artículo 257.- El *proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia*. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un *procedimiento* breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.”

Esta norma suprema del ordenamiento procesal muestra que ya no puede afirmarse que el derecho constitucional tiene una enorme influencia en el derecho procesal. La esencia de la organización judicial y del procedimiento judicial está determinada por los presupuestos constitucionales. Además, esta norma constitucional reafirma que el derecho procesal es derecho público, aun cuando la distancia entre lo público y lo privado, sus diferencias, las borran las instituciones constitucionales.

El contenido de lo que es el proceso, instrumento fundamental para el logro de la justicia, las obligaciones constitucionales y las pautas de lo que no se puede prescindir es una carga constitucional localizado en las Disposiciones generales del Capítulo III Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia de la Constitución, pues el constituyente consideró al proceso como materialización del ejercicio de tal derecho, de allí que

exija que ese proceso que se desarrolle en las actuaciones judiciales y administrativas sea *el proceso debido* y a tales fines coloque las exigencias fundamentales para asegurar que así sea. Los términos del *derecho al debido proceso* se fijan así:

*“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:*

*1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.*

*2....*

*3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*

*4. ...”*

La relevancia dada a los ordinales 1 y 3 del artículo 49 constitucional se debe a su referencia expresa de la palabra proceso, en los que se garantiza como derecho inviolable, la defensa y la asistencia jurídica en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Igualmente el derecho de la persona a ser oído en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad, a un intérprete si no habla castellano, a ser juzgado por sus jueces naturales con todas las garantías, a conocer la identidad de quien lo juzga, a solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica por error judicial, retardo u omisión injustificado.

Igualmente, las exigencias constitucionales del debido proceso como son: ser notificado de los cargos, acceder a las pruebas, disponer del tiempo y medio adecuados para la defensa, la nulidad de las pruebas obtenidas mediante violación al debido proceso, prohibición de efectos

retroactivos, *recurribilidad* del fallo, y presumir inocente a la persona mientras no se pruebe lo contrario.

Las garantías negativas a los derechos constitucionales son las siguientes: no puede una persona ser juzgada por tribunales de excepción o comisiones creadas al efecto, a obligarla a declararse culpable, ni contra sí ni contra su familia o parientes, a ser sancionada por actos u omisiones no previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

Se constata entonces, cómo todas las obligaciones que garantizan el derecho al debido proceso son de aplicación directa de la Constitución para todo operador de justicia, y de allí que la norma ratifica que el derecho al debido proceso, significa obligaciones constitucionales para todo aquél que tenga en sus manos impartir justicia, sea administrativa o judicial.

La noción de proceso, establece las obligaciones de los jueces (autoridad judicial) contenidas en los artículos 285 y 271 constitucionales, en los que ordena a los jueces penales, que en los procedimientos referentes a los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos, se les respete a las personas procesadas *el debido proceso*, y ordenando que tales *procedimientos sean públicos, orales y breves*. Más aún, la Constitución habilita a los jueces a confiscar los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes; así como, dictar medidas cautelares preventivas contra los bienes propiedad del imputado o de interpósitas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil.

La Constitución establece obligaciones de los jueces, las cuales se construyen a partir de las garantías de las leyes de procedimiento, así el artículo 24 consagra:

*“Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o a la*

*rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo...”*

Igualmente, la Constitución establece (artículo 267) el régimen disciplinario de los Magistrados y jueces, en tanto autoridades judiciales, establece una jurisdicción independiente especial sólo para conocer de sus faltas y sanciones, se trata de los tribunales disciplinarios, creados para aplicar el Código de Ética del Juez.

Estos jueces especializados son los que juzgarán a otros jueces, obligados a respetar el derecho al debido proceso de todo juez sometido a su jurisdicción en la aplicación del *procedimiento* disciplinario y a su vez la obligación de decidir sometiendo su conducta al proceso debido. Nuevamente la Constitución insiste en que el procedimiento será público, oral y breve y “...conforme al debido proceso...”<sup>1</sup>.

El único caso excepcional que expresamente queda fuera de la aplicación del *debido proceso* y de indemnización, está previsto en el artículo 324 constitucional. Cualquiera persona, natural o jurídica, que detente, fabrique o introduzca armas de guerra, “*no tendrá derecho a proceso*” y por tanto menos a procedimiento; la razón es que sólo el Estado puede poseerlas y usarlas (armas de guerra), y será la Fuerza Armada Nacional que podrá reglamentar, de acuerdo a la ley respectiva, “... para “...controlar la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas, municiones y explosivos.”

Por su parte el artículo 337 consagra los supuestos de los Estados de Excepción con las limitaciones siguientes:

*“El Presidente ... de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo*

<sup>1</sup> Artículo 257 CRBV.

*las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.”*

De manera que aún en las peores circunstancias de todo orden, que afecten la seguridad de la Nación, de las instituciones, de los ciudadanos, el derecho al debido proceso y toda persona tiene la garantía del Estado que las obligaciones que le incumben serán ejercitadas, *por tanto, el presidente de la República en Consejo de Ministros tiene prohibido constitucionalmente cualquier tipo de restricción al derecho al debido proceso.*

Así como se establecen obligaciones judiciales, se consagran elementos del proceso que se refieren a actuaciones administrativas.

Son tres normas de la Constitución que lo consagran: 67, 293, 298 y la disposición transitoria 4ª numeral 8º. Los contenidos de las actuaciones administrativas se refieren a “procesos” (artículo 67 donde se establece que los ciudadanos y las asociaciones con fines políticos tienen derecho a *concurrir a los procesos electorales* postulando candidatos) que se inician en el ámbito administrativo.

La incorporación en la Constitución del Poder Electoral para organizar elecciones tiene como finalidad evitar la manipulación por otra rama de Poder Público o los partidos políticos; de allí que el constituyente decidiera someter el acto de votación, como garantía de ese derecho político, y todos los preparativos previos y posteriores, a procedimientos electorales.

Por tanto, entre otras funciones el Poder Electoral:

*“...6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos electorarios.”*

De la misma manera el artículo 293 y 298 establecen contenidos para los procesos electorales, el primero enumera las garantías de tales procesos (igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y

eficiencia) y el segundo artículo consagra la *reserva legal de los procesos electorales*, en particular para imponer como límite a la ley que regule los procesos electorales que éstos “...no podrán modificarse en forma alguna en el lapso comprendido entre el día de la elección y los seis meses inmediatamente anteriores a la misma.”<sup>2</sup>

### III. EL PROCEDIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución establece que todo proceso requiere un procedimiento de justicia a los fines de que cualquier controversia jurídica, administrativa o judicial, aún con consecuencias jurídicas diferentes (como el penal, el civil, familia o el laboral u otro) tenga una base común y única que permita a las partes y al Juez cumplir con el debido proceso.

Así el tribunal jamás puede permanecer en una actitud pasiva frente a la controversia, ni es un tercero neutral, el énfasis está en la adecuada protección jurídica, y el juez es corresponsable para una rápida y justa terminación del proceso.

Por eso la Constitución impulsa la dirección del proceso por el tribunal y concentra el curso del proceso. Es el deber social de las partes lo que lleva a exigir la veracidad y constitucionalmente estas son:

En primer lugar, le impone al procedimiento una aceleración, un abandono al formalismo, y la base de todo procedimiento es la exigencia de oral, público, breve y gratuito, no sujeto a formalidad; en segundo lugar, todo tiempo será hábil y tiene preferencia de trámite frente a cualquier otro asunto. Estas características propias del derecho al amparo en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales marcan el rumbo de todo procedimiento, tal como lo recoge la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> La disposición transitoria octava de la Constitución estableció: “...Mientras no se promulguen las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral.” (cumplida).

<sup>3</sup> Artículo 85 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia “*Los procesos que se preceptúan en la presente ley, constituyen instrumentos fundamentales para la realización de la justicia y se regirán por los principios de gratuidad, simplicidad, economía, uniformidad, inmediación, oralidad y realidad. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales...*”

De manera que el procedimiento marcador en la Constitución y las potestades entregadas tanto al Juez constitucional como a todo Juez de la República, es restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Estos elementos veremos posteriormente cómo se insertan en otros procedimientos, aún aquellos en curso cuando deba resolver una acción de amparo constitucional.

La Constitución protege el goce y ejercicio de los derechos y garantías así:

*“Artículo 27.- Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*

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

En otro orden judicial, el artículo 271 establece igualmente un procedimiento referente a los delitos contra derechos humanos, contra el patrimonio público, o el tráfico de estupefacientes, declarándolos imprescriptibles; y determina que no podrá ser negada la extradición a extranjeros responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. Cuando se trate de los primeros mencionados, la Constitución ordena que *el procedimiento sea público, oral y breve, respetándose el debido proceso* y de una vez autoriza a “...la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil.”

Ahora bien, no siempre que la Constitución habla de procedimiento se refiere al que se cumple en un proceso judicial, también utiliza el término en el sentido amplio de la palabra, como actuaciones por trámites

para ejecutar alguna cosa. Es el caso del procedimiento establecido en la Constitución para discutir y aprobar los proyectos de leyes, en el cual, por cierto, consagra la consulta obligatoria a otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos, es una instrucción que forma parte del procedimiento y que debe cumplirse en ejecución del mandato directo de la Constitución.

La pauta que marca la Constitución en relación con los procedimientos, judiciales y administrativos es consagrarlos como materia de la reserva legal, es decir sólo mediante Ley pueden establecerse procedimientos, y la norma constitucional lo recoge de la siguiente manera:

*“Artículo 156.- Es de la competencia del Poder Público Nacional: ... 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.”...*

Ratifica como materia de la reserva legal los procedimientos judiciales, cuando enumera los órganos a los que corresponde la iniciativa legislativa y le otorga al Tribunal Supremo de Justicia tal facultad cuando se trate de leyes relativas a la organización y *procedimientos judiciales* (artículo 204.4 constitucional) .

Una de estas leyes de procedimiento judicial que tiene rango constitucional es la reserva legal establecida para el régimen disciplinario de los Jueces (incluidos los Magistrados). El Código de Ética del Juez, establece el procedimiento disciplinario judicial ordenado por la Constitución el cual será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley. (artículo 267 CRBV).

El contexto de esta obligación es la independencia y autonomía del Poder Judicial en función de tal principio constitucional, es responsable el Tribunal Supremo de Justicia, de la dirección, el gobierno y administración del Poder Judicial, así como la inspección y vigilancia de los Tribunales de la República y de las Defensorías, de manera que al mismo tiempo que imparte justicia sentenciando, debe asumir que la justicia también es controlar y administrar todo el sistema de tribunales y cumplir las obligaciones que exigen la eficiencia y el cumplimiento de tales gestiones administrativas, para lo cual los procedimientos son indispensables para la seguridad jurídica y la garantía de transparencia, como principio que sustenta la justicia.

Una de las siete jurisdicciones creadas en la Constitución es la Jurisdicción indígena. Por eso el artículo 260 les reconoce a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas, la aplicación en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según *sus propias normas y procedimientos*, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. Deja la Constitución a la voluntad de una ley la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Por su parte el artículo 211 constitucional consagra las obligaciones que tiene la Asamblea Nacional para cumplir el procedimiento de discusión y aprobación de un proyecto de ley, sin embargo, establece en el mismo artículo aquellas exigencias que no puede dejar de cumplir:

*“La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los o las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional.”*

Igualmente, el artículo 341 de la Constitución, establece la forma en que deben tramitarse las enmiendas a la Carta Fundamental cuando la iniciativa de enmienda provenga de la Asamblea Nacional, "...la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, *según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes*.

Vistas las referencias señaladas en cuanto al trato que la Constitución da al procedimiento, como garantía del debido proceso, estableciendo la reserva legal como una de tales garantías; insiste en establecer mandatos específicos para algunos tipos de procedimiento lo que ratifican tal exigencia.

Por ejemplo en el artículo 167.4 cuando enumera los ingresos de los Estados (como entidades político territoriales), enumera los ingresos que provienen directamente de su patrimonio, producto de la administración de sus bienes, provenientes de tasas, o lo recaudado por su propia iniciativa; mientras exige que los recursos que correspondan por concepto de situado constitucional que una *ley establezca* "... *los principios, normas y procedimientos* que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del situado constitucional y de la participación municipal en el mismo".

La razón de la reserva legal del procedimiento y de su uso correcto se fundamenta el espíritu y propósito de tal ley, garantizando que en ningún caso será para restringir el monto del situado, por el contrario, lo que busca es proteger para los estados los ingresos que le correspondan por esta vía, impidiendo así que otro poder que no sea el Poder Legislativo pretenda fijar procedimientos con fines distintos a los consagrados en la norma constitucional.

En el caso de los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre (Artículo 155 CRBV) se establece la inserción de una cláusula por la cual las partes se obliguen a resolver por las vías pacíficas reconocidas por el derecho internacional o previamente convenidas por ellas, las controversias que pudieren suscitarse entre las partes con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere impropcedente y así *lo permita el procedimiento* que deba seguirse para su celebración. Nuevamente se hace referencia a un procedimiento en la fase de formación del tratado, es decir hay un sometimiento al derecho internacional.

Por otra parte, la Constitución utiliza el procedimiento, de naturaleza administrativa, cuando manda que sea una Ley la que establezca el procedimiento para la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y los términos de ese procedimiento los fija así:

*“Artículo 264.- Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva...”*

Comprobamos en esta norma (igual que el artículo 277 constitucional) que el remitir a una ley se busca proteger el derecho a la privacidad de las personas ante la posibilidad de hacer públicos los documentos confidenciales o secretos utilizados en las investigaciones del Consejo Moral Republicano. La protección exige que se siga en esos casos “el procedimiento que establezca la Ley” única manera consagrada legalmente que facultaría al Poder Ciudadano para suministrarlos. (artículo 277 CRBV) bajo el resguardo necesario de hacerlos públicos.<sup>4</sup>

En el caso de la defensa del público consumidor; otra garantía regulada en la Constitución (Título VI Del Sistema Socioeconómico), crear el derecho de toda persona a disponer de bienes y servicios de calidad, con todo lo que ello implica de controles, y la esencia de este derecho es la garantía de la libertad de elección y un trato equitativo y digno para el usuario de tales bienes y servicios. Por ello, corresponde a la ley establecer los mecanismos que garanticen esos derechos, el control de calidad y cantidad de bienes y servicios, así como “*los procedimientos de defensa del público consumidor*”, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos, partiendo del equilibrio con los derechos que corresponden a quienes producen y prestan esos servicios (artículo 117 CRBV).

<sup>4</sup> Artículo 60 constitucional.

También se incorpora otro procedimiento de índole administrativo en la Disposición Transitoria Cuarta, punto 8, donde se enumeran las obligaciones (leyes o reformas) que la Asamblea Nacional debía dictar (dentro del primer año) a partir de su instalación; una de ellas es la Ley del Banco Central de Venezuela exigiendo la Constitución que el "... Presidente y demás integrantes del Directorio del Banco Central de Venezuela *representarán exclusivamente el interés de la Nación*, a cuyo efecto fijará *un procedimiento público* de evaluación de los méritos y credenciales de las personas postuladas a dichos cargos..."

Igualmente, la mención de la palabra procedimiento viene a concluir en el texto constitucional con la instrucción dada en la Disposición Transitoria Quinta, de reformar el Código Orgánico Tributario, y entre los asuntos que debe contener tal reforma se coloca como punto 11 "...La *introducción de procedimientos administrativos más expeditos*."; reafirmando una vez más la celeridad como elemento esencial, sea del procedimiento judicial como administrativo.<sup>5</sup>

#### IV. EL TIEMPO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Una definición simple de tiempo es aquella que afirma que forman las partes de una actividad o de *un proceso*. El tiempo y la Constitución están unidos.

La Constitución convive siempre con el pasado, inclusive para renunciar a su repetición. El mejor ejemplo es la cláusula de *inmodificabilidad* que encontramos en la Constitución Alemana, cuando expresa la frase "nunca más" refiriéndose a la experiencia del régimen nazi, con lo cual se identifica con una referencia al pasado, pero en realidad, si se examina con detenimiento es una aspiración de futuro, significa su "utopía concreta" según Habermas, o si preferimos algo más sencillo: conforma la "carta de navegación."<sup>6</sup>

La Constitución como modelo de vida para la comunidad política que está sometida a ella tiene orientación de futuro, por eso sus directivas y mandatos prometen una mejora de las circunstancias actuales y

<sup>5</sup> El derecho a la participación ciudadana consagrado en el artículo 62 CRBV.

<sup>6</sup> Véase en Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002. Capítulo primero.

van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Se trata del marco de igualdad y libertad, para la creación de condiciones socioeconómicas, la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política de responsabilidad democrática.

Un sistema constitucional no es ni puede ser, en la práctica, solamente revolución o solamente conservación, aunque a veces se olvide por los defensores de una u otra tendencia, que la Constitución contemporánea es a la vez pasado, presente y futuro.

La Constitución de 1999 es un texto abierto<sup>7</sup>, sus fundamentos son los principios, y la tarea del intérprete, sobre todo del juez, son distintas de los modelos del siglo XIX; ella no es más el centro de la soberanía del Estado en que antes se apoyaba, sino el centro en que todo debe converger, es el centro a alcanzar más que el centro de donde partir.<sup>8</sup>

Si queremos precisar las relaciones entre Constitución y tiempo, lo podríamos expresar así: la vinculación entre Poder y Derecho, es igual a la del Estado Democrático y Estado de Derecho y a su vez es igual a la relación entre la continuidad jurídica del Estado y el Ordenamiento Jurídico.

Por tanto, los elementos básicos de la sociedad venezolana, de conformidad con su Texto Fundamental son: la combinación entre intereses específicos e intereses de la sociedad en su conjunto; el sistema constitucional del capital y del trabajo; la vigencia indeterminada, dado que el derecho constitucional está fuera del tiempo; y, se nutre de la cultura democrática igualitaria.

Así el carácter de inagotable cumplimiento, la vigencia continuada, inicialmente sin límites y la consecuencia: la permanencia y atemporalidad, tienen plena validez hasta que el tiempo constitucional varíe y surja como necesidad la reforma depurativa del texto en vigor.

La permanencia del proceso en la Constitución, los elementos esenciales de los procedimientos, su vigencia y eficacia, otorgan seguridad jurídica y en ambos casos constitucionalmente no funciona *posterior derogat anteriori*.

<sup>7</sup> Esta afirmación no contradice la rigidez propia de los mecanismos para modificarla.

<sup>8</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho Dúctil. Ley, derecho y Justicia*. Traducción de Marina Gascón. Trotta, Madrid, 1995. pp. 13 y 14.

El tema central del tiempo en el Derecho Constitucional, a los fines de esta ponencia, es determinar cómo la Constitución regula el proceso y el procedimiento; consagra ambas instituciones procesales, e imparte las directivas y órdenes que permitan su garantía en las leyes generales o especiales, a fin de cumplir con la finalidad de satisfacer los derechos y su goce que les son inherentes a toda persona, lo cual se justifica en la igualdad como valor.

Todas las exigencias constitucionales que tienen el proceso y el procedimiento, la complementación del segundo en el primero, se traduce social y económicamente en reducir las desigualdades en la forma de obtener las garantías de los derechos de las personas, y en cuanto al dominio social y político, en la abolición radical de las diferencias: norma igual para todos.

Así para la Constitución le corresponde al Estado trabajar por la igualdad, lo que significa en el proceso y en los procedimientos producir igualdad y reducir las desigualdades.

Por ejemplo, la prescripción y la caducidad es cierto que están reguladas por la legislación, ambas caracterizadas por el período de tiempo en que ese derecho debe ser ejercitado, y si transcurre tal tiempo sin haberse activado, se extingue la pretensión y más adelante ya no podrá ejercitarse; ante estas instituciones procesales nos llegó el momento de hacernos la pregunta ¿el ejercicio de los derechos constitucionales de la persona prescribe o caducan? ¿Si el Estado no se ocupa de la garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales, pueden aplicárseles tal restricción?

Entendemos bien los derechos legales en un procedimiento, sin embargo, la Constitución imparte un mensaje: cuando se trate de derechos humanos, su ejercicio es irrenunciable, indivisible e interdependiente. Llega a más cuando establece la protección del derecho al trabajo, declarando que ninguna ley podrá alterar la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales, ratificando igualmente su *irrenunciabilidad*. (artículos 19 y 89 de la CRBV).

De manera que el modo de contar los intervalos es esencial, ya que todas las leyes, las relaciones jurídicas, y las decisiones judiciales, como todo hecho, se desarrollan o deben ser cumplidos, en un tiempo dado. Así las leyes comienzan su vigencia en un cierto tiempo, las sentencias

deben ser cumplidas en ciertos plazos, y lo mismo sucede con los contratos particulares, con los plazos establecidos para la prescripción, entre otros aspectos.

Existen derechos determinados en los que la ley marca un período de tiempo en el que debe ser ejercitado; si transcurre el tiempo sin haberse ejercitado se extingue el derecho (pretensión) y más adelante ya no podrá hacerlo.

Cuando hablamos de prescripción, para que se extinga el derecho la prescripción tiene que ser opuesta, alegada por aquella persona que ejercita el derecho; no puede ser invocada de oficio por el juez, por cuanto no es informante de las partes. La prescripción se interrumpe una vez ha empezado a transcurrir el plazo, se ejercita el derecho, y por tanto se interrumpe la prescripción.

La caducidad significa la extinción del derecho por el no ejercicio de este, dentro de la prescripción. Este sí puede ser alegada de oficio por el juez.

Estos derechos propios para defenderse en juicio son elementos del proceso y no deben confundirse con el derecho al debido proceso; corresponde relacionarlos cuando el derecho de los actos procesales es una violación del debido proceso.<sup>9-10</sup>

¿El Código Civil Venezolano<sup>11</sup> se ocupa del tiempo en el derecho?

La respuesta está en el Título Preliminar “De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación” cuando establece la obligatoriedad de la Ley desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha a posterior que ella misma indique. Advierte que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento; y que la Ley no tiene efecto retroactivo. Consagra la vigencia de la ley por encima de la voluntad de las personas cuando establece que no surte efecto la voluntad de ponerle

<sup>9</sup> Artículo 15 del Código de Procedimiento Civil. “Los jueces garantizarán el derecho a la defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género.”.

<sup>10</sup> Artículo 313.1º del Código de procedimiento Civil. “...Cuando en el proceso de hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaban el derecho de defensa...”.

<sup>11</sup> Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982

fin a su vigencia, y el principio de que las cosas en derecho se hacen y se deshacen de la misma manera, al pautar que las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes. El Código Civil consagra el cómputo del tiempo, subsidiario a leyes o actos jurídicos que dispongan otra cosa<sup>12</sup> (véase artículos 1, 2, 3, 5, 7 del CCV).

Otro tema sustancial es la aplicación de la ley en el tiempo: la irretroactividad de la Ley Penal. El principio debe ser respetado por el legislador siempre. La Ley penal no puede regular hechos cometidos antes de su entrada en vigencia, si perjudica la situación jurídica de los responsables, pero debe regularlos si beneficia para ellos, y entonces se quiebra el principio de irretroactividad; entendemos entonces que es la ley más gravosa la que carece siempre de efecto retroactivo.

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona<sup>13</sup> o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas

---

<sup>12</sup> Los lapsos de años o meses se contarán desde el día siguiente al de la fecha del acto que da lugar al lapso, y concluirán el día de fecha igual a la del acto, del año o mes que corresponda para completar el número del lapso.

El lapso que, según la regla anterior, debiera cumplirse en un día de que carezca el mes, se entenderá vencido el último de ese mes.

Los lapsos de días u horas se contarán desde el día u hora siguiente a los en que se ha verificado el acto que da lugar al lapso.

Los días se entenderán de veinticuatro horas, los cuales terminarán a las doce de la noche. Cuando, según la Ley, deba distinguirse el día de la noche, aquél se entiende desde que nace hasta que se pone el sol.

Estas mismas reglas son aplicables a la computación de las fechas y lapsos que se señalan en las obligaciones y demás actos, cuando las partes que en ellos intervengan no pacten o declaren otra cosa (artículo 12 del C.C.V.).

<sup>13</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia que interpreta el artículo 266.3 de la Constitución, sentencia 1684 expediente N 08-1016 de 4/11/2008, que en realidad desaplica el artículo de la Constitución de 1999 y retoma la vigencia del artículo de la Constitución de 1961, artículo 215 segundo.

“Ahora bien, la Constitución de 1999, a pesar de mantener en términos generales un enunciado similar al de la Constitución de 1961 en lo que concierne al grupo de altos funcionarios públicos que gozan de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, presenta algunas diferencias que resultan pertinentes resaltar; en primer lugar, se incorporan nuevos funcionarios -en virtud de la jerarquía y funciones que tienen asignadas-, entre los que se encuentran el Vicepresidente de la República, el Defensor del Pueblo y los oficiales u oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y, en segundo lugar, se suprime la referencia que se hacía a los “delitos políticos” y con ello se modifica el criterio para determinar el órgano jurisdiccional competente que deberá continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito los tribunales ordinarios. Tal conclusión es absurda.”

consolidadas. Por eso las leyes son obligatorias desde el momento mismo de entrar en vigencia, aún en *los procesos* que se hallaren en curso. Constatamos que el proceso garantiza constitucional de los derechos humanos, ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena; y en los *procesos* penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo. (artículo 24 CRBV).

De manera que el tiempo de la Constitución es diferente al tiempo de las leyes, en particular las procesales, visto que queda impedido al Juez aplicar tiempos que impidan el ejercicio de un derecho y quien incurre en responsabilidad es el juez por negar tras alegatos procesales acceder a conocer la verdadera obligación del Estado, como es garantizar que toda persona obtenga la satisfacción de su derecho. Se impone la Constitución al proceso y al procedimiento de origen legal.<sup>14</sup>

## V. DOS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS QUE DESATIENDEN EL PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL

Las dos sentencias que se comenta a continuación son marcadoras de la importancia del cumplimiento del proceso y del procedimiento, en términos constitucionales.

*La sentencia* de 20 de julio de 2000 de la Sala Constitucional bajo ponencia de Jesús Eduardo Cabrera, conoce de una la sentencia de amparo dictada por un Tribunal Superior que declara improcedente la acción, por considerar que el quejoso tenía las vías procedimentales para atacar el acto cuestionado. La decisión de la Sala Constitucional declara sin lugar la apelación interpuesta.

---

<sup>14</sup> Véase sentencia de Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de 19 de diciembre de 2006 expediente N° 2006-000456. "...El Juez está obligado a procurar la igualdad de las partes durante el desarrollo del proceso, y a garantizar su derecho a la defensa, pues él como garante de los derechos de éstos, tiene el deber de enderezarlo en caso de alguna distorsión, pues la realización de un proceso plagado de garantías conlleva a la realización de la justicia, fin propugnado en nuestro texto fundamental."

Esta decisión más que ocuparse del derecho invocado como violado, enumera diez (10) situaciones que pueden o no dar lugar al amparo en alzada; solo tomaré algunos puntos como ejemplo: dice que cuando la apelación de una decisión se oye en ambos efectos, no genera (en principio) acción de amparo alguno; situación que varía si se oye en un solo efecto y se les ha negado la apelación o el recurso de hecho, y todo dependerá si contiene violaciones constitucionales en perjuicio de una de las partes, y en tal caso puede acudir a la apelación o al amparo, ahora bien si opta el agraviado por la vía de amparo se cierra la apelación sobre la materia que versa el amparo y si el agraviado hace uso de la apelación, se considera que si la parte estimó que ese era el recurso óptimo para lograr el restablecimiento de la situación jurídica infringida, afirma la sentencia que el amparo será inadmisibile por la causal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo.

Así sigue la sentencia valorando las consecuencias en relación con el amparo constitucional, diferenciándolo de la revisión constitucional cuando la sentencia es dictada por otra Sala del TSJ; afirma que cuando las sentencias de última instancia dictadas por los juzgados superiores no admiten legalmente ningún otro recurso, podrán acudir en amparo dentro de los seis meses de conocimiento por la parte lesionada, de no hacerlo convinieron en las infracciones constitucionales.

Por otra parte, la sentencia trata de evadir que su argumentación resulte contradictoria con las causales de inadmisibilidad legal de la acción de amparo (artículo 6 numeral 5 LOA) y para ello agrega que en caso de solicitarse el control difuso de constitucionalidad, "...no tiene derecho al amparo ya que él (accionante) ha considerado que la vía utilizada **es de igual entidad** que la del amparo para obtener la reparación jurídica." (resaltado nuestro). La sentencia agrega que renacería el derecho de accionar en amparo "si tal reparación no puede lograrla en tiempo breve, pero es de notar que mientras no se cumplan los lapsos procesales establecidos en las leyes, no puede en estos casos argüirse la dilación indebida, ya que el legislador, al crear los lapsos y términos procesales, lo hizo en el entendiendo de que ellos eran necesarios y concretos para una buena administración de justicia."

La Constitución indica claramente que el derecho a ser amparado por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías

constitucionales, se resuelve mediante un *procedimiento de acción de amparo constitucional*, que será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad. En el presente asunto judicial, se alegó por el presunto agraviado que se le impidió el libre ejercicio del derecho a la defensa, porque una medida preventiva de secuestro sobre un inmueble de su propiedad, fue practicada por un tribunal incompetente.

Después de cinco meses en manos del ponente de la Sala Constitucional, se legisla sobre la procedencia o no del amparo en todos los supuestos que se plantea la Sala en el texto de la sentencia, cuando la obligación se concretaba en determinar si se violó o no un derecho o una garantía constitucional cuando un tribunal que no era competente ejecutó la medida de embargo, considerándose que aunque no era competente por existir un tribunal especial ejecutor de medidas, justificó su actuación y lo declaró competente para tal actuación "...mientras no recibiere noticias sobre su situación".

*La segunda sentencia* de 5 de junio de 2001, Sala Constitucional, bajo ponencia de José Delgado Ocando, se refiere a una acción de amparo constitucional en contra de presuntas omisiones del Ministerio de Infraestructura. La sentencia declara inadmisibile la acción de amparo propuesta por un grupo de personas que solicitaban un derecho constitucional de ajuste de pensiones de su jubilación.

Cuando la sentencia resuelve examinar los requisitos del escrito y la admisibilidad de la acción, entra a dar una interpretación general de la Constitución de 1999, destacando el acento del carácter normativo y garantizador de las situaciones jurídicas constitucionales, en el cual el Poder Judicial juega un papel de primer orden, dice la Sala.

Todos los órganos judiciales devienen en tutores de los derechos fundamentales; atribuye al artículo 49 constitucional como el que establece "...las garantías intraprocesales que hacen plausible el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 26..." constitucional, para "...asegurar a los interesados el tránsito por procesos en donde estén vedadas causas de inadmisión irrazonables o injustificadas, en donde impere la igualdad en cuanto alegación y la probanza y en los que la sentencia se ejecute; es decir, que la Constitución ha construido un completo sistema de garantías constitucionales procesales."

La sentencia hace énfasis en las garantías judiciales de los derechos fundamentales, y en el papel que la Constitución otorga a los jueces como operadores judiciales y lo encadena a lo previsto en el artículo 334 constitucional, donde todos los jueces están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

Entonces obsérvese la diferencia con la sentencia anterior, en ésta la específica acción de amparo no constituye un medio adicional a los ordinarios en la tarea de salvaguardar los derechos fundamentales. "... Al contrario de cómo ha venido siendo concebida, dicha acción *no entraña monopolio procesal en cuanto trámite de denuncias respecto a violaciones a la regularidad constitucional tal tesis descarta el sistema de garantías procesales de que disponen los tribunales en el ejercicio ordinario de su función.*" (resaltado nuestro)

Lo que no se justifica en esta sentencia es que después de todo el desarrollo en cuanto a la potestad de los jueces, la Sala diga que como el artículo 259 constitucional ofrece "...un plus de garantías que no deja dudas respecto a la potestad de los tribunales para resguardar derechos y garantías, al no haberse agotado la vía judicial contenciosa administrativa ordinaria la solicitud en cuestión resulta inadmisibles."

De manera que la tesis inconstitucional de que lo primero que tiene que hacer un juez ante la interposición de un amparo es revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, y que, de no constar tales circunstancias, la consecuencia es la inadmisión de la acción. La mayoría de las veces usa el argumento de enumerar las circunstancias que se refieren al concepto de proceso sin dilaciones indebidas, como la complejidad del litigio, el margen ordinario de duración de un litigio, y la razonabilidad entre otros como elementos que pesan para la decisión que se tome.

Nos preguntamos, cuál es el impedimento para el juez constitucional, en estos casos de la Sala Constitucional, de proceder a examinar el expediente, constatar si se privó o no de libertad a la persona que lo alega, cumplir con el procedimiento de la acción de amparo, determinar las circunstancias y hechos ocurridos y las circunstancias de cumplimiento del derecho al debido proceso y si la persona debe o no ser protegida por un habeas corpus y de inexistir los extremos alegados,

declarar improcedente la acción de amparo. Vemos entonces cómo la naturaleza legal se ha impuesto para impedir al juez conocer los argumentos de fondo y resolver mayoritariamente las causas de acuerdo a lo que “habla” el expediente.

Como siempre, el freno para conocer de una acción de amparo, son las causales de inadmisibilidad, es cómo si los jueces no leyeran el escrito para determinar la violación constitucional que se argumenta y lo inminente, factible y practicable de la violación, y los daños que produce.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La reserva legal en la Constitución de 1961 era profusa, en particular en el Título III De los deberes, derechos y garantías. La mayoría de los artículos remitía a la ley el desarrollo del contenido de los derechos. En la Constitución de 1999 la técnica utilizada es distinta, la Constitución se sostiene en sí misma en lo que respecta a la satisfacción de los derechos y las garantías.

Las obligaciones al Estado impuesta en la Constitución de 1999 y las cargas determinadas en su texto, comprometen a cada rama del Poder Público que corresponda su cumplimiento, para garantizar y organizar las garantías constitucionales y de esa manera el goce de los derechos constitucionales.

Las directivas constitucionales en materia reservada a la ley o no, están establecidas en los artículos que consagran cada derecho, inclusive tal mecanismo abarca hasta los deberes. Ejecutarlas y desarrolladas sin modificarlas ni alterarlas por la Asamblea Nacional cuando legisle y se imponen al presidente de la República en Consejo de Ministros, si media Ley Habilitante en los términos del artículo 203 constitucional y excepcionalmente sea quien cumpla la reserva legal constitucional.

Los derechos constitucionales, la mayoría, al enumerar las garantías que deben ser satisfechas por el Estado, y aun las que refieren a una reserva legal, no requieren de otra normativa adicional para dar satisfacción a ellas. Podemos decir que son de ejecución directa de la Constitución, más cuando la jurisprudencia ha establecido que ningún derecho requiere que se le desarrolle mediante ley, para ser exigible.

Las garantías de todos los derechos constitucionales, tienen proceso y procedimiento, en particular lo referido a las características y elementos constitucionales que los informan y determinan, lo que impide decir entonces que las garantías están ubicadas en el campo del derecho procesal. La Constitución nos obliga a formular la relación así: el derecho procesal obligatoriamente busca el tiempo del derecho el cual lo dirige hacia la norma constitucional que rige para todo juez o funcionario público encargado de la garantía de los derechos constitucionales.

El tiempo del proceso lo marca la ley civil, procesal, administrativa, laboral, *salvo cuando se trate de violación en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*, en cuyo caso el procedimiento de la acción de amparo para su protección, no está regida por el tiempo ni pudiera afirmarse que se ha renunciado a ella por el transcurso del mismo; igualmente resulta absolutamente contrario al principio de la preeminencia de los derechos humanos como valor superior del ordenamiento jurídico, que se aplique restricciones a los jueces de naturaleza legal o jurisprudencial, para examinar si hay o no violación de los derechos o de sus garantías, amparándose en el tiempo de la admisión o en cualquier otro argumento que impide el análisis de la alegado por el agraviado.

Por tanto, las causales legales de inadmisión o e aceptación de los hechos, se correspondían con el artículo 49 de la Constitución de 1961, mientras en el artículo 27 de la Constitución vigente no hay referencia alguna a que tal acción se realice de conformidad con la ley; por tanto, los artículos de la referida Ley Orgánica de Amparo que impiden que el juez entre a conocer los hechos denunciados que se alega violan el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales perdió su vigencia, por contradecir a la Constitución en vigor de acuerdo a la Disposición derogatoria Única y así debe ser declarado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

# MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL\*

GONZALO PÉREZ SALAZAR\*\*

## SUMARIO

I. Concepto y ubicación del Derecho Procesal Constitucional. I.I. Concepto. I.II. Ubicación. I.II.1. Como ciencia autónoma. I.II.2. Como rama del derecho constitucional. I.II.3. Como rama del derecho público. I.II.4. Como rama del derecho procesal. I.II.5. Como disciplina mixta. II. Impacto del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela.

Al momento de culminar la revisión de este trabajo, nos enteramos de la triste noticia del fallecimiento del profesor Román José Duque Corredor, uno de los más grandes juristas de Venezuela, gran caballero merideño, culto, generoso en compartir su vasto conocimiento, buen padre de familia, ciudadano ejemplar y de quien tuvimos el honor de conocer en varia de sus facetas. El profesor Duque Corredor ocupó la catedra de Técnicas de Interpretación Constitucional, en la Especialización en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila, desde sus inicios y hasta sus últimos años, durante los cuales presenciamos enriquecedores debates que fueron plasmados en sus obras “*Sistema de Fuentes de Derecho Constitucional y técnica de interpretación Constitucional*” y “*Curso de Derecho Procesal Constitucional*”. Vayan estas palabras como un homenaje a su legado que trascenderá por generaciones.

---

\* Trabajo presentado para las memorias del IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional realizado en Caracas, Venezuela, los días 2 y 3 de noviembre de 2023.

\*\* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho. Director de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila. Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Director del Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de Derecho Administrativo en la Universidad Monteávila. Conferencista Nacional e Internacional.

El Derecho Procesal Constitucional ha servido como respuesta al grito de justicia que piden los que no la consiguen en los procesos ordinarios, por lo excesivamente formalista, ritualista, lento y oneroso, pudiendo observarse una tendencia clara en el aumento de acciones de amparo constitucional, revisión constitucional o avocamiento no sólo en los juicios relevantes por su cuantía o por los derechos envueltos, sino en casi cualquier tema donde entren en conflicto derechos o garantías constitucionales. Igualmente sirve de mecanismo de cierre de los grandes asuntos inherentes a la protección de derechos fundamentales o su interpretación, como por ejemplo han sido los casos de reelección presidencial, aborto, eutanasia, derecho a la vida, libertad religiosa, pena de muerte, unión de personas del mismo sexo, entre otros que, son dejados en manos de unos jueces y no por los órganos parlamentarios electos popularmente. Finalmente, sirve como baso comunicante entre la justicia nacional e internacional para la búsqueda de estándares que permitan la uniformidad de criterios en la solución de asuntos no resueltos en el ámbito interno, tal como observamos en el efecto producido por el control de convencionalidad, el margen de apreciación, la interpretación conforme o el diálogo jurisprudencial.

Abordaremos el marco conceptual del Derecho Procesal Constitucional y su impacto que ha tenido en Venezuela, como un testimonio de constancia y trabajo fructífero, a pesar de todas las dificultades del entorno, destacando los más de 15 años que tiene estudiándose de forma continua y sistemática, de los 9 congresos internacionales realizados, de los 7 libros editados donde constan las memorias de esos congresos, de las más de 100 tesis de especialistas puestas a la orden de la comunidad jurídica, de los intercambios académicos con otras universidades o centros de estudio, de la participación activa en varias asociaciones internacionales, de la asistencia a más de un centenar de congresos internacionales y de quizás lo más importante que es la formación de un semillero de profesionales comprometidos con la materialización de los derechos humanos.

Para poder lograr el objetivo trazado, desarrollaremos la ponencia en dos capítulos, siendo el primero de ellos, la noción del Derecho Procesal Constitucional; para luego descifrar su ubicación como disciplina autónoma, como subespecie del derecho procesal o del derecho constitucional; proponer en el segundo capítulo algunas novedades en

Venezuela; concluyendo con algunas recomendaciones que pudieran ser tomadas en cuenta para lograr la anhelada materialización de los derechos y garantías consagrados en nuestro Texto Constitucional y en los pactos sobre Derechos Humanos.

## I. CONCEPTO Y UBICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**I.I. Concepto:** Particularmente consideramos de suma dificultad presentar un concepto de derecho procesal constitucional, que sea la suficientemente precisa, prospectiva y abarque la totalidad de las aristas con las que se debe abordar un tema complejo, dinámico y en expansión. No obstante, la anterior advertencia la hacemos, por el riesgo que tomaremos al elaborar uno propio, como se apreciará en los siguientes párrafos.

Ciertamente, la primera de las aristas con las que se debe abordar el tema del marco conceptual del derecho procesal constitucional es el histórico, pues permite entender su origen, partiendo de los dos tipos de sistemas en los que tradicionalmente se dividen el control constitucional, bien el difuso o el concentrado, así como sus variantes modernas calificadas como mixtas, paralelas o duales, que hoy en día no pueden ser calificadas como derivadas exclusivamente del *civil law* o del *common law*.

Efectivamente, si bien el sistema difuso es originario de los Estados Unidos de Norteamérica, ha impactado en países que, aunque tienen influencia del *civil law*, lo han acogido, como sucede en Argentina, de donde han salido grandes investigadores del Derecho Procesal Constitucional, como lo son los profesores Sagüés, Díaz Ricci, Gozaini, Maraniello, entre muchos otros.

En referencia al control difuso debo partir de la sentencia líder en la materia originada en los Estados Unidos de Norteamérica en el caso *Marbury vs Madison*, dictada en el año 1803 y que según sector de la doctrina fue el origen del control constitucional<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Hay autores que se van más allá, como el profesor Boris Barrios, en su obra *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Jurídica Ancón, 2011; p. 35; cuando afirma que “*En el Derecho Romano se encuentra una teoría sobre la naturaleza del Derecho Procesal Constitucional, con el edicto del pretor Homine Libero Exhibendo*”. Otros autores lo vinculan con el Bonham Case de 1610, mediante el cual se creó el control de constitucionalidad. Sin embargo, la expresión no se usó sino a mediados del siglo pasado, aunque es

Tampoco puede decirse que el sistema concentrado, atribuido a Hans Kelsen y materializado en el Tribunal Constitucional austriaco en 1920, ha impactado en países en los cuales sus orígenes no son los mismo del *common law*, como sucede en Francia, donde hay un Consejo Constitucional francés, a diferencia de otros países en los que se instituyeron tribunales constitucionales (dentro o fuera del poder judicial), cortes constitucionales, Salas Constitucionales o simplemente a las Altas Cortes.

De otro lado, en el derecho continental debemos destacar la apasionante discusión que sostuvieron Hans Kelsen y Carl Schmitt, a principios del siglo pasado (1928-1931), respecto de ¿Quién debía ser el defensor de la Constitución?, que condujo a la instauración del primer Tribunal Constitucional, luego replicado en otros países<sup>2</sup>.

Tendremos necesariamente que detenernos para destacar que históricamente la creación de los principales Tribunales, Corte o Salas Constitucionales, está íntimamente ligada a procesos post traumáticos en la vida política de los países en los cuales se han instaurado, caso de Italia (luego de la segunda guerra mundial), España (guerra civil), Sudáfrica (apartheid) o de cambios políticos significativos, como el caso de Venezuela (luego de un proceso Constituyente).

El elemento histórico permite descubrir, como los conflictos bélicos del siglo pasado actuaron como efecto generador del derecho procesal constitucional, bien por la búsqueda de un sistema que sirviera de contrapeso a los poderes de dictadores, desaparecer o interpretar mutativamente las leyes injustas dictadas en épocas fascistas, nacistas o dictaduras.

Dentro de los efectos que produjeron los grandes eventos bélicos del siglo XX, encontramos el desplazamiento de varios profesores europeos a tierras americanas, los que definitivamente cimentaron un enfoque distinto al estudio tradicional del proceso y lo orientaron hacia las garantías constitucionales en el mismo.

---

verdaderamente importante escudriñar sobre el origen del control de la constitucionalidad para entender el desarrollo científico de esta novel disciplina.

<sup>2</sup> Sobre esa diferencia conceptual, Carl Schmitt, en su obra *La Defensa de la Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, y Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999; fueron pioneros, el primero defendiendo la tesis de la naturaleza política y el segundo la jurisdiccional.

Ciertamente que existe un terreno abonado, aunque controvertido, respecto del origen científico del Derecho Procesal Constitucional, pero voy a partir de las enseñanzas de Ferrer Mac-Gregor, quien en la actualidad es una de las autoridades de mayor peso académico en esa disciplina. En tal sentido, afirma el aludido autor, en el epílogo de una de sus más recientes obras, que debe diferenciarse el análisis de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos, los tribunales y los medios de protección, del origen científico, que resume en cuatro etapas:

- “1) Precursora (1928-1942). Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con C. SCHMITT sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este período también el fundador de la escuela de Viena realiza uno de los primeros estudios de corte comparativo entre los sistemas de control austriaco y americano (1942).*
- 2) Descubrimiento procesal (1944-1947). El procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en sus primeros años de exilio (argentina (1944-45) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación.*
- 3) Desarrollo dogmático procesal (1946-1955). Etapa en la cual desde el mejor procesalismo científico se realizan importantes contribuciones acercando su disciplina a la tendencia del constitucionalismo de la época. Es el período de estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por COUTURE (1946-1948) y del estudio dogmático de la jurisdicción y de los procesos constitucionales a través de las colaboraciones de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELLETTI (1955).*
- 4) Definición conceptual y sistemática (1955-1956). El último eslabón constituye su configuración científica como disciplina procesal. La realiza FIX-ZAMUDIO en su trabajo relativo a La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956)”<sup>3</sup>.*

<sup>3</sup> Eduardo Ferrer Mac. Gregor, *Derecho Procesal Constitucional, Origen Científico (1928-1956)*, Marcial Pons, Madrid, España, 2008. pp. 138-139.

En ese mismo camino para lograr una definición del Derecho Constitucional Procesal, el maestro Román Duque Corredor nos plantea 3 tipos de desafíos por resolver, estos son:

1. *“Desafío Espacial: la cual abarca la extensión o contenido de esta rama del derecho. Dentro de las cuales expresa dos posiciones, la mínima, que define la jurisdicción constitucional como la que tiene por objeto el derecho Procesal Constitucional, es decir lo relativo a la magistratura y los procesos constitucionales destinados a controlar o tutelar los principios y los derechos constitucionales; y la amplia, que incluye dentro de este objeto, además de las reglas procesales relativas al debido proceso, las demás garantías constitucionales.*
2. *Desafío Metodológico: Dentro del cual abarca una perspectiva tridimensional, dentro del derecho procesal.*
  - 2.1. *Lo Normativo: Porque además de los textos formales positivos, se incluyen dentro del contenido del derecho constitucional, las normas emergentes de los pronunciamientos judiciales y de los principios dentro de los que se fundan.*
  - 2.2. *Lo Factico: Que consiste en un test mínimo de la independencia y de la probabilidad de la jurisdicción constitucional.*
  - 2.3. *Lo Axiológico: Que, desde el punto de vista adjetivo, comprenden los principios que inspiran los procesos y que amplían los presupuestos procesales, como los relativos a la celeridad, a la informalidad y a la eficacia de la sentencia.*
3. *Desafío Ideológico: Que representa la aplicación de los principios y de los valores del derecho procesal Constitucional.<sup>4</sup>”*

Por su parte, el profesor Rafael Badell Madrid propone analizar al Derecho Procesal Constitucional desde 3 aspectos distintos; sustantivo, orgánico y procesal:

- *“Aspecto Orgánico: Es el estudio de dicha rama desde un punto de vista institucional, llamada también como Jurisdicción Constitucional, “se refiere al análisis de la organización, atribuciones*

---

<sup>4</sup> Román J. Duque Corredor, *Sistema de Fuentes de Derecho Constitucional y técnica de interpretación Constitucional*, Ediciones Homero, 2014. pp. 9-10.

*y funcionamiento de los órganos independientes que resuelven los conflictos constitucionales.”*

- *Aspecto Sustantivo: También denominada material, es el sistema que garantiza la supremacía de la Constitución, en el cual se encuentran todo el conjunto de métodos para cumplir con dicho fin.*
- *Aspecto Procesal: Es el estudio de todos los mecanismos procesales y poderes del juez en la jurisdicción Constitucional”<sup>5</sup>.*

Con estas tres posturas señaladas, he querido evidenciar que no existe una sola forma de abordar la definición del Derecho Procesal Constitucional, lo que no quiere decir que son enfoques erróneos, por el contrario, consideramos que pueden usarse para contrastar los tipos de sistemas de control constitucional (difuso, concentrado o mixto) con el propio del país analizado; la influencia de los procesalistas tradicionales, de los constitucionalistas o los especialistas en derechos humanos; la evolución de los distintos tribunales, cortes o salas constitucionales; y finalmente la legislación interna que desarrolla el principio de supremacía constitucional.

Citaré sólo alguna de las definiciones del derecho procesal constitucional que la doctrina ha propuesto y en la que ya podemos perfilar las diferentes posturas.

Para el constitucionalista alemán Peter Häberle, el derecho procesal constitucional “*es el derecho procesal autónomo del Tribunal Constitucional constituido por la Constitución o del Tribunal al que se confían sus funciones*”, lo que se ha entendido como “*derecho constitucional concretizado*”<sup>6</sup>. La importancia de la definición que propone el profesor Häberle está en vincularla directamente a las funciones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y al contenido del derecho protegido que emerge de la propia Constitución. Además, hay que destacar lo poco común en Europa la utilización del vocablo derecho procesal constitucional, siendo lo común las de justicia, jurisdicción o contencioso constitucional, las que pueden incluso ser usadas como sinónimos.

---

<sup>5</sup> Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. p. 45.

<sup>6</sup> Peter Häberle, en *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, Perú, 2006. p. 23.

Diferenciando el Derecho Procesal Constitucional del Derecho Constitucional Procesal, el profesor brasileiro Ivo Dantas sostiene que el primero es “*el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenidos y efectos del proceso constitucional, esto es, aquel dirigido a la solución de las controversias recurrentes en la aplicación de la Ley Magna, teniendo como tema principal de análisis la jurisdicción constitucional, junto a la cual se sitúan las acciones referentes a la jurisdicción constitucional de las libertades*”<sup>7</sup>.

La posición del profesor Dantas tiene su explicación en que la Constitución del Brasil de 1988, no solamente señala los tipos de medios procesales constitucionales, sino que va más allá y prevé su procedimiento, con lo cual, sólo deja en manos del legislador la reglamentación de los aspectos no regulados expresamente en el texto fundamental, tal como ocurre con el mandato de *seguranca*.

El maestro Domingo García Belaunde destaca la problemática de la definición, diferenciando la utilización del Derecho Procesal Constitucional, para explicar aquellos que han sido desarrollados por el legislador y diferenciarlos del Derecho Constitucional Procesal que comprende los que están consagrados en la propia Constitución, aunque concluye que esas diferencias son únicamente un juego de palabras que no afectan su esencia<sup>8</sup>.

A lo anterior, que parece un mero juego de palabras, se suma la frecuente utilización de la expresión de jurisdicción constitucional para explicar a los órganos especializados y la de justicia constitucional para los procesos desarrollados en la Constitución o normativa de rango legal.

En ese mismo orden de ideas el maestro Néstor Pedro Sagüés, define al Derecho Constitucional Procesal como “*un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal)*”, para diferenciarlo del Derecho Procesal Constitucional, que define como “*una rama del mundo jurídico que se sitúa en el derecho procesal, y que atiende a los dispositivos (obviamente jurídicos) procesales destinados*

<sup>7</sup> Ivo Dantas, En *Encuesta* (...) ob. cit. p. 64.

<sup>8</sup> Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2001. pp. 7-11 y del mismo autor en *El Derecho procesal constitucional en perspectiva*, Editorial Idemsa, Lima, Perú, 2009. pp. 79-86.

*a asegurar la supremacía constitucional” destacando su “rol instrumental, en el sentido de que le toca tutelar la vigencia y operatividad de la Constitución, mediante la implementación de la judicatura y de los remedios procesales pertinentes”<sup>9</sup>.*

Gill Rendón califica al derecho procesal constitucional como una ciencia jurídica nueva, entendiendo por tal como la *“encargada del análisis sistemático de los principios y normas procesales de tipo constitucional, que rigen los procesos y procedimientos previstos en la Constitución y que sirven para dirimir las controversias y resolver los conflictos de leyes y demás actos contrarios a la Constitución y que por tal motivo deben ser expulsados del orden jurídico respectivo”<sup>10</sup>.*

El maestro Jesús González Pérez afirma categóricamente que el derecho procesal constitucional es derecho procesal, advirtiendo que similar problema de definición se presentó cuando los administrativistas comenzaron a estudiar el recurso contencioso administrativo utilizando técnica procesal, lo que condujo a utilizar el término derecho procesal administrativo<sup>11</sup>.

El profesor Roberto Romboli de la Universidad de Pisa y visitante constante de nuestra región latinoamericana, sostiene que el derecho procesal constitucional *“corresponde a la disciplina y al estudio relativo al procedimiento previsto para el acceso al juez constitucional, a las reglas procesales del juicio y a los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional”<sup>12</sup>.*

El maestro Fix-Zamudio, precursor del derecho procesal constitucional, lo describe como *“la disciplina jurídica situada dentro del campo del derecho procesal que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones, los procesos y los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones a los mismos”<sup>13</sup>.*

<sup>9</sup> Néstor Pedro Sagüés, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, 1ra Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 3-4.

<sup>10</sup> Raymundo Gil Rendón, *El Nuevo Derecho Procesal Constitucional*, VC Editores, Bogotá, Colombia, 2011. p. 40.

<sup>11</sup> Jesús González Pérez, en *Encuesta (...)*, ob. cit. p. 98.

<sup>12</sup> Roberto Romboli, en *Encuesta (...)*, ob. cit. p. 98.

<sup>13</sup> Héctor Fix-Zamudio, en *Encuesta (...)*, ob. cit. p. 115.

El experto en derechos humanos Ernesto Rey Cantor afirma que “*el Derecho Procesal Constitucional –es una rama del derecho procesal– que comprende un conjunto de normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política y en la ley que regulan procesos constitucionales, cualesquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia y con efectividad la supremacía de la Constitución y la protección procesal de los derechos humanos*”<sup>14</sup>.

El profesor Ernesto Blume, en su artículo presentado con ocasión del I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Caracas, los días 19 y 20 de octubre de 2011, considera al derecho procesal constitucional “*como una rama del derecho procesal general y que estudia la problemática procedimental de implementación constitucional, especialmente en las áreas de defensa de los derechos fundamentales de la persona y de la constitucionalidad, a los cuales se les denomina procesos constitucionales*”<sup>15</sup>.

García Morelos, quien dirige una clínica de litigio estratégico en México con gran éxito, reconoce la influencia de la teoría general del proceso que ha tenido en el desarrollo del derecho procesal constitucional, cuando sostiene que, en “*las construcciones conceptuales son la expresión de un lenguaje general de la ciencia procesal, que aunque cada materia sustantiva proyecta lineamientos propios de la pretensión procesal, conserva los contenidos primordiales. Todo el comienzo de estas categorías reside en la existencia de litigios constitucionales*”<sup>16</sup>.

En el contexto patrio la doctrina ha analizado la justicia constitucional o la jurisdicción constitucional, expresiones utilizadas indistinta y preferentemente a la de derecho procesal constitucional, a través de varios estudios como el de los profesores José Guillermo Andueza<sup>17</sup>,

<sup>14</sup> Ernesto Rey Cantor, *El Derecho Procesal Constitucional. Un Nuevo Concepto*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, Colombia, 2010. pp. 13 y 14.

<sup>15</sup> Ernesto Blume, “El derecho Procesal Constitucional”; en *Los Retos del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica*, Volumen II, FUNEDA, Caracas, Venezuela, 2011. pp. 31 y 32.

<sup>16</sup> Gumersindo García Morelos, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Ubijus, Segunda Edición, México D.F., 2009. p. 49.

<sup>17</sup> José Guillermo Andueza, *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.

Orlando Tovar Tamayo<sup>18</sup>, Josefina Calcaño de Temeltas<sup>19</sup>, Allan Brewer Carías<sup>20</sup> y más recientemente Rubén Laguna Navas<sup>21</sup>, Jesús María Casal<sup>22</sup>, José Vicente Haro<sup>23</sup> y Antonio Canova González<sup>24</sup>, quienes en sus primeros esfuerzos se enfocaron en explicar sus orígenes y el estudio del recurso de nulidad y la acción popular como ejercicio del control concentrado atribuida a la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, para luego dar paso a la comprensión de un sistema mixto, al aparecer en el ordenamiento jurídico el control difuso de la constitucionalidad en cabeza de todos los jueces de la República, posteriormente, reforzado ese sistema de garantía de los derechos fundamentales con la acción del amparo constitucional y el habeas corpus y finalmente, con la instauración de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como máximo y última intérprete de la Constitución. Esa dispersión de la doctrina en el tiempo y conceptos de por sí justifica el estudio del derecho procesal constitucional.

Más recientemente los profesores Allan Brewer Carías, Román Duque Corredor, Cesar Bello Lozano y Rafael Badell Madrid, publicaron libros sobre el Derecho Procesal Constitucional, vistos desde distintas ópticas, como descriptivos de los instrumentos procesales,

<sup>18</sup> Orlando Tovar Tamayo, *El Control de la Constitucionalidad*. Tribunales, Constitucionales, Caracas, 1981.

<sup>19</sup> Josefina Calcaño de Temeltas, “La Jurisdicción Constitucional en Venezuela: Pasado, Presente y Futuro” (Discurso de Incorporación en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Editorial Sherwood, *Revista de Derecho Constitucional* N° 2, Enero-Junio, Caracas, 2000.

<sup>20</sup> Allan Brewer-Carías, “La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución de 1999” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, Septiembre-Diciembre, Caracas, 1999. Entre muchos otros trabajos de este autor cuyo aporte es innegable para el desarrollo del derecho público en general.

<sup>21</sup> Rubén Laguna Navas, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Su Rol como Máxima y Última Intérprete de la Constitución*, Serie: Trabajos de Grado N° 7, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.

<sup>22</sup> Jesús María Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

<sup>23</sup> José Vicente Haro, “La Justicia Constitucional en Venezuela y la necesidad de un Tribunal Federal Constitucional (una propuesta para la Asamblea Nacional Constituyente de 1999)”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 6, Editorial Sherwood, Caracas, 1999.

<sup>24</sup> González Antonio Canova, “Una Propuesta de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional para Venezuela”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 8, Editorial Sherwood, Julio-Diciembre, Caracas, 2003.

por sus efectos en el desplazamiento del sistema de fuentes del derecho al incluir los efectos vinculantes de la sentencia dictada por la Sala Constitucional o limitarse al análisis de esa especial Sala.

Tal como antes precisamos, en Venezuela son muy escasos los textos que aluden al Derecho Procesal Constitucional, entre ellos podemos citar las “*Lecciones de Derecho Procesal Constitucional*”, del procesalista Antonio J. Bello Lozano, publicado en 2012, la cual lo define –siguiendo a Davis Echandía– como “*el conjunto de normas que fijan los procedimientos que han de seguir en la aplicación de la justicia constitucional, lo mismo que las facultades, derechos, cargas y deberes relacionados con ésta y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla*”<sup>25</sup>.

Pareciera que en Venezuela, no se dio el mismo origen que caracterizó el estudio del derecho procesal constitucional en Latinoamérica, producto principalmente de la influencia de grandes procesalistas como Alcalá, Cappeletti o Couture, sino que fue más bien por influencia de especialistas en derecho público como el profesor Allan Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao, Antonio Canova, José Vicente Haro, entre otros, quienes se esforzaron por tratar de dar respuestas a las exigencias de los ciudadanos frente a violaciones de derechos constitucionales. No obstante ello, debemos analizar tratadistas como Mariano Arcaya, Rengel Romberg, Ramón F. Feo, Arminio Borjas, para poder precisar si por influencia de otros procesalistas pudieron hacer alguna mención en su obra.

No obstante, hay una utilización cada vez más visible del vocablo en la práctica forense patria, existiendo indicadores que sirven de base para comenzar a estudiar seriamente el derecho procesal constitucional, entre ellos, la creación de la Sala Constitucional, la existencia de procesos constitucionales y de procedimientos regulados en algunas leyes, como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En fin, el Derecho Procesal Constitucional es un terreno fértil que permite dar explicación al fenómeno de la desconfianza en el proceso ordinario, a la intervención de los órganos especializados en justicia

<sup>25</sup> Antonio Bello Lozano Márquez, *Lecciones de Derecho Procesal Constitucional*, Mobilibros, Caracas, 2012, p. 17.

constitucional como cierre de esos grandes debates que requieren la sociedad y veces como su correcta utilización sirve de contrapeso a los demás Poderes Públicos.

De una forma más científica, el profesor Duque Corredor afirma que “*el Derecho Procesal Constitucional es la ciencia que desarrolla y estudia los instrumentos jurídicos que materializan el control de la constitucionalidad frente a las violaciones de la constitución y el abuso del poder del estado*”<sup>26</sup>. Para llegar a esa definición el profesor Duque Corredor describe los tipos de sistemas de control de la constitucionalidad, contrastando el difuso, el concentrado y el mixto; así como la importancia que ha tenido la interpretación constitucional, los métodos utilizados por los tribunales especializados en justicia constitucional y el valor de las sentencias dictadas por estos últimos, resaltando un aspecto fundamental como es el de la materialización de los derechos constitucionales violados y no se conviertan en mera expectativa.

Encontramos la reciente definición expuesta por el profesor Badell Madrid, quien con la precisión que lo caracteriza, lo entiende como “*una rama autónoma del derecho, que comprende el estudio sistemático de las instituciones, los procesos y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales de la constitución, teniendo por objeto reparar dichas violaciones y preservar la supremacía de la Constitución*”<sup>27</sup>. El profesor Badell nos hace un recorrido amplio por dos de los aspectos básicos del Derecho Procesal Constitucional, como son el orgánico y el adjetivo; dándole un orden sistemático a los procesos consagrados en la Constitución y desarrollados en textos legales o creados pretorianamente por jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Nosotros entendemos al Derecho Procesal Constitucional como la rama del derecho mixta, por su influencia directa del derecho constitucional y del derecho procesal, que se encarga del estudio de la magistratura constitucional y de los medios procesales destinados a la garantía de la supremacía constitucional, así como de la protección subjetiva de los valores, principios y derechos consagrados en el Texto Fundamental.

<sup>26</sup> Román J. Duque Corredor, *Curso de Derecho Procesal Constitucional*, 2020. p. 124.

<sup>27</sup> Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. p. 56.

Con esta definición queremos destacar el rol instrumental del derecho procesal constitucional, como mecanismo para obtener justicia, mediante los procesos consagrados en la Constitución y desarrollados por el legislador e incluso por la propia jurisprudencia. Encontramos algunos medios expresamente consagrados en la Constitución, tal como sucede con el amparo constitucional, que además es desarrollado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en la Ley Orgánica del tribunal Supremo de Justicia, en cuanto al régimen de competencias, y en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que de forma pretoriana ha mutado el procedimiento legalmente establecido para hacerlo compatible a Texto Constitucional, por el carácter preconstitucional de la norma que lo rige. Hay otros procesos que simplemente fueron creados por la jurisprudencia de la Sala Constitucional y luego desarrollados por el legislador, tal como podemos apreciar con las demandas de intereses difusos o colectivos. Finalmente, encontramos otros procesos que simplemente fueron creados por la jurisprudencia de esa Sala como es el de demandas autónomas de fraude constitucional

Hemos resaltado la magistratura constitucional, como elemento sustantivo del derecho procesal constitucional, en la que se estudia no sólo la conformación de los tribunales, cortes o salas constitucionales, así como los demás tribunales especializados en justicia constitucional, su forma de elección, su autonomía o inclusión dentro del Poder Judicial. Para nosotros es indispensable entender la importancia contar con un sistema robusto de selección de jueces, que entiendan el rol que pueden llegar a tener en la sociedad, con hojas de vida académica y personal completamente auditables, certificando que sólo estén conformados por los mejores ciudadanos, para que mediante un ejercicio de prudencia y *self restraint* garanticen decisiones justas.

Entendemos que la manera más sencilla de comenzar a profundizar sobre la definición del Derecho Procesal Constitucional es por su parte adjetiva, esto es, a través de los distintos medios procesales previstos en el ordenamiento jurídico para hacer efectivo los fines propios, siendo los más comunes el amparo constitucional, el recurso de nulidad, el habeas corpus, la omisión constitucional, entre otros que varían en cada legislación. Ciertamente que, hay muchísimo material escrito sobre los

procesos constitucionales, quizás el que ocupe la mayor cantidad de páginas sea el amparo constitucional, por su expansión en más de 51 ordenamientos jurídicos, motivando interés en otras áreas del derecho que han sido afectadas por el ejercicio de alguno de los tipos de amparo constitucional.

El núcleo central de nuestra definición descansa sobre dos pilares fundamentales, como son el de servir de garantía de la supremacía constitucional, que sirva de límite al poder arbitrario y que centre su actuar en la dignidad del ser humano, sin los cuales no podremos hablar de derecho procesal constitucional sino de constitucionalismo autoritario.

**I.II. Ubicación:** Íntimamente ligado al punto anterior, encontramos el problema de la naturaleza jurídica del derecho procesal constitucional, lo que supone escudriñar en su origen y recordar lo que hemos dicho al definirlo. Ello hace indispensable tener clara las diferencias entre los principales sistemas de control constitucional, difuso o concentrado, las cuales son notables, a pesar de haber tenido desarrollo paralelo.

Es así, como la naturaleza del derecho procesal constitucional ha sido uno de los asuntos más problemáticos, al presentarse varias visiones que se contraponen. Entre ellas, puede hablarse de aquellos que consideran al derecho procesal constitucional como una rama del derecho procesal, otros como una disciplina autónoma, otros como una disciplina mixta que conjuga la jurisdicción constitucional (en sentido orgánico) y los procesos constitucionales (sentido adjetivo o formal) y otros han comenzado a incluir la protección de los derechos humanos al hablar del derecho procesal constitucional transnacional.

Siguiendo la misma línea anterior, citaré algunas posturas que han tomados profesores sobre la ubicación o naturaleza del derecho procesal constitucional.

**I.II.1. Como ciencia autónoma:** Para el profesor Boris Barrios, *“el derecho Procesal Constitucional es autónomo, ya que se encuentra regulada en los propios códigos judiciales de determinados países”*. Es importante desatacar que el profesor Barrios en un gran procesalista (en lo penal, civil y constitucional) que dirige la asociación Panameña

de Derecho Procesal Constitucional y ha luchado siempre por su autonomía<sup>28</sup>.

En sintonía con el criterio anterior, el profesor mexicano Gil Rendón, lo “*considera una ciencia autónoma e independiente tanto del Derecho Procesal como del Derecho Constitucional, en virtud de que cuenta con un método y un objeto de estudio propios, reflejados en su contenido y que está formado por el conjunto de principios, normas y reglas específicas, que la hacen tener autonomía legislativa, doctrinal, didáctica o epistemológica y jurisdiccional*”<sup>29</sup>.

**I.II.2. Como rama del derecho constitucional:** Tal como señalamos en el capítulo I, el autor Peter Häberle afirma que el derecho procesal constitucional es derecho constitucional concretizado, dando así, especial relevancia a las normas adjetivas que regulan los procesos seguidos ante el Tribunal Federal constitucional alemán.

Para el profesor López Viera, “*surge del propio Derecho Constitucional, a través de su evolución y la necesidad de establecer mecanismos de control y defensa de la supremacía y vigencia constitucional*”<sup>30</sup>. En igual sentido se expresa el profesor brasileiro Dantas.

**I.II.3. Como rama del derecho público:** Otra postura ubica al Derecho Procesal Constitucional dentro del Derecho Público, ya que regula la actividad de los entes estatales, tal como lo señala el profesor mexicano García Morelos<sup>31</sup>. Ciertamente que el derecho procesal constitucional se ha vuelto un contrapeso al ejercicio del Poder Público, pero también ha servido para resolver problemas entre particulares, sobre todo en casos en los que la justicia ordinaria falla.

**I.II.4. Como rama del derecho procesal:** La mayoría de los autores consideran que el Derecho Procesal Constitucional es una rama del derecho procesal, que sirve de instrumento para la materialización de los derechos y garantías constitucionales, enfocándose en esas normas que regulan los procesos destinados a tal fin, tal como ocurre con Héctor Fix Zamudio, Jesús González Pérez, Domingo García Belaunde.

<sup>28</sup> Boris Barrios González, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Jurídica Ancón, 2011. p. 47.

<sup>29</sup> Raymundo Gil Rendón, ob. cit. p. 42.

<sup>30</sup> José Reynaldo López Viera, *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*, APECC, 2015. p. 27.

<sup>31</sup> Gumersindo García Morelos, ob. cit. p. 25.

**I.II.5. Como disciplina mixta:** Para el profesor Néstor Pedro Sagüés, el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina mixta por estar influenciada del derecho constitucional y de los aspectos adjetivos desarrollados en las normas. Nótese que la postura del maestro Sagüés viene de la mano de la distinción que hace entre Derecho Constitucional Procesal, del cual sostiene ser “*un sector del derecho constitucional*”, para más adelante contrastarlo con el Derecho Procesal Constitucional, que no duda ubicar como una “*rama del derecho procesal*”.

Nosotros nos inclinamos a ubicar al Derecho Procesal Constitucional como una disciplina mixta, por confluir en ella, aspectos sustantivos inherentes a la garantía de la supremacía constitucional, al estudio de las técnicas, métodos, a control de los demás Poderes Públicos, los efectos de sus decisiones desde el plano del sistema de fuentes del derecho, principalmente derivados de la interpretación constitucional o del valor de precedente, de las funciones de cierre del debate constitucional, propios del derecho constitucional. No menos importantes dejan de ser los aspectos orgánicos inherentes a las normas organizativas, competencias y sistemas de elección de los jueces integrantes de los órganos especializados en justicia, lo que comúnmente se denomina la magistratura constitucional.

Un aspecto medular al ubicarlo como disciplina mixta, es que tiene un aspecto subjetivo al centrar la protección en la dignidad del ser humano, en el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas y en la materialización de los derechos como aspiración última y no como mera expectativa.

En la actualidad, el derecho procesal constitucional venezolano no puede limitarse al estudio comparativo de los sistemas de control concentrado y difuso de la constitucionalidad de las leyes, ya que la Constitución, la ley y la jurisprudencia han instaurado un sistema reforzado de medios de garantía de los derechos fundamentales y de protección de la propia Constitución, algunos de ellos incorporados en el propio texto constitucional y otros por desarrollo jurisprudencial, entre los que podemos mencionar: i) el recurso de nulidad, ii) el control difuso de la constitucionalidad, iii) la acción de amparo, iv) el habeas corpus, v) el habeas data, vi) la omisión legislativa, vii) la controversia constitucional, viii) el control preventivo, ix) la revisión constitucional, x) el

recurso de colisión de leyes, xi) el recurso de interpretación y xii) las demandas por intereses colectivos o difusos.

A pesar de contar con un sistema robusto y amplio de control constitucional y de medios procesales, el estudio del Derecho Procesal Constitucional no debe limitarse el estudio al mero aspecto adjetivo, ello por los graves efectos perjudiciales que produce la utilización de sus interpretaciones con fines ideológicos o de respaldo al Poder Político que lo detente en ese momento, como legitimador del constitucionalismo autoritario, como categoría que busca legitimar el ejercicio abusivo mediante fachadas.

El derecho procesal constitucional ha surgido principalmente como respuesta a la tendencia contemporánea de creación de tribunales constitucionales o salas constitucionales y la necesidad de judicializar los procesos seguidos ante éstos, tal como sucede en Venezuela en el que el efecto expansivo se produjo desde 1999, cuando la Constitución aprobada ese año, creo la Sala Constitucional, le atribuyo competencias para conocer de determinados procesos constitucional y fijó el efecto vinculante de las decisiones dictadas en materia de interpretación sobre el Texto Fundamental.

Cierta es la afirmación de que para que exista jurisdicción debe haber tribunales ante quienes plantear alguna pretensión constitucional, lo que justifica el estudio del derecho procesal constitucional desde el punto de vista orgánico. En ese contexto, imperioso es plantear el rol de la Sala Constitucional como máxima y última intérprete de la Constitución, así como las tensiones entre poderes generadas por el control judicial que sobre éstos ejerce la Sala Constitucional, control por demás extendido hasta las decisiones de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, del cual aquella forma parte y que constituye, per se, una diferencia frente a la mayoría de los Tribunales Constitucionales, cuya principal característica es la de no formar parte del poder judicial.

Se justifica el estudio en Venezuela de la naturaleza de la Sala Constitucional, partiendo de la premisa de que si bien sus decisiones tienen alto impacto en la política del país, son precedidas de un procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia o la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, principalmente, y persigue como todo proceso, un fin, a saber, la

protección de la Constitución mediante una sentencia que resuelva una pretensión sometida a su conocimiento.

Al estudiar la Magistratura Constitucional, nos encontramos que la forma de designación y régimen disciplinario de los Magistrados de la Sala Constitucional y de los otros Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, únicamente difieren, en el número de los que la conforman, siendo desde sus inicios de cinco miembros, cuando las otras Salas tenían 3, situación actual, o de siete miembros, cuando las otras Salas tenían 5 miembros. No han sido pocos los problemas derivados de la inclusión de la Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia, cuando ésta ha revocado alguna de las decisiones dictadas por sus pares, produciendo un choque de trenes.

## **II. IMPACTO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA**

Podemos afirmar con suma satisfacción el hecho de que en Venezuela se haya consolidado el estudio formal y sistemático del derecho procesal constitucional, como novel disciplina jurídica que busca su autonomía del derecho constitucional, en su aspecto sustantivo, y del derecho procesal, en su aspecto adjetivo, aun cuando no pueda prescindir de la clara influencia que ambas tienen sobre aquella.

Debemos resaltar el aporte que la Universidad Monteávila<sup>32</sup> ha supuesto a su difusión, al iniciar como única oferta académica la Especialización en Derecho Procesal Constitucional a finales del año 2007 y manteniéndose hasta la elaboración de la presente ponencia y cuyos frutos fueron cosechados al graduar más de 100 especialistas. Actualmente se imparte el XIII Cohorte y esperamos que con éxito graduemos en el mes de noviembre de 2023.

A finales del año 2022, celebramos los primeros 15 años de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional en un reencuentro entre egresados y profesores, cargado de emotividad y la camaradería propia de los buenos amigos que se cultivan en una comunidad de saberes.

---

<sup>32</sup> La página web de la Universidad Monteávila es: [www.uma.edu.ve](http://www.uma.edu.ve). Allí encontrarán un link de postgrados donde se encuentra información de la especialización.

En el programa de estudio de la especialización se mezclan materias procesales, sustantivas, de metodología y materias humanísticas, entre las cuales, debo resaltar: Introducción al Derecho Procesal Constitucional; Teoría General de la Constitución; Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional; Nociones de Filosofía y Antropología; Técnicas de interpretación y aplicación de las normas constitucionales; El amparo constitucional; Hábeas Corpus y Hábeas Data; La garantía constitucional del Debido Proceso; Persona y Bien Común; El control constitucional de las leyes, decretos-leyes y actos administrativos; La jurisprudencia constitucional y el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico venezolano; Los poderes cautelares del juez constitucional; Los principios probatorios del Derecho Procesal Constitucional; Fundamentos de Deontología jurídica y Seminario de Trabajo de Grado I, II y III.

Merece la pena destacar que los cursantes de la especialización han tenido diversas inclinaciones profesionales hacia otras ramas del derecho, bien en su ejercicio profesional como en el docente. Así, dentro de los estudiantes tenemos Jueces Contencioso Administrativos y Civiles, Fiscales del Ministerio Público, Defensores Públicos, relatores del Tribunal Supremo de Justicia, de Juzgados Laborales, de Juzgados Contencioso Administrativo, litigantes, profesionales con dos carreras como administradores y filósofos, en fin, denota el interés que ha generado su estudio en diversas áreas del conocimiento.

Es bien sabido que una de las bases fundacionales de la Universidad Monteávila son sus propios egresados, siendo justo mencionar alguno de los que han obtenido su título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional y que se han incorporado al cuerpo docente de nuestra casa de estudio, formando un verdadero semillero que estamos seguros dejarán su huella, entre los que destacamos a Jorge Kiriakidis, Alejandro Gonzales Valenzuela, Luis Petit Guerra, Richard Rodríguez Blaise, Jesús María Alvarado, Gregory Odreman, Luis Izquier, Javier Iranzo, Alan Aldana, Corina Castillo, María Auxiliadora Gutiérrez, Roberto Hung, entre otros, que sin haber llegado a ser profesores han colaborado activamente con las actividades académicas.

Otro elemento que considero pertinente resaltar es la creación del Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional (CEDEPCO),

que cuenta con la convocatoria de IX Congresos Internacionales de Derecho Procesal Constitucional, varios encuentros nacionales y siete libros de ponencias publicados, con colaboraciones de Néstor Pedro Sagüés, Domingo García Belaunde, Javier García Roca, Carlos Ayala, Allan Brewer-Carías, Román Duque Corredor, Henrique Iribarren, Pedro Nikken, Jesús María Casal, Víctor Hernández Mendible, Javier Rúan, José Ignacio Hernández, Manuel Corado, Rene Moreno, Mónica Bustamante, Ernesto Blume, Aníbal Quiroga, Humberto Nogueira, Marcos del Rosario, Rafael Badell, Eduardo Andrés Belandía, José Luis Villegas, Marcos del Rosario, Richard Albert, Cecilia Sosa Gómez, Luis Petit Guerra, Javier Orozco, Roberto Romboli, Juan Marcelino González, Cosimina Pellegrino, Humberto Briceño León, Anita Giacomette, Jania Lopes Saldanha, Pablo Villalba Vernie, Sofia Sagüés, Silvia Romboli, Jairo Herrera, Raúl Sánchez, Daniela Urosa, Richard Albert, Henry Izasa, Sussana Pozzollo, Thiago Azevedo, Aníbal Quiroga, Pedro Grández, Santiago Blanco, Manuel Riojas, Gregorio Montero, Ernesto Jinesta Lobo, María Elena Toro, Antonio Silva Aranguren, Hann Henning Von der Osten, Antonio Canova, José Vicente Haro, Gerardo Fernández, Pablo Villalba Bernie, Eloy Espinosa-Saldaña, Marco Valdivieso, Teresa Paredes, Armando Enrique Cruz, Eugenio Hernández-Breton, entre otros.

Los siete libros publicados, incluyendo el actual, constituyen un aporte a la doctrina universal, que deja un testimonio en las horas más oscuras del derecho en Venezuela, en las que la academia no se detuvo, por el contrario, dejó los cimientos para la reconstrucción de un derecho procesal constitucional al verdadero servicio del ciudadano, de su dignidad como norte y de la materialización de los derechos, garantías, principios y valores que inspiran una sana democracia.

Debemos agradecer en especial a tres editoriales que siempre nos han apoyado en las publicaciones de nuestros 7 libros, como son la dra. Belén Ramírez Landaeta con FUNEDA, el maestro Allan Brewer-Carías con la Editorial Jurídica Venezolana y Antonio Silva Aranguren con el CIDEP. También debemos agradecer a Beatriz Martínez, bibliotecóloga de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y profesora desde sus inicios hasta la presente fecha de metodología en la Especialización en Derecho Procesal Constitucional, por la materialización

del convenio entre la Universidad Monteávila y esa corporación para la digitalización de más de 100 tesis de especialistas, de las cuales ya 25 están disponibles al público de forma gratuita.

Hay que destacar el aporte que ha realizado el Bloque Constitucional al estudio del Derecho Procesal Constitucional, siendo varios de sus directores y miembros profesores activos de la especialización, entre ellos el recientemente fallecido Román Duque Corredor, así como los profesores Cecilia Sosa Gómez, Alejandro González y Conchita Mulino.

Este año 2023, se suscribió entre la Universidad Monteávila y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales acuerdo para publicar digitalmente las más de 100 tesis de especialistas en Derecho Procesal Constitucional, las cuales estarán a disposición de forma gratuita al público en general, como un aporte que evidencia el resultado de más de 15 años de estudio.

Desde la Especialización en Derecho Procesal Constitucional hemos suscrito convenio interacadémico con la Universidad de Lomas de Zamora en Argentina, por la Maestría en Derecho Procesal Constitucional que dirige el profesor Osvaldo Gozaíni y con la Universidad de Pisa, con la Especialidad en Justicia Constitucional que dirige el profesor Roberto Romboli, logrando graduar varios de nuestros egresados e incluirlos en la plantilla de profesores como intercambio formativo.

Durante estos últimos 15 años, hemos participado en más de 100 congresos nacionales e internacionales, dejando siempre en alto el nombre de nuestra querida Venezuela. Asistimos como ponentes a congresos en Colombia, Argentina, Bolivia, Panamá, Ecuador, Costa Rica, México, Estados Unidos, Italia, España, Perú, Brasil, Paraguay, donde interactuamos con grandes maestros en el área del derecho procesal constitucional.

Formamos parte como directivos o miembros de varias asociaciones internacionales, entre las que puedo mencionar la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional, Argentina de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Iberoamericana de Derechos Fundamentales, Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Mundial de

Justicia Constitucional y otras tantas de las que somos colaboradores activos.

Finalmente, mención especial merece Julio Pérez y todo el personal de Universitas Fundación, quienes nos han apoyado en la trasmisión de varios de nuestros congresos y desarrollado dos cursos internacionales de Derecho Procesal Constitucional, con más de 1300 inscritos y 43 participantes, respectivamente.

En definitiva, hay mucho por hacer, pero seguimos abonando el camino para lograr la autonomía del Derecho Procesal Constitucional y que su impacto se sienta en la materialización de los derechos y aspiraciones del ciudadano, frente a la tendencia cada vez más autoritaria de quienes detentan el poder político.

Hemos querido dejar testimonio de trabajo sostenido durante más de 16 años, en los que ni en las peores circunstancias se ha detenido la labor de estudio científico del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela, formando un verdadero semillero que contribuirá a servir de ejemplo para otros países, que decididamente tienen como norte la dignidad del ser humano y la materialización de los derechos que tienen a vivir en libertad.

Caracas, 29 de septiembre de 2023.



# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL FEDERALISMO EN MÉXICO

ARMANDO ENRIQUE CRUZ COVARRUBIAS\*

## SUMARIO

- Introducción. I. El Pacto Federal y la implantación del federalismo como forma de gobierno. 1. Uso y significado de la voz Federalismo. 2. Características del Federalismo. 3. Objetivos del Federalismo. II. La inviolabilidad de la Constitución como el punto de mayor relevancia dentro del Constitucionalismo. 1. La supremacía Constitucional como instrumento de defensa del federalismo. III. Federalismo Judicial. • Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

La Constitucionalización del ordenamiento jurídico es un tema de gran importancia en todos los sistemas jurídicos del mundo, ya que de su éxito en la aplicación dependen, temas relevantes como la protección de los derechos humanos, la división de poderes y la limitación al poder del Estado, entre muchos otros.

Por lo amplio del tema y porque, en esta ocasión, sería imposible abarcar todos los ámbitos que integran la Constitucionalización del ordenamiento jurídico en el caso específico de México, vamos a delimitarnos a los temas del Pacto Federal y al del federalismo judicial.

Sin lugar a dudas, los medios de control constitucional por excelencia son el Juicio de amparo, las Controversias Constitucionales y las Acciones de Inconstitucionalidad, pero el tema del Pacto Federal como instrumento para la defensa de la Constitución es un tema poco explorado y, sin lugar a dudas una herramienta para que a través de las

---

\* Doctor en Derecho por la UNAM, miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II, es autor de varios libros entre los que destacan *Federalismo Fiscal Mexicano*, ed. Porrúa; *La Suprema Corte ante la reforma de derechos humanos*, coautor; *Los Derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales*, editados por Tirant Lo Blanch. Actualmente Profesor-Investigador en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

legislaturas se apruebe o desapruere una modificación a la Constitución General que vaya en contra de derechos fundamentales o de la propia soberanía de las entidades federativas.

Así pues, la idea central de la presente investigación será analizar y estudiar el tema del Pacto Federal que implanta el federalismo y la potestad soberana que tienen las entidades federativas en el llamado federalismo judicial.

## **I. EL PACTO FEDERAL Y LA IMPLANTACIÓN DEL FEDERALISMO COMO FORMA DE GOBIERNO**

### **1. Uso y significado de la voz Federalismo**

Se dice que el surgimiento del término federalismo nació del vocablo latín “*foedus*” que significa unión, alianza, pacto, acuerdo<sup>1</sup>. Otro uso que se le ha dado en la historia es “para referirse a las alianzas forjadas entre los hombres y los pueblos con objeto de alcanzar fines comunes y superiores, es difícil precisar el momento exacto en que el concepto fue utilizado con el sentido político, estructural y funcional que le conocemos hoy, como forma depurada de organización de Estado”.<sup>2</sup> La ciencia política le da el significado de: unión de diferentes conjuntos políticos que, a pesar de su asociación, conservan su carácter individual, esto en palabras de Aguirre Saldivar.

Una federación se forma mediante la unión voluntaria de personas que comparten vínculos culturales, sociales, políticos o económicos, con el propósito de lograr objetivos comunes y más elevados que sólo pueden alcanzarse trabajando juntos. No se puede establecer una federación por decreto; se construye a través de la voluntad consciente de sus miembros, quienes acuerdan unirse y mantienen una convivencia respetuosa mientras reconocen y respetan las identidades y objetivos individuales.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Armando E. Cruz Covarrubias, *Federalismo Fiscal Mexicano*, edit. Porrúa, México, 2004. p. 3.

<sup>2</sup> Véase Enrique Aguirre Saldivar, *Los Retos del derecho público en materia de Federalismo*, Edit., UNAM, México, 1997. p. 73.

<sup>3</sup> Véase Jacinto Faya Viesca, *El Federalismo Mexicano, Régimen Constitucional del Sistema Federal*, INAP, México, 1988. El autor trata el tema a lo largo de todo el capítulo primero de este libro.

El sistema federal de gobierno busca la descentralización en áreas jurídicas, administrativas, políticas, económicas y sociales, con el objetivo de distribuir el poder de manera equitativa. Según algunos autores, la descentralización política es la faceta más crucial del federalismo, ya que al distribuir el poder a nivel nacional, regional y local, se logra un equilibrio en las fuerzas del Estado.

La federación es una forma de organizar un Estado que se encuentra entre el modelo centralista de un Estado unitario y el alto grado de descentralización de un Estado confederado. En el Estado federal, se busca mantener un equilibrio en la estructura gubernamental.

El federalismo implica una distribución compleja del poder y un sistema de competencias. Para que diferentes poderes coexistan de manera efectiva, es necesario contar con una fórmula que coordine sus competencias y facultades de manera equilibrada, evitando la duplicación de funciones.

En relación a este asunto, la mayoría de los autores que se exploran en este estudio, al tratar de abordar la cuestión de evitar la duplicación de funciones, hacen referencia a diversas categorías como facultades explícitas, implícitas, concurrentes, coincidentes o supletorias, entre otras.

Según el enfoque del maestro de la Cueva, el federalismo surge como un producto de la evolución histórica. El federalismo representa una síntesis histórica de los sentimientos nacionales que buscaban la unidad del pueblo, la apreciación de la libertad y el deseo de contar con un gobierno autónomo basado en los principios de la democracia.<sup>4</sup>

El profesor Jorge Carpizo sostiene que el federalismo representa una determinación política esencial que involucra la coexistencia de tres niveles de gobierno: el federal, el estatal y el municipal. Sin embargo, en realidad, sólo existen dos niveles de gobierno: los Estados que son signatarios del pacto federal y el gobierno federal resultante de ese pacto. El Estado mexicano ha establecido al municipio como el fundamento de su estructura política y administrativa, por lo cual se hace referencia a un tercer nivel de gobierno.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Véase Mario De La Cueva, *La Constitución Política*, 50 años de la Revolución, Edit., FCE, T. III, México, 1961. pp. 9 y ss.

<sup>5</sup> Véase Jorge Carpizo Macgregor, *La Constitución Mexicana de 1917*, Edit., UNAM, México, 1998. pp. 134 y 135.

Según Martínez de la Serna, la Federación implica la idea de “unión”. En su perspectiva, se trata de la unión de Estados que se auto-gobiernan en asuntos compartidos a través del pacto federal, establecido en la Constitución Federal. Esto permite que los Estados miembros se gobiernen a sí mismos, lo que resulta en una distribución dual de responsabilidades y competencias.<sup>6</sup>

Según Norberto Bobbio, el término “federalismo” se emplea para describir dos conceptos: el primero es una definición institucional clara pero algo limitada, que se refiere a la teoría del Estado federal como un modelo constitucional que ha sido objeto de numerosos estudios sobre su estructura y funcionamiento. El segundo concepto es una definición cultural más amplia y ambigua, que aborda una visión holística de la sociedad, de manera similar a una doctrina como el liberalismo o el socialismo, involucrando la comprensión de valores, ideologías, historia y otros factores que influyen en la vida de la comunidad.<sup>7</sup>

El constitucionalista Elizur Arteaga argumenta que gracias al sistema federal, coexisten y tienen jurisdicción sobre las mismas personas y el mismo territorio dos fuentes de autoridad. Una de ellas es la central, que tradicionalmente se ha conocido como el poder federal, y la otra es la local, que se amalgama con las entidades a las que la Constitución general se refiere como “Estados libres y soberanos”. Estas dos formas de autoridad conforman la estructura política del país y, en conjunto, dan lugar a lo que se denomina en términos constitucionales como los Estados Unidos Mexicanos.<sup>8</sup>

El profesor Manuel González Oropeza afirma que según el manifiesto de la Diputación Provincial de 1823 del Estado de Jalisco, el federalismo es un sistema en el que:

- a) Cada provincia se convierte en un Estado independiente.
- b) Esta independencia se refleja en la existencia de órganos de gobierno propios, donde la diputación provincial se transforma en el Poder Legislativo y el Jefe Político Superior en Gobernador.

<sup>6</sup> Véase Juan Antonio Martínez De La Serna, *El Sistema Federal, Derecho constitucional Mexicano*, Edit. Porrúa, México, 1983. pp. 83 y 107.

<sup>7</sup> Véase Norberto Bobbio y Lucio Levi. *El Federalismo, Diccionario de Política, Siglo XXI*, Tomo I, México, 1988. p. 679.

<sup>8</sup> Véase Jesús Arteaga Nava, *Derecho Constitucional Estatal*, Edit. UNAM, México, 1988. pp. 3 y ss.

- c) La Federación se concibe como un pacto que se materializa en el Acta Constitutiva de la Federación.
- d) El propósito de la Federación es ejercer conjuntamente ciertos atributos de la soberanía, principalmente la defensa mutua y la preservación de la paz pública.<sup>9</sup>

Como se puede notar en este primer vistazo en el tema del federalismo, existen diversas perspectivas y enfoques. El federalismo ha sido objeto de estudio tanto por autores clásicos, principalmente de origen estadounidense y francés, como por la doctrina de varios países, incluyendo México. Además, el concepto de federalismo es versátil y puede ser examinado desde múltiples puntos de vista, que van desde una teoría centrada en la descentralización administrativa hasta teorías que se enfocan principalmente en aspectos económicos.

Desde una perspectiva política, el federalismo se define como un modelo de estructura de poder que se rige por principios que enfatizan la necesidad de distribuir el poder de manera que se protejan las libertades locales. En este enfoque, se establece que, en términos de ejercicio de la autoridad, la negociación y la coordinación entre las distintas entidades de poder tienen una importancia fundamental.<sup>10</sup>

En el ámbito de la ciencia política, el concepto de federalismo se caracteriza por ser una forma de gobierno en la cual el poder se distribuye de manera que tanto el gobierno central como los gobiernos regionales son, en lo que concierne a sus respectivas competencias, coordinados pero al mismo tiempo independientes. Un sistema en el cual los gobiernos subnacionales ejercen el poder a discreción del gobierno nacional, que simplemente les delega ciertas facultades de toma de decisiones, no se clasifica como federal.

Chapoy Bonifaz explica que aquellos que adoptan esta perspectiva sostienen que un Estado se considera federal cuando las áreas de responsabilidad y autonomía de cada nivel de gobierno se encuentran

---

<sup>9</sup> Véase Manuel González Oropeza, *Características Iniciales del Federalismo Mexicano, Derecho Constitucional Comparado México- Estados Unidos*, Tomo I, Edit., UNAM, México, 1990, p. 230.

<sup>10</sup> Véase Daniel Eleazar, *Enciclopedia internacional de las Ciencias Sociales*, Madrid Aguilar, S.A. de ediciones, Vol. IV, 1974. Voz Federalismo.

claramente establecidas y aseguradas mediante su inclusión en una Constitución. Además, esta Constitución debe ser respetada y solo modificable mediante una mayoría extraordinaria, de tal manera que la división territorial del poder queda protegida de manera excepcional por un marco legal sólido.<sup>11</sup>

Desde una perspectiva económica del concepto de federalismo, se establecen bases para la gestión de recursos y la distribución de ingresos. En este enfoque, se da un énfasis secundario al hecho de que los gobiernos subnacionales operen ya sea con facultades delegadas por la autoridad central según lo establecido por la Constitución, o con poderes que les hayan sido conferidos originalmente por esa misma ley fundamental. Cuando las decisiones tomadas por las autoridades de cada jurisdicción primordialmente atienden a los intereses de sus residentes, es la sociedad en sí la que fundamenta el federalismo. En este contexto, el federalismo se entiende como un modelo de descentralización tanto de las responsabilidades del Estado entre distintos niveles de gobierno como de la forma en que se financian.<sup>12</sup>

## 2. Características del Federalismo

En el federalismo conviven múltiples gobiernos sin que se genere rivalidad o competencia por el poder. Esto se debe a que la Constitución, que es otorgada por la nación misma, define claramente las diversas esferas y niveles de autoridad, facilitando la integración de las distintas partes en un sistema armónico y jerárquico.

Entre las características más sobresalientes del federalismo se pueden destacar las siguientes:

- a) Un solo territorio en donde convergen los niveles de gobierno federal, estatal y municipal.
- b) Una sola población con derechos y obligaciones en las tres jurisdicciones, federal, estatal y municipal.
- c) Una sola soberanía. El poder supremo es el pueblo y este ejerce su poder a través del órgano federal y el estatal. El ejercicio del poder está regulado en la propia Constitución.

---

<sup>11</sup> Véase Dolores Beatriz Chapoy Bonifaz, *Finanzas Nacionales y Finanzas Estatales*, Edit., UNAM, México, 1992. p. 25.

<sup>12</sup> *Ibidem*. pp. 26 a 28.

- d) Un gobierno en cada uno de los tres niveles de gobierno, el federal, estatal y municipal, con sus facultades delimitadas por la Constitución.
- e) La personalidad del Estado federal es una sola que recae en el gobierno federal.
- f) Las entidades federativas, promulgan su propia Constitución Local, ejerciendo el poder en su régimen interno en base a la propia Constitución General.
- g) Las entidades federativas intervienen en el cambio a la Constitución General, pues se necesita que la mitad más uno de ellas, avale dicho cambio.
- h) Los Estados o entidades federativas deben tener los recursos financieros suficientes para la prestación de servicios públicos de su competencia.
- i) Calzada Padrón indica que: la forma federal de gobierno, permite establecer un equilibrio de los poderes constitucionales, e imposibilita que surja un poder omnipotente.<sup>13</sup>

### 3. Objetivos del Federalismo

En lo referente a los objetivos se puede afirmar que desde el momento de su establecimiento en 1787, los creadores de la Constitución estadounidense tenían una serie de objetivos federalistas claramente delineados:

- a) Buscar una unión más perfecta que equilibrara los derechos de los Estados con las necesidades de un gobierno central.
- b) Salvaguardar los derechos fundamentales del individuo, estableciendo así la justicia.
- c) Asegurar la paz interna al proteger a los Estados miembros de las amenazas extranjeras y los conflictos internos.
- d) Preservar la libertad mediante la inclusión de disposiciones de garantía de la libertad.
- e) Conferir al gobierno federal facultades en asuntos económicos, financieros y comerciales para asegurar el bienestar general.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Véase Feliciano Calzada Padrón, *Derecho Constitucional*, Edit. Oxford University Press, Harla, México, 1998. p. 207 y 208.

<sup>14</sup> Aguirre Saldivar, ob. cit. pp. 91 y 94.

Como se puede observar, los objetivos del federalismo eran variados e incluían la promoción de la prosperidad económica y política, la defensa contra las invasiones extranjeras, la prevención de conflictos entre los Estados miembros de la federación, la limitación del poder ejecutivo y, en consecuencia, la reducción de la influencia del poder militar sobre la sociedad civil. También buscaban el fomento del comercio como una fuente de riqueza y el aumento de la capacidad tributaria.<sup>15</sup>

Ya analizamos de manera general, el concepto, las características y los objetivos del federalismo, ahora entraremos al estudio del siguiente tema.

## **II. LA INVIOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN COMO EL PUNTO DE MAYOR RELEVANCIA DENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO**

La inviolabilidad de la Constitución es el punto de máxima relevancia en el ámbito del constitucionalismo, pues constituye el núcleo esencial de la teoría constitucional. El término “inviolabilidad” es universalmente aceptado, comprendido y empleado por todos nosotros debido a que, en nuestras experiencias cotidianas, lo relacionamos con numerosos aspectos, todos considerados como fundamentales, por así decirlo. Por ejemplo, lo vinculamos con nuestra propia persona con nuestras familias, nuestro hogar, nuestras posesiones y bienes, en concordancia con lo establecido en el primer párrafo del artículo 16, que prohíbe cualquier forma de “molestia” en cada uno de estos contextos. Asimismo, lo asociamos con la obligación de cumplir plenamente con la ley. En el caso que estamos analizando, lo conectamos con la Constitución, que nos garantiza la protección de nuestros derechos humanos y con una justicia pronta y expedita.

Estamos frente a un principio de la teoría constitucional que es intrincado y que resulta extremadamente desafiante de aplicar por parte de las autoridades. Sin embargo, la inviolabilidad de la Constitución

---

<sup>15</sup> Véase A. Hamilton, J. Madison y J. Jay. *El Federalista*, 7ª reimpresión, Edit., Fondo de Cultura Económica, México, 2000. pp. 3 a 60.

es el fundamento esencial para comprender, en un sentido positivo, la importancia y la magnitud de la Constitución y, en general, del Estado de Derecho o Estado Constitucional de Derecho.

La Constitución, es la ley suprema de toda la nación, tal como se establece en el artículo 133 del texto constitucional vigente.

En una primera aproximación, se puede afirmar que cada uno de los enunciados contenidos en una constitución, sin ninguna excepción, están sujetos a inviolabilidad, es decir, son absolutamente inviolables, incuestionables y poseen una jerarquía similar a la que se atribuye a la dignidad de todo ser humano.

No obstante, en consonancia con la tradición del constitucionalismo mexicano, se puede establecer que el objeto principal y supremo del principio de inviolabilidad se encuentra en los derechos humanos. Estos derechos son comprendidos de acuerdo con la explicación dada durante el debate de la Asamblea Constituyente de 1857, a partir de la formulación del artículo 1 de la Constitución de ese mismo año, que dice:

*Art 1º. El pueblo reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga esta Constitución.*<sup>16</sup>

Este enunciado, es el más importante del constitucionalismo latinoamericano y europeo.<sup>17</sup> En este enunciado, el pueblo soberano reconoce, tal como se explica en el debate de que fue objeto, que los derechos del hombre nacen de la naturaleza del ser humano, que es “eminente y libre y eminentemente social,” en palabras del constituyente León Guzmán.

Veamos ahora, el siguiente tema que tiene que ver con la Supremacía Constitucional.

<sup>16</sup> Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México 1808 -1979*, que es la edición que tengo sobre mi escritorio, de la editorial Porrúa, S. A., México, 1980, p.607. Pero se puede consultar en cualquiera de sus ediciones más recientes.

<sup>17</sup> Armando E. Cruz- Covarrubias, *Los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones*, de la editora Tirant lo Blanch, México, 2019. p. 15.

## **1. La supremacía Constitucional como instrumento de defensa del federalismo**

La Supremacía Constitucional está contemplada en el artículo 133, que a la letra dice:

*Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.*

Como podemos observar, la supremacía constitucional está regulada en este apartado y señala que la Constitución es la ley suprema. Es importante desde este momento tener en cuenta que la ley suprema, es decir, la Constitución es quien le da el atributo de soberanos a los Estados o entidades federativas, que componen el estado mexicano, o diríamos a México.

Veamos lo que dice el artículo 40 del texto constitucional mexicano.

*Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.*

Se puede observar con claridad el reconocimiento que la Constitución hace de la soberanía a los Estados miembros de la República.

Luego, para la protección de esa soberanía, la Constitución señala en su artículo 103, que cuando se vulnere la soberanía de los estados por parte del nivel federal, se puede acudir a los tribunales. Veamos.

*Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:*

*I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas*

*para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;*

**II.** *Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y*

**III.** *Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.*

Los anteriores artículos son sólo un pequeño ejemplo del reconocimiento e importancia y, de la clara voluntad del legislador originario en el respeto a las entidades federativas y que previó en la Constitución General, donde establece que esta no se podría cambiar sin la autorización de la mayoría de las entidades federativas a través de sus congresos locales. Así lo señala el artículo 135 de la Constitución mexicana:

*Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.*

Bajo esa tesitura, podemos considerar que en el sistema constitucional mexicano, no se puede cambiar la Constitución sin la aprobación de la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México. Figura jurídica, que por cierto, casi nunca es utilizada para frenar los cambios a la Constitución donde en ocasiones el gobierno Federal a través del Congreso de la Unión, les resta facultades constitucionales a los Estados.

### **III. FEDERALISMO JUDICIAL**

El federalismo judicial representa una revisión que hacen los Tribunales Federales, a los tribunales de las entidades federativas cuando revisan las sentencias de estos últimos, a través del juicio de amparo. Esto resulta cuestionable ya que resta credibilidad a las justicias locales

y hace más lenta la impartición de justicia. La discusión sobre el tema, no se trata de un asunto nuevo pues, desde 1868 el Congreso mexicano, discutió y resolvió la no conveniencia de la procedencia de los juicios de amparo contra resoluciones judiciales de los jueces locales.<sup>18</sup>

La revisión de los Tribunales Federales sobre las sentencias de los jueces locales de las entidades federativas, señalan algunos autores que tiene similitudes con la casación, incluso, algunos afirman que se trata del mismo proceso.

El maestro Fix- Zamudio, dice que a pesar de las divergencias de opinión entre expertos en la materia acerca de las semejanzas y discrepancias entre el recurso de casación y el juicio de amparo en México, es innegable que el amparo directo desempeña una función equivalente a la del recurso de casación, que es la revisión de las decisiones tomadas a nivel local<sup>19</sup>.

Por su parte Palacios Vargas dice que la inclusión de la casación por errores dentro del juicio de amparo se presenta como un recurso que, en apariencia, busca prevenir el abuso de poder local y eliminar el autoritarismo de los estados. Sin embargo, en la práctica, este mecanismo debilita de manera significativa la autoridad judicial de los tribunales locales, reduciéndolos a meros instructores judiciales. Si esta medida que representa una tercera instancia, hubiera conseguido, generar un ambiente de confianza en la sociedad y ganar prestigio intelectual, entonces las críticas se dirigirían hacia otro lado.<sup>20</sup>

En el mismo sentido Macedo afirma que, cuando se aborda la cuestión de la incorrecta aplicación de la ley y la protección de los procedimientos esenciales que garantizan la justicia, ya sea a través del amparo o del recurso de casación, el objetivo perseguido y el impacto generado son prácticamente lo mismo. Se destaca el efecto de uniformidad que la jurisprudencia de la Corte Suprema está ejerciendo en todo el país en relación con la aplicación de los códigos de diferentes entidades federativas. En esencia, bajo la denominación de amparo, la Corte ha estado

---

<sup>18</sup> José Barragán Barragán, *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1869*, UNAM, México, 1980.

<sup>19</sup> Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993. pp. 207.

<sup>20</sup> José Ramón Palacios Vargas, *El mito del amparo*, Jus, México, abril-junio de 1957. p. 200.

resolviendo efectivamente recursos de casación en su forma más pura, es decir, limitándose a anular la sentencia y remitiendo el expediente a otro tribunal para su revisión<sup>21</sup>.

Estamos de acuerdo con estas perspectivas, y después de un análisis exhaustivo de la historia del recurso de casación, podemos afirmar que el amparo directo se presenta como un mecanismo que, al amparo de la presunta violación de los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, establece un control por parte del Poder Judicial de la Federación sobre las decisiones de los tribunales locales, lo que resulta en la desestimación de la función judicial de los poderes judiciales de las entidades federativas, que en la práctica han quedado relegados.

La casación se empleó como un medio para impugnar posibles errores en la aplicación de la ley por parte del juez, tanto durante el proceso como en la decisión final del caso<sup>22</sup>. Piero Calamandrei sostiene que este recurso de impugnación cumple dos funciones: una de supervisar el cumplimiento de las normas procesales, y otra de promover la uniformidad en la interpretación del sistema legal<sup>23</sup>.

En el contexto mexicano, el debate sobre el federalismo judicial se caracteriza por su amplio elogio de sus aspectos positivos, junto con la recomendación de fortalecerlo. La introducción del federalismo judicial en México se remonta a la práctica de los juicios de amparo por parte de los jueces y tribunales federales en los años 1867 y 1868. A pesar de que estos juicios fueron inicialmente prohibidos por la Ley de Amparo de 1869, continuaron en uso hasta la promulgación de la ley de 1882<sup>24</sup>. Esta última ley permitió los juicios de amparo contra las resoluciones de los jueces locales, aunque no modificó el texto original de la Constitución de 1857, que seguía en vigor en ese momento.

<sup>21</sup> Citado en Teófilo Olea y Leyva, “Genealogía jurídica de la casación y el amparo mexicano en materia penal”, *Boletín de Información Judicial*, 1952, p. 418, *apud*, Julio Bustillos, *El amparo directo en México, evolución y realidad actual*, ob. cit., p. 59.

<sup>22</sup> Julio Bustillos, *El amparo directo en México, evolución y realidad actual*, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 51.

<sup>23</sup> Piero Calamandrei, *La casación civil*, vol. I, tomo II, trad. Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, 1961. pp. 85 y ss.

<sup>24</sup> José Barragán Barragán, *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1869*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987. También del mismo autor puede consultarse: *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1882*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984.

Con la promulgación de la Constitución de 1917, se generalizó la admisión de los juicios de amparo en materia judicial en México, una práctica que persiste hasta el día de hoy. El federalismo judicial se aplica de manera constante, siendo utilizado de manera extensa para impugnar decisiones de jueces y tribunales locales. En general, se interpreta como una intervención positiva y beneficiosa, e incluso se considera altamente beneficiosa y saludable para el sistema federal mexicano.

Los debates históricos, como los ocurridos durante la aprobación de la Ley de Amparo de 1869 y la Ley de Amparo de 1882, demuestran que la introducción de los juicios de amparo en materia judicial en México estuvo influenciada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Además, se presentaron argumentos y fundamentos para su introducción, relacionados con los juicios de casación.

En mi opinión, la intromisión de los jueces y tribunales federales mexicanos en asuntos judiciales locales a través de los juicios de amparo no está justificada en ningún caso. Esto se debe a que consideramos que esta práctica representa una interferencia inaceptable en el ámbito interno de los estados en materia judicial. No se habían autorizado legalmente antes de 1882, ni siquiera en el sistema de Mariano Otero o en el Acta de Reformas de 1847 ni en la Constitución de 1857<sup>25</sup>.

Sostenemos que no son inadmisibles no tanto por consideraciones de federalismo, ya que la justicia se considera un valor superior al federalismo, sino porque representan una verdadera distorsión de la justicia, al permitir que un juicio o procedimiento local pueda ser impugnado repetidamente a través de los juicios de amparo cada vez que se alegue una violación de las llamadas garantías individuales debido a las actuaciones de los jueces locales. Esto lleva a una prolongación interminable de los procesos judiciales, que comúnmente duran varios años, lo que resulta incompatible con los principios fundamentales de justicia pronta y expedita. Cabe resaltar que en muchos casos los juicios se prolongan diez años e incluso hasta veinte años o simplemente las partes se desisten y los abandonan, todo lo cual trastoca no al federalismo, sino a la propia justicia.

---

<sup>25</sup> *Ibidem.*

En México, decíamos se ve beneficioso por parte de un sector el federalismo judicial, el cual es ampliamente elogiado y se promueve su fortalecimiento. Sin embargo, podría considerarse más razonable y, desde luego, más económico, eliminar de manera definitiva los sistemas judiciales estatales si ya no se confía en ellos. La idea de suprimir los Tribunales Locales o estatales, eliminaría la necesidad de los juicios de amparo directo o casación y haría una justicia más pronta y expedita.

En este contexto, los teóricos del federalismo mexicano argumentan que los estados de la República Mexicana no poseen soberanía real y son simplemente autónomos. Si esta perspectiva se aceptara, no habría una base legal para mantener los sistemas judiciales locales.

En medio de esta controversia y de las doctrinas opuestas e incluso contradictorias, se plantea y replantea el concepto del federalismo.

En nuestra opinión, la perspectiva de los textos constitucionales mexicanos, sin aventurarnos a opinar sobre los textos de otros países, aborda de manera adecuada los aspectos difíciles y contradictorios de la teoría clásica del federalismo. En primer lugar, evita entrar en discusiones sobre la soberanía o sobre si pertenece a la federación, a los estados o a ambos (tesis de la cosoberanía)<sup>26</sup>. En segundo lugar, el federalismo se presenta como un principio simple para la distribución del poder en dos ámbitos: el federal y el local. Esta distribución tiene como objetivo lograr una desconcentración o descentralización aceptable del ejercicio del poder, para evitar un centralismo rapaz.

En resumen, adoptar el federalismo como una forma de gobierno en los términos de los textos constitucionales mexicanos resulta altamente beneficioso y evita las complicaciones asociadas con las teorías clásicas. Estas teorías, al menos, no deben considerarse como la única explicación posible del fenómeno federalista.

La idea del federalismo como una forma de estado y no como una forma de gobierno es ilustrativa y permite apreciar la simplicidad de este enfoque, el cual reconoce los términos empleados en la creación del Estado federal mexicano de 1824, con el establecimiento de Estados libres, independientes y soberanos.

---

<sup>26</sup> José Barragán Barragán, *El Federalismo mexicano, Visión histórico constitucional*, UNAM-IIIJ, México, 2007. pp. 11-14.

## CONCLUSIONES

No cabe duda de que la Constitucionalización del ordenamiento jurídico y el federalismo en México son temas cruciales en el contexto legal y político.

El proceso de Constitucionalización del ordenamiento jurídico es esencial en cualquier sistema legal, ya que garantiza la protección de los derechos humanos, establece la división de poderes y limita el poder del Estado. En el caso de México, este proceso es fundamental para mantener el equilibrio en el sistema federal y preservar la soberanía de las entidades federativas.

El federalismo debe ser considerado una forma de gobierno que busca descentralizar el poder para equilibrar las fuerzas del Estado; es importante evitar la duplicación de funciones entre los niveles de gobierno federal y estatal, incluso, a veces, hasta municipal.

El Pacto Federal, determina la creación de un Estado, con un solo territorio, una sola población, una soberanía que reside en el pueblo, tres niveles de gobierno y la distribución de competencias en los distintos ámbitos. Es importante garantizar que las entidades federativas tengan recursos suficientes para prestar servicios públicos para así mantener un equilibrio de poderes.

Los objetivos del Pacto Federal, incluyen la búsqueda de una unión más perfecta, el respeto de los derechos fundamentales, la preservación de la paz interna y la promoción del bienestar general.

La supremacía constitucional es un principio fundamental que establece la Constitución como la ley suprema de la nación y es necesario el respeto irrestricto de este.

El federalismo judicial en México, implica la revisión de las sentencias de tribunales locales por parte de tribunales federales a través del juicio de amparo. Se debe revisar hoy en día la conveniencia de esta práctica.

El texto constitucional mexicano, considera el federalismo como una forma de gobierno más que como una forma de Estado. Este enfoque simplifica la comprensión del federalismo y evita debates sobre soberanía.

La Constitucionalización del ordenamiento jurídico y el federalismo son pilares fundamentales en la estructura legal y política de México. Mantener un equilibrio entre el poder federal y las entidades federativas es esencial para preservar la democracia y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. El federalismo judicial es un tema en constante debate y evolución, y su impacto en el sistema legal mexicano sigue siendo un tema relevante y complejo. La reflexión sobre el federalismo en México es esencial para comprender mejor su papel en la gobernanza y justicia del país.

Los pros y contras del federalismo judicial en el contexto mexicano han sido objeto de un debate prolongado y motivo de controversia tanto en el ámbito jurídico como en el político. Algunas voces en México elogian el federalismo judicial como una herramienta para proteger los derechos fundamentales y garantizar la uniformidad en la interpretación de la ley y algunas otras voces, señalan los inconvenientes ya que nulifica a las justicias locales y hace lenta la impartición de justicia.

Algunos puntos a reflexionar son:

**Prolongación de los Procesos Judiciales:** Uno de los principales inconvenientes es la prolongación excesiva de los procesos judiciales. Cuando una sentencia emitida por un tribunal local es impugnada a través de un juicio de amparo, se inicia un proceso que puede tomar varios años en resolverse. Esto tiene un impacto negativo en la prontitud y la eficiencia de la justicia, lo que puede afectar a las partes involucradas y a la sociedad en su conjunto.

**Carga para el Poder Judicial de la Federación:** El federalismo judicial implica que el Poder Judicial de la Federación debe revisar y resolver un gran número de juicios de amparo contra decisiones tomadas por jueces locales. Esto crea una carga significativa para el sistema judicial federal, lo que podría retrasar la atención de otros casos importantes y contribuir a la congestión judicial.

**Desconfianza en la Justicia Local:** El federalismo judicial puede dar la impresión de que los tribunales locales no son confiables o imparciales, lo que socava la confianza en el sistema de justicia a nivel estatal. Las partes en disputa pueden sentir que deben recurrir a instancias federales para obtener una resolución justa, lo que debilita la autoridad de los tribunales locales.

Costos para las Partes: Impugnar una sentencia a través de un juicio de amparo puede ser costoso en términos de honorarios legales y gastos asociados al proceso. Esto puede hacer que el acceso a la justicia sea prohibitivamente caro para algunas personas, lo que socava el principio de igualdad ante la ley.

Interferencia en la soberanía Estatal: Al permitir que los tribunales federales revisen y anulen decisiones tomadas por tribunales locales, puede ser percibido como una interferencia en la soberanía de las entidades federativas. Esto plantea preocupaciones sobre el respeto a la soberanía local y la capacidad de los estados para tomar decisiones judiciales de acuerdo con su legislación y contexto específicos.

En resumen, aunque el amparo directo o casación puede tener ciertos beneficios, como la protección de los derechos fundamentales y la supervisión de las decisiones judiciales locales, también presenta varios inconvenientes que deben abordarse de manera cuidadosa. La búsqueda de un equilibrio entre la soberanía de los estados y la necesidad de una justicia pronta y expedita es un desafío constante en el sistema legal mexicano. La discusión en torno a estos problemas debe seguir siendo un tema importante en el ámbito jurídico y político del país.

# CONSTITUCIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES

CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA\*

## SUMARIO

- *In limine*. I. Un constructo llamado Estado social de Derecho. II. *Ius* fundamentalidad y trenza de protección de los derechos laborales. III. Venezuela: bosquejo de un balance.

## *IN LIMINE*

Agradezco a la Universidad Monteávila y su Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional (CEDEPCO) la oportunidad que me brindan de sumarme al merecido homenaje que rinden a la brillante y fructífera trayectoria académica y profesional del admirado profesor y querido amigo, Rafael Badell Madrid.

## I. UN CONSTRUCTO LLAMADO ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado social de Derecho es un constructo que asigna al Estado la obligación de satisfacer las necesidades básicas de las personas<sup>1</sup>.

Dicha concepción encarnó, por vez primera, en la Constitución promulgada en Querétaro (México) el 5 de febrero de 1917, simbolizando

---

\* Doctor en Derecho y Especialista en Derecho del Trabajo. Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Jefe del Departamento de Derecho Social (UCAB). Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. [carballomena@gmail.com](mailto:carballomena@gmail.com). ID ORCID. <https://orcid.org/0000-0002-7343-266X>.

<sup>1</sup> Guillermo Escobar Roca, “El Estado social como principio constitucional: quince tesis”, *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, V. I, Ed. Universitas, Madrid, 2012, p. 480.

la clausura del proceso revolucionario desatado a partir del 10 de noviembre de 1910<sup>2</sup>.

Dicho instrumento, en nítida manifestación del compromiso estatal de brindar protección a los sectores desventajados de la población, consagró en su icónico art. 123 un amplísimo<sup>3</sup> catálogo de derechos y garantías destinados a tutelar la integridad del trabajador bajo relación laboral:

- Tuición del trabajador mediante normas estatales irrenunciables<sup>4</sup>;
- Libertad de trabajo (en concordancia con el art. 5 *eiusdem*);
- Límites a la jornada de trabajo y regulación del trabajo extraordinario;
- Derecho al descanso semanal;
- Deber estatal de fijar salarios mínimos (en concordancia con el art. 5 *eiusdem*<sup>5</sup>);
- Restricciones sobre lugar, oportunidad y forma de pago del salario;
- Interdicción de discriminaciones salariales (*regla del salario*);
- Protección del salario;
- Protección especial de los “menores de edad” y de las mujeres, incluyendo la prohibición de “trabajos físicos” que pongan en peligro el embarazo, el descanso postnatal remunerado, y la licencia por lactancia;
- Estabilidad en el empleo;
- Higiene y salubridad en el centro de trabajo;

<sup>2</sup> Antoni Abat Ninet, “La Constitución de Querétaro. Revolución y Constitución, aspectos originales y sugestivos desde el Derecho Constitucional Comparado”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 36, enero-junio 2017, UNAM, México, 2017, p. 281.

<sup>3</sup> Con el objeto de restringir la libertad de configuración legislativa y prevenir de este modo que las conquistas revolucionarias se diluyesen “en los planos descendentes de la legislación ordinaria”. Sergio García Ramírez, “Estado democrático y social de derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 98, mayo-agosto 2000. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3634/4409>.

<sup>4</sup> XXVII.h.- “Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, [...las] estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores”.

<sup>5</sup> Principio de justa retribución del trabajo, ex art. 5: “Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento...”.

- Formalidades para la contratación de trabajadores mexicanos que deban prestar servicios en el extranjero;
- Derecho de sindicalización y huelga (en concordancia con el art. 28 *eiusdem*<sup>6</sup>);
- Paro patronal o *lock-out*;
- Bases esenciales del sistema de previsión social;
- Protección de la familia del trabajador;
- Organización y funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y de las Comisiones Especiales para la fijación del salario mínimo; y
- Participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa.

Como se observa, el art. 123 de la Constitución de Querétaro, “más que una declaración de principios o una enunciación de garantías fundamentales del trabajo, [configuró...] una síntesis de la base de la legislación laboral, elaborada mediante normas con carácter sustantivo [susceptibles...] de aplicación inmediata por los órganos administrativos y judiciales”<sup>7</sup>.

Del otro lado de Atlántico, la Constitución de Weimar (Alemania) de 11 de noviembre de 1919, en su Segunda Parte, Capítulo Quinto, intitulado “Vida Económica”, previó también un cúmulo de derechos y garantías laborales, entre los que cabe destacar:

- Libertad sindical (art. 159);
- Deber patronal de ofrecer a los trabajadores las facilidades necesarias para el ejercicio de sus derechos políticos (art. 160);
- Sistema de seguros sociales (art. 161);
- Impulso -bajo el influjo de la recién constituida -en el Tratado de Paz de Versalles- Organización Internacional del Trabajo (OIT), de un régimen internacional de tutela de los trabajadores (art. 162);

<sup>6</sup> Conforme al cual, “no constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses”. Esta norma, sin duda influida por la Ley Clayton de 1914 (EE.UU.), previno la eventual restricción de las acciones sindicales con fundamento en la protección del libre comercio y la interdicción de monopolios en la esfera de las relaciones de trabajo.

<sup>7</sup> Oscar Hernández Álvarez, *Derecho Constitucional del Trabajo*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 2023. p. 29.

- Derecho al trabajo (art. 163); y
- Derecho de los trabajadores a la cogestión empresarial (art. 165).

Las trazas del proceso de materialización del Estado social de Derecho, primero en la Constitución de Querétaro (1917) y, luego, en la de Weimar (1919), pasando por su proclamación internacional en la Constitución de la OIT de 11 de abril de 1919<sup>8</sup>, y antes con -su contracara- la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 10 de julio de 1918; ejerció un profundo influjo en el ámbito latinoamericano.

En efecto, los textos constitucionales en la región reflejaron progresivamente, a lo largo de cuatro décadas, aunque con disímiles contenidos e intensidades, el compromiso estatal de brindar eficaz protección a la clase trabajadora mediante el ejercicio -básicamente- de las funciones normativa -sanción de normas de orden público orientadas a asegurar la integridad del trabajador- y policiva -intervención de órganos administrativos destinados a inspeccionar los centros de trabajo y asegurar el fiel cumplimiento de la normativa pertinente-, al lado -en no pocos casos- del reconocimiento del derecho de los trabajadores a organizarse sindicalmente para la defensa y promoción de sus intereses de clase o categoría.

La aproximación del constitucionalismo latinoamericano al fenómeno de las relaciones laborales osciló entre el tímido deber genérico de legislar en protección del trabajo -como en la Constitución chilena de 1925-, y el nítido deber estatal de proteger la integridad del trabajador, enumerando incluso -sin alcanzar jamás la exhaustividad de la precursora experiencia mexicana de 1917- aspectos esenciales

---

<sup>8</sup> “Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a *reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades [...]* y *contra los accidentes de trabajo, [...] reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical*”.

que habrían de ser observados por el ordenamiento jurídico. En definitiva, este período, como ha sido antes señalado, inicia con la Constitución de Querétaro (1917) y prosigue, luego, bajo el influjo de esta experiencia inaugural y de las que encarnaron las constituciones de la OIT y de Weimar (1919): arts. 47 de la Constitución del Perú (1920), 20 de la Constitución de Guatemala (1921), 10.14° de la Constitución de Chile (1925), 52-56 de la Constitución del Uruguay (1934), 17 de la Constitución de Colombia y 32.8 de la Constitución de Venezuela (1936), 121, 122, 124-127 y 129 de la Constitución de Bolivia (1938), 97-101 y 103 de la Constitución de Nicaragua y 62 de la Constitución de El Salvador (1939), 60-69, 71-74, 77-80 y 83-86 de la Constitución de Cuba y 14 de la Constitución del Paraguay (1940), 53 y 54 de la Constitución de Panamá (1941), 6.2 de la Constitución de la República Dominicana (1942), 56-62 y 69 de la Constitución de Guatemala (1945), 145 y 157-159 de la Constitución de Brasil y 185 de la Constitución de Ecuador (1946), 56-63, 66-68, 71 y 74 de la Constitución de Costa Rica y 37.I.1 y 37.I4 de la Constitución de Argentina (1949), y -finalmente, cerrando este ciclo de cuatro décadas, 111-132 de la Constitución de Honduras (1957).

En el caso venezolano, la Constitución de la República de 1936 desarrolló en su art. 32.8 un conjunto de garantías y derechos laborales, con la notable exclusión de aquellos de naturaleza sindical:

- Libertad de trabajo;
- Principio de tutela de los trabajadores a través de la injerencia del Estado en la fijación de sus condiciones de empleo;
- Creación del Consejo de Economía Nacional, como instancia pluripartita de diálogo y concertación social;
- Deber de legislar sobre el reposo semanal, que preferiblemente habría de disfrutarse en día domingo; las vacaciones anuales remuneradas; la capacitación técnica de los obreros; y la protección especial del trabajo agrícola; y
- Participación de los trabajadores en los beneficios o utilidades de las empresas.

Será, entonces, la Constitución de 5 de julio de 1947, expresión del proyecto político encarnado a partir de la denominada *Revolución de*

*Octubre*<sup>9</sup>, la primera en consagrar, al lado de los derechos laborales de ámbito individual, los derechos de raigambre colectiva que se desgajan de la libertad sindical:

- Derecho de asociación y de sindicalización con fines lícitos (art. 42);
- Estabilidad en el trabajo para los miembros de las directivas de los sindicatos de trabajadores, salvo en los casos de retiro plenamente justificados (art. 63.7);
- Derecho al “contrato colectivo de trabajo”, en cuyo ámbito podría adoptarse la “cláusula sindical<sup>10</sup>” (art. 63.8);
- Mecanismos de conciliación para resolver los conflictos entre patronos y trabajadores (art. 63.9); y
- Derecho de huelga, salvo en los servicios públicos que determine la Ley” (art. 63.10).

El modelo constitucional de 1947, consagrador de un amplio catálogo de derechos laborales, de naturaleza individual y colectiva, será, en gran medida, reproducido en los textos constitucionales de 23 de enero de 1961 y 30 de diciembre de 1999<sup>11</sup>.

En definitiva, la materialización del Estado social de Derecho, con su experiencia inaugural en 1917, supuso la constitucionalización del Derecho del trabajo y sus institutos esenciales, a partir del reconocimiento

---

<sup>9</sup> La *Revolución de Octubre* alude al proceso de derrocamiento del presidente de la República, Isaias Medina Angarita, por un movimiento cívico-militar liderizado por Acción Democrática, el 18 de octubre de 1945.

<sup>10</sup> Se entiende por *cláusula sindical*, también denominada, con mayor rigor técnico, *cláusula de defensa o protección sindical*, la norma de origen convencional que tiene por objeto la promoción y defensa de los intereses de la organización sindical. Respecto de su consagración en la Constitución de 1947, la referencia a la *cláusula sindical* obedeció a la propuesta del sector sindical de Acción Democrática y pretendía aludir particularmente a “la obligación de los patronos de emplear exclusivamente a trabajadores suministrados por el sindicato”, es decir, como sinónimo de *cláusula de admisión*. Fernando Parra Aranguren, “La cláusula sindical en el derecho venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 42, UCAB, Caracas, 1991. pp. 329-331.

<sup>11</sup> La Constitución de 15 de abril de 1953, sancionada durante el régimen dictatorial del general Marcos Pérez Jiménez, suprimió el amplio catálogo de garantía y derechos laborales plasmados en la Constitución de 1947 y, en su lugar, se limitó a consagrar el derecho de sindicalización (art. 35.10) y el principio de libertad y protección del trabajo (art. 35.11).

de la imperativa tuición de la integridad de quienes prestan servicios personales bajo el poder subordinante del beneficiario.

Este maridaje entre Constitución y derechos laborales explica la importancia trascendental que revisten, para la eficaz protección de tales derechos, las instituciones, los procesos y los órganos diseñados para asegurar la vigencia y supremacía del bloque de constitucionalidad<sup>12</sup>.

## II. *IUS* FUNDAMENTALIDAD Y TRENZA DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES

La amplia y generalizada constitucionalización de derechos laborales, apuntada en los párrafos precedentes, se erige en epicentro de una especie de “trenza de protección social”<sup>13</sup>, por cuya virtud se imbrican, con miras a garantizar su pleno y eficaz ejercicio, el Derecho del Trabajo, el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, los derechos laborales, habida cuenta el asimétrico poder que ostentan los sujetos del vínculo jurídico en cuyo ámbito son ejercidos, reclaman un sistema de administración de justicia que reúna, en criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las siguientes características:

“1) la irrenunciabilidad del derecho de los trabajadores y las trabajadoras a acudir a las autoridades judiciales competentes para someter conflictos laborales de toda índole, salvo los casos en que estén legalmente previstos otros medios de resolución de conflictos; 2) una jurisdicción especializada y con competencia exclusiva en materia laboral, conforme al número de casos y de demandas en materia laboral; 3) la aplicación de la perspectiva de género en la resolución de conflictos laborales; 4) la previsión de un procedimiento especializado que atienda a las particularidades de los asuntos laborales; 5) la distribución de las cargas probatorias, el análisis probatorio y la motivación de las providencias

<sup>12</sup> Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, pp. 56 y 77.

<sup>13</sup> Alfredo Villavicencio Ríos, “El cuerpo y el alma del Derecho del Trabajo en un contexto donde la ética y la política recaman su lugar”, *Revista de Derecho Laboral*, núm. 2020-1, Mario Ackerman (director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, pp. 43-50.

judiciales conforme a principios que compensen las desigualdades propias del mundo del trabajo, tales como el principio in dubio pro operario y el principio de favorabilidad; 6) la gratuidad de la justicia laboral y 7) la garantía del derecho de defensa especializada”<sup>14</sup>.

Al lado del aludido modelo de justicia laboral, orientado a la compensación de las desigualdades que arquetípicamente exhiben los sujetos de la relación de trabajo, una segunda cinta de protección se trenza para garantizar el pleno y eficaz ejercicio de los derechos laborales a través de las instituciones, procesos y órganos que ensambla el Derecho Procesal Constitucional.

En efecto, en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, los derechos laborales revestidos de *ius fundamentalidad* serán los consagrados explícita e implícitamente en la Constitución, así como aquellos otros parangonados con estos<sup>15</sup>, básicamente por su *inherencia respecto de la dignidad humana* (art. 22 de la Constitución), o su *previsión en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República* (art. 23 *eiusdem*).

La primera de estas *puertas de entrada* al bloque de constitucionalidad, en la práctica casi impenetrable, refiere a los denominados *derechos no enunciados o enumerados expresamente*<sup>16</sup> que, bajo el influjo de la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1791<sup>17</sup>, aparece contemplada en la inmensa mayoría de las Constituciones latinoamericanas, y por cuya virtud se reconoce jerar-

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-27/21*, 5 de mayo de 2021, párr. 116, p. 44.

<sup>15</sup> Puede consultarse, por ejemplo, las sentencias números 1287 y 1925 de 20 de mayo de 2003 y 24 de julio de 2003, respectivamente, ambas proferidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), y C-225 de 18 de mayo de 1995, emanada de la Corte Constitucional (Colombia).

<sup>16</sup> Ver: (i) Héctor Gros Espiell, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, [S.I.], n. 4, p. 145-172, may. 2016. ISSN 1989-5585. Recuperado de: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50225/30684>; y (ii) Jorge Farinacci, “Los derechos no enumerados en las constituciones latinoamericanas”, IberICONnect, 13 de septiembre de 2022. Recuperado de: <https://www.ibericonnect.blog/2022/09/los-derechos-no-enumerados-en-las-constituciones-latinoamericanas/>.

<sup>17</sup> “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”.

quía constitucional a aquellos derechos que si bien no aparecen consagrados en la Carta Magna, resultan no obstante inherentes a la dignidad de la persona humana o a los valores cardinales del respectivo sistema político<sup>18</sup>.

La segunda *vía de acceso* al bloque de constitucionalidad alude a los *derechos humanos laborales*, es decir, “todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo”<sup>19</sup>.

A partir del *corpus iuris* interamericano, integrado, entre otros instrumentos normativos, por la Carta de la Organización de Estados Americanos (COEA), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y el Protocolo de San Salvador (PSS); se desgajan los siguientes *derechos humanos laborales*:

- Derecho al trabajo (arts. 45.b COEA, 23.1 DUDH, 6 PIDESC, 6 y 7.b PSS);
- Abolición de la esclavitud, la servidumbre, y el trabajo forzoso u obligatorio (arts. 4 DUDH, 8 PIDCP, y 6 CADH);
- Prohibición de discriminaciones e igualdad de oportunidades (arts. 2 DADH, 2 DUDH, 2.2 PIDESC, 1.1 y 2 CADH, y 3 PSS);

<sup>18</sup> Por ejemplo: (i) Constitución de Argentina (art. 33), (ii) Constitución de Bolivia (art. 13.II), (iii) Constitución de Brasil (art. 5.2º), (iv) Constitución de Colombia (art. 94), (v) Constitución de Costa Rica (art. 74), (vi) Constitución de Ecuador (Art. 11.7), (vii) Constitución de Guatemala (art. 44), (viii) Constitución de Honduras (art. 63), (ix) Constitución de Nicaragua (art. 46), (x) Constitución de Panamá (art. 17, único aparte), (xi) Constitución de Paraguay (art. 45), (xii) Constitución de Perú (art. 3), (xiii) Constitución de Puerto Rico (art. II.19), (xiv) Constitución de República Dominicana (art. 74.1), (xv) Constitución de Uruguay (art. 72), y (xvii) Constitución de Venezuela (art. 22).

<sup>19</sup> Miguel Canessa Montejo, *El jus cogens laboral: los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del derecho internacional general*, p. 3. Recuperado de: <http://www.relat.org/documentos/DERECHO.Canessa3.pdf>

- Condiciones dignas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 45.b COEA, 23.1 DUDH, 8 PIDCP, y 7 PSS);
- Remuneración justa, equitativa y satisfactoria (arts. 34.g y 45.b COEA, 14 DADH, 23.3 DUDH, 7.a PIDESC, y 7.a PSS);
- Igual salario por trabajo igual (arts. 23.2 DUDH y 7.a.i PIDESC);
- Derecho al descanso (arts. 15 DADH, 24 DUDH, 7.d PIDESC, 7.g y 7.h PSS);
- Seguridad e higiene en el trabajo (arts. 7.b PIDESC y 7.e PSS);
- Igual oportunidad de ser promovido a la categoría superior que corresponda (arts. 7.c PIDESC y 7.c PSS);
- Estabilidad en el empleo y protección contra el desempleo (arts. 23.1 DUDH, y 7.d PSS);
- Licencia remunerada por maternidad (art. 10.2 PIDESC);
- Protección del trabajador menor de edad (art. 7.f PSS);
- Protección del trabajador con discapacidad (art. 18.a PSS);
- Servicios de inspección del trabajo (art. 26 DADH);
- Derecho a la libre organización sindical, la negociación colectiva y la huelga (arts. 45.c y 45.g COEA, 22 DADH, 23.4 DUDH, 8 PIDESC, 22 PIDCP, 16 CADH, y 8 PSS); y
- Derecho a la consulta y la colaboración entre los sectores de la producción (arts. 45.d COEA y 26 CADH<sup>20</sup>).

En la órbita del constitucionalismo venezolano, los derechos laborales insertos en el bloque de constitucionalidad se entienden revestidos

---

<sup>20</sup> El art. 45.d de la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) prevé el deber de los Estados de implementar “justos y eficientes sistemas y procedimientos de *consulta* y *colaboración* entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad”. Dicha referencia evoca lo dispuesto en la Declaración de Filadelfia (1944), a propósito de los objetivos fundamentales la OIT: “lograr el reconocimiento efectivo [...] de la *cooperación* de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la *colaboración* de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas” (III.e) En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-27/21, precisó que “los Estados deben fomentar la *participación efectiva* de representantes de trabajadores y trabajadoras en el diseño de la política y legislación de empleo en contextos de cambio en el mercado de trabajo mediante nuevas tecnologías. Los Estados deberán garantizar esta participación en alguna de las instancias de los procesos legislativos o de normativización” (párr. 211, p. 77).

de *ius fundamentalidad* y, por tanto, gozan de *indisponibilidad legislativa* y *tutela jurisdiccional reforzada*.

Lo primero supone tolerar solo limitaciones justificadas materialmente -con base en la *licitud del fin perseguido*, y la *idoneidad, necesidad* y *proporcionalidad de la medida respectiva*<sup>21</sup>- y establecidas con arreglo a ciertos parámetros formales<sup>22</sup>.

Lo segundo, alude a la implementación de eficaces mecanismos destinados a asegurar la integridad y supremacía del sistema constitucional, lo cual entraña, en el caso venezolano, la adopción de un modelo mixto o integral del control de la Constitución<sup>23</sup>:

- De un lado, a todos los tribunales de la República se les reconoce la potestad de garantizar la integridad del texto constitucional a través del control difuso, esto es, la desaplicación en el caso concreto sometido a su escrutinio de aquellas normas que colidan con el texto constitucional (artículo 334 de la Constitución), y el amparo judicial frente a las violaciones o amenazas de violación contra derechos y garantías constitucionales (artículo 27 *eiusdem*); y
- De otra parte, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se le asigna el control concentrado de la Constitución, por cuya virtud podrá declarar la nulidad de las leyes y otros actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución<sup>24</sup> (artículo 336, numerales 1-4 y 6 *eiusdem*), integrar el ordenamiento jurídico en caso de omisiones legislativas (artículo 336.5 *eiusdem*), declarar con carácter previo (control preventivo) la constitucionalidad de los tratados internacionales

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, 30 de agosto de 2019, párr. 104, p. 22.

<sup>22</sup> Jesús María Casal H., “Condiciones para la limitación o restricción de los derechos fundamentales”, *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, T. III, Civitas, Madrid, 2003, p. 2.515.

<sup>23</sup> Ver: (i) Jesús María Casal Hernández, *Constitución y justicia constitucional*, UCAB, Caracas, 2004, pp. 87 y ss.; y (ii) Rafael Badell Madrid, ob. cit., pp. 104-136 y 146-218.

<sup>24</sup> Por contraposición, la nulidad de los actos de rango sublegal inficionados de inconstitucionalidad corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias nos. 2353 de 22 de noviembre de 2001 y 254 de 14 de febrero de 2002.

que pretenda ratificar la República (artículo 336.7 *eiusdem*), interpretar con fuerza vinculante los preceptos constitucionales<sup>25</sup> (artículo 335 *eiusdem*), y revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República (artículo 336.10 *eiusdem*).

Por último, una tercera cinta de protección recubre a los derechos humanos laborales, en tanto consagrados en tratados o convenios internacionales ratificados por la República. Se trata de un conjunto de mecanismos diseñados conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que pueden ostentar carácter jurisdiccional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, o institucional, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones o el Comité de Libertad Sindical, en el perímetro de la OIT, o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la esfera del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En suma, la trenza de protección de los derechos laborales se materializa con máxima intensidad cuando un juzgador nacional, en funciones judiciales o administrativas, aplica, incluso con “primacía sobre el derecho interno [-de rango legal o constitucional-], el derecho material internacional o supranacional, desarrollando [-bajo la orientación del principio *pro persona*<sup>26</sup>-] lo que puede denominarse [-desde

---

<sup>25</sup> Sólo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia puede dictar criterios vinculantes para otros tribunales. Por tal virtud, fue declarada la inconstitucionalidad del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuya virtud los jueces de instancia con competencia en materia laboral deben “acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos”: “[E]l artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es contrario a lo dispuesto en el artículo 335 de la Carta Magna al pretender obligar o vincular a los jueces de instancia a que sigan la doctrina de casación, siendo que las únicas decisiones que tienen tal carácter vinculante son las dictadas por esta Sala en interpretación de las normas y principios contenidos en la Constitución y en resguardo de la seguridad jurídica y del principio de confianza legítima” (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia núm. 1380 de 29 de octubre de 2009).

<sup>26</sup> Intrínseco a la dogmática de los derechos humanos y expresamente previsto, por ejemplo, en las Constituciones de Guatemala (art. 46), México (art. 1), y Venezuela (art. 23).

la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-] un control de convencionalidad”<sup>27</sup>.

### III. VENEZUELA: BOSQUEJO DE UN BALANCE

El bloque de constitucionalidad, como fuente de derechos laborales, despliega un modelo reforzado de tutela que imbrica, como fue comentado en la sección precedente, institutos y mecanismos propios del Derecho del Trabajo, del Derecho Procesal Constitucional, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como fue señalado en su oportunidad, el Derecho del Trabajo se configura en instrumento de tutela de la integridad del trabajador subordinado o dependiente, a través de la conjunción de una doble vía -estatal y autárquica- de injerencia en la regulación de la relación de trabajo y, consecuentemente, de confinamiento de la autonomía de la voluntad de los sujetos concernidos. Así, de un lado, el Estado dicta normas jurídicas revestidas de orden público y asegura su eficaz cumplimiento a través de instancias administrativas en ejercicio de funciones policivas, y del otro, reconoce e impulsa la libertad sindical<sup>28</sup>, esto es, el derecho de los trabajadores a organizarse, en la forma que estimen conveniente y sin autorización previa para la mejor defensa y promoción de sus intereses de clase o categoría, gozando para ello de eficaces mecanismos de represión contra toda conducta, cualquiera sea el agente, que tenga por objeto o efecto impedir u obstaculizar el pleno y eficaz ejercicio de este derecho.

Asimismo, en la esfera del Derecho Procesal Constitucional cabe reseñar la relevancia de los criterios emanados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a propósito, muy especialmente, del

<sup>27</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016, p. 27. *Apud*, Rafael Badell Madrid, ob. cit., p. 339.

<sup>28</sup> “...la libertad sindical es un instrumento de desigualdad compensatoria o igualación en tanto constituye o permite constituir un contrapoder que limita, acota o compensa el poder económico del empleador...”. Oscar Ermida Uriarte, “Crítica de la libertad sindical”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 68, PUCP, Lima, 2012, pp. 33-61. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/2825/2754>.

ejercicio de sus potestades de control represivo<sup>29</sup>, interpretación<sup>30</sup>, y revisión constitucional<sup>31</sup>.

En este contexto, el alto tribunal ha fijado criterio, entre otros muchos tópicos, en relación con el alcance del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales (sentencia núm. 442 de 23 de mayo de 2000), el principio de primacía de la sustancia sobre las formas a propósito de la determinación de la existencia de una relación de trabajo (sentencia núm. 471 de 8 de junio de 2018) y de su imperativo sentido pro operario (sentencia núm. 430 de 14 de marzo de 2008), el reconocimiento de los grupos empresariales y sus consecuencias ius laborales (sentencia núm. 903 de 14 de mayo de 2004), la autarquía sindical y la potestad del Consejo Nacional Electoral de organizar las elecciones de los directivos sindicales (sentencia núm. 202 de 8 de febrero de 2002), el contenido y alcance de la libertad sindical (sentencia núm. 170 de

---

<sup>29</sup> “Son el conjunto de atribuciones que tiene la [Sala Constitucional...] de revisar todos los actos dictados por los órganos del Poder Público en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Estas atribuciones están consagradas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 336 de la Constitución y en el artículo 34 [de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia...].” Rafael Badell Madrid, ob. cit., p. 154.

<sup>30</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia núm. 1077 de 22 de noviembre de 2000, “creó una demanda autónoma de interpretación abstracta de la Constitución, y se atribuyó el carácter de «máximo y último intérprete de la Constitución», de forma exclusiva y excluyente”. *Ibidem*, p. 370.

<sup>31</sup> De conformidad con lo previsto en el art. 336.10 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es competente para “revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”. Dicha competencia aparece amplificada en el ámbito del art. 25, numerales 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia: (i) “revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando hayan, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación: o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales”; (ii) “revisar las sentencias dictadas por otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala en numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales”; y (iii) “Revisar las sentencias definitivamente firmes en las que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas, que sean dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

4 de junio de 2019), la licitud de las coaliciones o grupos de trabajadores como titulares del derecho a negociar colectivamente (sentencias nos. 149 de 13 de febrero de 2003 y 2.884 de 4 de noviembre del mismo año), la jubilación forzosa como conducta antisindical (sentencia núm. 1178 de 22 de septiembre de 2015), el reconocimiento de inamovilidad a los funcionarios públicos (sentencia núm. 787 de 27 de abril de 2007), y la convención colectiva como fuente de derecho objetivo (sentencia núm. 370 de 16 de mayo de 2000).

En contraste, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha negado, con base en una perspectiva soberanista, eficacia a los mecanismos institucionales que, en el plano internacional, ejercen el control de aplicación y cumplimiento<sup>32</sup> de los tratados o convenios ratificados por la República<sup>33</sup>, como por ejemplo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU) o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El alto tribunal ha rechazado también, al amparo de idéntica argumentación, la eficacia directa de las sentencias

<sup>32</sup> “...cabe definir el control internacional como aquel instituto jurídico cuya finalidad es garantizar la aplicación y el cumplimiento del derecho internacional a través de diferentes mecanismos basados en un procedimiento, normalmente complejo, que trata de prevenir, comprobar y promover el acomodo efectivo de la conducta de los sujetos internacionales, esencialmente Estados, a cánones diversos de valoración jurídica”. Susana Borrás Pentinat, *Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente*, Tesis presentada para aspirar al título de Doctora en Derecho, Universitat Rovira i Virgili, 2007, p. 64. Recuperado de: TESI\_Dra.Borras-2.pdf.

<sup>33</sup> Es de advertir que la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó, en su 86ª Reunión, la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* de 18 de junio de 1998; por cuya virtud se delimita una especie de *ius cogens*, es decir, un cúmulo de normas cuyo carácter imperativo y superior jerarquía son aceptados y reconocidos por los Estados miembros de dicha organización, al margen de la ratificación de los convenios reglamentarios: “... todos los Miembros, *aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos*, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de *respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales* que son objeto de esos convenios, es decir: (a) a *libertad de asociación* y la *libertad sindical* y el reconocimiento efectivo del *derecho de negociación colectiva*; (b) la *eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio*; (c) la *abolición efectiva del trabajo infantil*; y (d) la *eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*”. En su 110ª reunión, la Conferencia de la OIT decidió enmendar la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) para incluir -con idéntico estatus- el *derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable*.

emanadas de tribunales internacionales, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha rechazado la eficacia interna de los “fallos o dictámenes de instituciones, (o) resoluciones de organismos” internacionales encargados de interpretar el contenido de los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, toda vez que, integrados al sistema constitucional *ex art.* 23 del texto constitucional, la interpretación de las normas que desarrollan los *derechos humanos* corresponde exclusivamente –por imperativo del artículo 335 *eiusdem*– a dicho alto tribunal (sentencia núm. 1942 de 15 de julio de 2003). En sentido análogo, también fue rechazado el carácter vinculante de los fallos emanados de organismos jurisdiccionales de ámbito internacional en materia de *derechos humanos*, por estimar que ello trasgrede la soberanía del Estado venezolano y que, en definitiva, corresponde igualmente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno” (sentencia núm. 1939 de 18 de diciembre de 2008).

Como luce obvio, la defensa radical de la “soberanía nacional” desarticula uno de los mecanismos esenciales para la tutela de los *derechos humanos*, como lo es la implantación de controles jurisdiccionales o institucionales de ámbito internacional destinados a enjuiciar la actuación de los Estados en desmedro de los derechos de sus habitantes, y a forjar una doctrina uniforme para la interpretación de derechos que, por definición, merecen idéntico grado de observancia por parte de los diversos Estados que integran la comunidad internacional.

En otras palabras, la tesis que sostiene la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia colide frontalmente con el *principio de uniforme aplicación o universalidad uniforme*<sup>34</sup> de los *derechos humanos*, cuya materialización depende de la interpretación unívoca confeccionada por los órganos de control competentes en el ámbito internacional.

La interpretación atomizada de los derechos humanos según los criterios jurisdiccionales imperantes en cada sociedad, resulta incompatible

<sup>34</sup> Pablo Luis Manili, *El bloque constitucional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 41.

con la concepción misma de los derechos humanos como inherentes a la persona humana y, por tanto, independientes de la voluntad política de cada Estado:

*“...es deber de un tribunal internacional de derechos humanos velar por la debida aplicación del tratado de derechos humanos en cuestión en el marco del derecho interno de cada Estado Parte, de modo a asegurar la protección eficaz en el ámbito de este último de los derechos humanos consagrados en dicho tratado. Cualquier entendimiento en contrario sustraería del tribunal internacional de derechos humanos el ejercicio de la función y del deber de protección inherentes a su jurisdicción, dejando de asegurar que el tratado de derechos humanos tenga el efecto apropiado (effet utile) en el derecho interno de cada Estado Parte”<sup>35</sup>.*

En definitiva, la *trenza ius fundamental de protección de los derechos laborales* presenta, en el caso venezolano, la notable falencia de su faz internacional.

---

<sup>35</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, Excepciones preliminares, 1º de septiembre de 2001, párr. 20 del voto razonado del juez Cançado Trindade.



# THE CONSTITUTIONAL JUDGE *VERSUS* CIVIL SOCIETY: THE CASE OF THE ILLEGITIMATE JUDICIAL INTERVENTION OF THE VENEZUELAN RED CROSS SOCIETY BY THE CONSTITUTIONAL CHAMBER OF THE SUPREME TRIBUNAL OF JUSTICE\*

ALLAN R. BREWER-CARÍAS\*\*

## CONTENT

I. The illegitimacy of the red cross society intervention. II. The Venezuelan Red Cross as a national society member of the international organization of the red cross. III. The legal status of the Venezuelan Red Cross society as a civil society under venezuelan law. IV. General conditions for the filing of petitions or complaints seeking protection of diffuse and collective. V. Standing requirements for petitions or complaints seeking protection of diffuse and collective rights or interests. VI. The petition brought before the Constitutional Chamber by the general prosecutor against the individual members of the board of directors of the Venezuelan Red Cross Society. VII. The intervention of the red cross society by the Constitutional Chamber in disregard of the basic procedueral rules on "preliminary measures." VIII. The intervencion of the Red Cross Society and the risk for the society of losing its independence vis-à-vis the government.

- Conclusion.

## I. THE ILLEGITIMACY OF THE RED CROSS SOCIETY INTERVENTION

On August 4, 2023, the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Tribunal of Justice issued judgment No. 1057,<sup>1</sup> admitting a

---

\* Ponencia enviada al *IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, Impacto del Derecho Procesal Constitucional en el Ordenamiento Jurídico*, Universidad Monteávila, Caracas, 2023.

\*\* Emeritus Professor, Central University of Venezuela.

<sup>1</sup> Available at: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/327890-1057-4823-2023-23-0802.HTML>. See the comments regarding this decision in Acceso a la Justicia, "La

complaint filed two days before (on August 2, 2013) by the General Prosecutor of the Republic of Venezuelan against the President (Mario Villaroel Lander) and other members of the Board of Directors of the Venezuelan Red Cross Society. The complaint sought the protection of diffuse and collective rights, arguing the existence of:

*“abuses of power against the volunteers and workers of the body of that humanitarian organization, as well as irregular actions in the use of the resources of that organization, to the detriment of the most vulnerable sectors of Venezuelan society that depend on their humanitarian work.”*

In the petition’s admission ruling No. 1057, the Constitutional Chamber secured a precautionary measure ordering:

*First*: “the immediate interruption of the President and the members of the Board of Directors of the Venezuelan Red Cross in their positions;”

*Second*, “a broad and diverse restructuring of the Venezuelan Red Cross with the participation of sectors of Venezuelan society until the merit of the present claim based on collective and diffuse interests is decided;” and

*Third*, “the establishment of an *Ad Hoc* Restructuring Board chaired by Ricardo Filippo Cusanno,” assigning him, among others, the power to appoint the members of the *Ad Hoc* Restructuring Board of the institution,” and for it: (i) to convene the internal election of the authorities of the Red Cross, “(ii) to evaluate and proceed to restructure the internal reorganization of the Red Cross within a period of one year, and (iii) to perform all the necessary attributions to guarantee the continuity of the service provided by the Venezuelan Red Cross, being compelled to report to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal on the fulfillment of his attributions.”

---

Cruz Roja Venezolana engrosa la lista de organizaciones civiles intervenidas por el TSJ”, 5 August 2023. Available at: <https://accesoalajusticia.org/la-cruz-roja-venezolana-engrosala-lista-de-organizaciones-civiles-intervenidas-por-el-tsj/>; and José Ignacio Hernández, “La intervención de la Cruz Roja Venezolana por la Sala Constitucional: otro paso más del constitucionalismo autoritario-populista,” 5 August 2023. Available at: <https://www.joseignaciohernandezg.com/2023/la-intervencion-de-la-cruz-roja-venezolana-por-la-sala-constitucional-otro-paso-mas-del-constitucionalismo-autoritario-populista/>

The complaint filed by the General Prosecutor was based exclusively on eight anonymous testimonies given by employees of the Red Cross Society, at his Office, in a criminal investigation that began a few days earlier (July 28, 2023), after the First vice president of the official Venezuelan United Socialist Party, PSUV, Diosdado Cabello, publicly accused Mario Villarroel, then President of the Venezuelan Red Cross Society, in his Radio Program *Con el mazo dando*, broadcasted in July 20, 2023 of abuse of power. As was informed in the *El Universal* newspaper:

“On Wednesday [July 19] Diosdado Cabello, first vice president of the United Socialist Party of Venezuela (PSUV), communicated a complaint for “abuse of power” to the Venezuelan Red Cross by the president of the organization Mario Villarroel.

Cabello, publicized this announcement during his program “*Con el Mazo Dando*”, broadcasted by VTV, where he pointed out: “They use the institution to accumulate power and personal matters.”

The leader of the ruling party added that Mario Villarroel has been “more than 40 years in office without elections without any renewal within the Red Cross, he manipulates many people in the world (...) it is a bad example, and, moreover, it conspires against the Bolivarian Revolution.”

In addition, he said that “He has come to control magistrates of the TSJ (Supreme Tribunal of Justice), he goes around the world to speak in the name of the Revolution (...); there are no bylaws, those are put by him, and wants to leave his son in office, who has been accused of family violence.

Finally, the vice president of the party insisted that the Board of the Venezuelan Red Cross must have a representative of the Ministries of the Interior, Justice and Peace, of Defense and of Health.”<sup>2</sup>

<sup>2</sup> See the News Report “Diosdado Cabello denunció presunto “abuso de poder” en la Cruz Roja. Dio a conocer el anuncio durante su programa “Con el Mazo Dando” donde puntualizó: “Usan la institución para acumular poder y asuntos personales”, in *El Universal*, July 20, 2023. Available at: <https://www.eluniversal.com/politica/160083/diosdado-cabello-denuncia-a-la-cruz-roja-venezolana>, In his following Radio Program, on July 26, 2023, Cabello stated that the issue of the Venezuelan Red Cross was a “State problem.” See “Cabello: La Cruz Roja debe cumplir con las leyes y reconocer al Presidente Nicolás Maduro,” in *Con el Mazo dando*, July 26 2023; available at:<https://mazo4f.com/cabello-la-cruz-roja-debe-cumplir-con-las-leyes-y-reconocer-al-presidente-nicolas-maduro>

After the public allegation made by the Vice President of the Official party, the Venezuelan Red Cross Society reacted in a Communiqué published on July 27, 2023, whereas “categorically rejected the statements by Diosdado Cabello in the aforementioned programs, for not conforming to the truth both in facts and law.”<sup>3</sup> In addition, the Vice-President of the International Federation of the Red Cross, Mr. Miguel Ángel Villarroel expressed the following in a public statement:

*“With deep concern I have received the news that the government of the Bolivarian Republic of Venezuela intends to intervene the Venezuelan Red Cross in the coming hours and appoint an Ad Hoc Board of Directors. With the greatest respect, I request the President of the Republic, Mr. Nicolás Maduro, in light of the Geneva Conventions signed and ratified by the Bolivarian Republic of Venezuela with the commitment to assume and promote the fundamental principles of the Red Cross and Red Crescent signed by the Venezuelan State, and for the people of our country who benefit from the humanitarian services offered by the Venezuelan Red Cross; I ask [the President] to refrain from issuing such a decision and allow the Venezuelan Red Cross to take the reins for adopting the solutions that benefit the humanitarian work in favor of millions of Venezuelans. I ask [the President] in the most respectful way not to allow an arbitrary action by a State entity that stains the 128 years of life of the institution [...] I urge [the President] to go before the international bodies of the Red Cross and Red Crescent if he or anyone in the government has a concern about the actions of the Venezuelan Red Cross, and that those instances be able to use the internal mechanisms to resolve differences and that the principles of humanity, impartiality, neutrality and independence are preserved as a fundamental basis of the trust of the State of Venezuela and the International Red Cross [...] I ask [the President] with deep respect not to allow the intervention of the largest humanitarian body in the world. Venezuela does not deserve it and you do not deserve to stain humanitarian history.”<sup>4</sup>*

<sup>3</sup> See the full text of the Communiqué in the report: “Cruz Roja Venezolana rechaza acusación de “conspiración” hecha por Diosdado Cabello” in *NTN24*, July 28 2023; available at: <https://www.ntn24.com/noticias-actualidad/cruz-roja-venezolana-rechaza-acusacion-de-conspiracion-hecha-por-diosdado-cabello-434154>

<sup>4</sup> See the full statement in the Video, in Jessica Herrera, *divergentes.news*. Available at: <https://www.tiktok.com/@divergentes.news/video/7263450354837310725>. See the com-

On the same day July 28, 2023, through his official tweeter account, the General Prosecutor announced the beginning of a *criminal investigation on the “alleged harassment and mistreatment” committed against volunteers and workers of the National Red Cross*, by its president, Mario Villaruel” further informing about the appointment of a Prosecutor “with national jurisdiction on human rights,” to “investigate and punish the facts recently denounced about the *alleged harassment and mistreatment against volunteers and workers of the Venezuelan Red Cross* by Mario Villaruel and members of his team.”<sup>5</sup>

In Venezuela there is no legal provision sustaining an administrative or judicial intervention of a given civil society, such as the Venezuelan Red Cross National Society, by any State entity; regardless of the problems it could be faced with and/or of any allegations about misconduct of their Directors, including harassment and mistreatments performed by personnel and administrative irregularities. Moreover, their *internal* conflicts are to be solved only pursuant the provisions of either the Civil Code or the Labor Organic Law.

This means that the General Prosecutor could have encouraged the employees and volunteers of the Red Cross Society to seek protection in face of the alleged harassment and mistreatment by filing a complaint before the competent Labor Courts. Alternatively if the General Prosecutor thought he had standing to act in that regard, he could bring the complaint before such Courts on behalf of the employees.

Rather, presumably for the sole purpose of achieving the immediate intervention of the Red Cross, the General Prosecutor chose to file a complaint before the Constitucional Chamber of the Supreme Tribunal,

---

ments of the statement from the Vice President of the International Federation in the news report: “El Tribunal Supremo interviene la Cruz Roja venezolana tras admitir demanda de la Fiscalía General,” in *Associated Press*, 4 August 2023; available at: <https://apnews.com/world-news/general-news-dbbb1926265820ee49a3c26671e81be6>

<sup>5</sup> See the references in the report: “Fiscalía de Venezuela abre investigación a presidente de la Cruz Roja nacional por “acoso”, in *SWI swissinfo.ch*, 28 julio 2023, available at: [https://www.swissinfo.ch/spa/venezuela-cruz-roja\\_fiscalía-de-venezuela-abre-investigación-a-presidente-de-la-cruz-roja-nacional-por--acoso-/48698206u](https://www.swissinfo.ch/spa/venezuela-cruz-roja_fiscalía-de-venezuela-abre-investigación-a-presidente-de-la-cruz-roja-nacional-por--acoso-/48698206u). See also the News report: “Investigan al presidente de Cruz Roja Venezolana por acoso y maltrato a personal” in *europapress/internacional*, 29 July 2023, available at: <https://www.europapress.es/internacional/noticia-investigan-presidente-cruz-roja-venezolana-acoso-maltrato-personal-20230729140033.html>

by-passing the provisions of the applicable law in the case (Civil Code; By-laws of the Society) alleging the purported protection of diffuse and collective interests - taking the powers of the People's Defendant of the Republic -. Just two days later the Constitutional Chamber issued the precautionary measure ordering the intervention of the Venezuelan Red Cross Society.

The aforementioned reveals that the judicial intervention of the Venezuelan Red Cross Society by the Supreme Tribunal, on the basis of a simple complaint against the leaders of the Society, founded on allegations made by some employees referred to labor rights and administrative irregularities in its management was an orchestrated official action directed against a civil association that is not part of Public Administration and is not subject to any sort of administrative governmental intervention.

This judicial intervention of the Red Cross Society decided by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, is an illegitimate intervention by a State body against a civil society that is not subject to State control, because:

a. It violated the right to free association guaranteed in article 52 of the Constitution, according to which, civil societies regulated in the Civil Code are not subject to State intervention except when an express provision of law so allows. Consequently, in this case, in addition to be illegal, the intervention of the Society was ordered by an incompetent State body.

b. It was pronounced within a procedure that could not have been admitted by the Chamber, since the petition did not comply with the conditions established by the same Chamber in her well-established case law, set forth since 2000, regarding actions for the protection of diffuse and collective rights.

c. The petition was also inadmissible because it was filed by the General Prosecutor, who lacks standing to file petitions for the protection of diffuse and collective rights, as the well-established case law set forth by the same Constitutional Chamber has long recognized since 2000.

d. The "preliminary measure" violated also the basic provisions of the Civil Procedural Code because the "measure" was not a "temporary" and eventually subject to reversion, but a "final", ordering the Society to have a new Board of Directors and new by-laws.

e. The supposed “preliminary measure” did not comply with the conditions established by the same Chamber, and other courts in the country in a well-established case law set forth since 2000, for the issuance of “preliminary measures.”

f. The immediate effect of the “preliminary measure” is not the protection of any diffuse or collective interest, but to subject the Venezuelan Red Cross Society to the Constitutional Chamber, contrary to the legal provisions governing civil societies in Venezuela.

## II. THE VENEZUELAN RED CROSS SOCIETY, AS A NATIONAL SOCIETY MEMBER OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF THE RED CROSS

The Venezuelan Red Cross Society is a National Society that along with all the other National Societies, is part of the International Red Cross and Red Crescent Movement, together with the International Committee of the Red Cross, and the International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies.<sup>6</sup>

Since the Geneva Conventions of 1864, the National Societies like the Venezuelan one are also conceived to act as “auxiliary to the public authorities in the humanitarian field.” Thus, to act as part of the International Movement and within the respective State, they must have formal recognition by both the International Committee of the Red Cross and of the respective State.

In the case of the Venezuelan Red Cross Society, it was incorporated in 1895 as a civil society, after Venezuela became part to the Geneva Conventions of 1864, once the latter was approved by the National Congress by means of legislative decree of May 21, 1894. Such approval was ratified a few weeks later by declaration of the Federal Executive of July 9, 1894.<sup>7</sup> After the incorporation of the National Society, both

<sup>6</sup> See Article 1, *Rules of Procedure of the International Red Cross and Red Crescent Movement* (adopted by the 25th International Conference of the Red Cross at Geneva in 1986, amended in 1995). Available at: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/rules-of-procedure-int-mvt-rcrc.pdf>

<sup>7</sup> See Aureo Yopez Castillo, *Origen y Desarrollo de la Cruz Roja Venezolana*, 1995, pp. 65-111. See also Ricardo de Sola Ricardo, *La Cruz Roja Venezolana. Historia*, 1995, pp. 31-68; and Pedro Manrique Lander, Leoncio Pérez Magallanes, José Vásquez Zerpa,

the by-laws and its character as Society part of the International Organization of the Red Cross were further recognized by the government of Venezuela by means of a Resolution of the Ministry of Internal Affairs, dated July 28, 1895.<sup>8</sup>

From the stand point of the International Red Cross and Red Crescent Movement, and as stated in article 3 of the *Rules of Procedure of the International Red Cross and Red Crescent Movement* (adopted by the 25th International Conference of the Red Cross at Geneva in 1986, amended in 1995), National Red Cross and Red Crescent Societies “form the basic units and constitute a vital force of the Movement,” being in charge of carrying out “their humanitarian activities in conformity with their own statutes and national legislation, in pursuance of the mission of the Movement, and in accordance with its Fundamental Principles.”

As for the conditions provided in this *Rules of Procedure*, for the recognition of the National Societies by the International Committee of the Red Cross, as has been pointed out by Christophe Lanord, they “have no direct effect on the organization of a National Society” and “no model whatsoever is provided for a Society’s organization,” adding that even, “in particular, they do not include any principle of democratic organization.”<sup>9</sup>

In fact, in order to be recognized by the International Committee of the Red Cross, article 2 of the *Rules of Procedure of the International Red Cross and Red Crescent Movement* (adopted by the 25th International Conference of the Red Cross at Geneva in 1986, amended in 1995) establish that the National Societies must be incorporated in each country, according to the following conditions:

---

Nahir Castillo Natera, Katyana Álvarez Rivas, Pedro Zerpa Díaz, “Breve recuento histórico de la Cruz Roja Venezolana” in *Gaceta Médica de Caracas*, ISSN 0367-4762, v. 114, Mo. 4, Caracas, diciembre 2005. Available at: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0367-47622006000400007](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0367-47622006000400007)

<sup>8</sup> This is the reason for the wording of the provision of the current By-Laws of the Venezuelan Red Cross Society, stating: “Article 3. The Society has legal personality according to the resolution of the Ministry of Interior Affairs of 26 July 1895. Its domicile and siege is the city of Caracas and its duration is illimited.”

<sup>9</sup> See Christophe Lanord, “The legal status of National Red Cross and Red Crescent Societies,” in *International Review of the Red Cross*, No. 840, 31-12-2000; available at: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jq9.htm>

- “1. *Be constituted on the territory of an independent State where the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field is in force.*
2. *Be the only National Red Cross or Red Crescent Society of the said State and be directed by a central body which shall alone be competent to represent it in its dealings with other components of the Movement.*
3. *Be duly recognized by the legal government of its country on the basis of the Geneva Conventions and of the national legislation as a voluntary aid society, auxiliary to the public authorities in the humanitarian field.*
4. *Have an autonomous status which allows it to operate in conformity with the Fundamental Principles of the Movement.*
5. *Use a name and distinctive emblem in conformity with the Geneva Conventions and their Additional Protocols.*
6. *Be so organized as to be able to fulfil the tasks defined in its own statutes, including the preparation in peace time for its statutory tasks in case of armed conflict.*
7. *Extend its activities to the entire territory of the State.*
8. *Recruit voluntary members and staff without consideration of race, sex, class, religion or political opinions.*
9. *Adhere to the present Statutes, share in the fellowship which unites the components of the Movement and cooperate with them.*
10. *Respect the Fundamental Principles of the Movement and be guided on its words by the principles of international humanitarian law.”<sup>10</sup>*

Additionally, pursuant to article 3 of the same *Rules of Procedure of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, within every member State, the National Societies must “support the public authorities in their humanitarian tasks, according to the needs of the people of their respective countries.”

Nonetheless, according to the same provision, for such purpose, within their own countries, National Societies are “autonomous national organizations providing an indispensable framework for the activities of their voluntary members and their staff,” being in charge of cooperating “with the public authorities in the prevention of disease, the

---

<sup>10</sup> *Idem.*

promotion of health and the mitigation of human suffering by their own programs in such fields as education, health and social welfare, for the benefit of the community.”

In addition, the same provision sets forth that the National Societies must:

*“organize, in liaison with the public authorities, emergency relief operations and other services to assist the victims of armed conflicts as provided in the Geneva Conventions, and the victims of natural disasters and other emergencies for whom help is needed. They disseminate and assist their governments in disseminating international humanitarian law; they take initiatives in this respect. They disseminate the principles and ideals of the Movement and assist those governments which also disseminate them. They also cooperate with their governments to ensure respect for international humanitarian law and to protect the distinctive emblems recognized by the Geneva Conventions and their Additional Protocols.”*

Finally, based on guidelines for their bylaws approved in 2000 by the Governing Board of the International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, National Societies are compelled to submit any draft amendment to their bylaws to the International Committee of the Red Cross and to the Federation.<sup>11</sup>

In sum, each National Society is to choose, according to the national legal system, the most convenient legal form to incorporate the National Red Cross Society, so as to secure its functioning following always the basic principles of humanity, impartiality, neutrality and independence.

### **III. THE LEGAL STATUS OF THE VENEZUELAN RED CROSS AS A CIVIL SOCIETY UNDER VENEZUELAN LAW**

In the case of the Venezuelan Red Cross Society, as mentioned, it was incorporated according to Venezuelan Law as a non-profit civil

---

<sup>11</sup> *Idem.*

society, namely, as a legal person of private law subject to the rules governing civil societies set forth by the Civil Code (Articles 19, 20; 1649-1684). This has been recognized by multiple national court's rulings.

For example, in a judgment dated February 7, 2013, the First Superior Labor Court seating in the city of Coro, hearing a labor lawsuit against the Red Cross Society, analyzed the by-laws of the Red Cross Venezuelan Society registered in the Registrar Office of the Federal District in 1957,<sup>12</sup> stating about its legal nature that it is a:

*“Non-profit Civil Society, inspired by altruistic purposes, aiming to “contribute in times of war to the health and assistance needs of the National Armed Forces. In peacetime, it will direct its activities towards public health; aiding the competent authorities in the event of national calamities or disasters affecting other countries; and seeking to foster the spirit of coexistence and cooperation among the men, women and children of the world” [...]*

*“the Venezuelan Red Cross Society, is a legal entity, with its own patrimony and legal personality, that is, it is capable of generating rights and duties. From the analysis of the corporate purpose declared in its Articles of Incorporation, it is clear that the purpose of the defendant is fundamentally health or is directed towards the matter of health, with an object oriented by altruistic values at the service of the community, providing a service of social nature.”<sup>13</sup>*

Notwithstanding the fact that it is a civil non-profit society of private law, the Venezuelan Red Cross Society as already mentioned, and was highlighted by the First Superior Labor Court of the State of Mérida in a judgment pronounced on February 12, 2009:

*“is a civil society that acts in accordance with the international conventions of the Red Cross and inspired by the postulates that make up the Declaration of Principles of the Red Cross.”<sup>14</sup>*

<sup>12</sup> *“Acta Constitutiva de la Sociedad Venezolana de la Cruz Roja, registrada ante la Oficina Subalterna de Registro del Segundo Circuito del Municipio Libertador del Distrito Federal, bajo el No. 417, folios 638 y 666, Segundo Trimestre del año 1957.”*

<sup>13</sup> Available at <https://vlexvenezuela.com/vid/xiomara-rujan-sociedad-roja-seccional-420143922>

<sup>14</sup> Available at: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/ABRIL/1412-15-LP21-R-2009-000012-033.HTML>

This means that the Venezuelan Red Cross Society is a civil society whose legal regime transcends the norms of the Venezuelan legal system regulating civil societies, since it has to act also within the framework of the provisions of the International Geneva Convention, whereas special measures were agreed to limit the barbarity of war by providing for the care of the wounded in war and for the protection of the relief corps. Consequently, the National Societies of the Red Cross were regulated, as voluntary aid societies in the various countries where they operate; being, as already mentioned, “auxiliary to the public authorities in the humanitarian field.”

This explains why, as we have said, Red Cross National Societies, in addition to being incorporated pursuant to the provisions of the internal legal system of each country, and being recognized by the government of the respective States as forming part of the Red Cross Organization, they must also be recognized as such, by the International Committee of the Red Cross.<sup>15</sup>

It was precisely taking into account all these aspects about the role of Red Cross National Societies, both in the international and national fields, that the Superior Labor Court of Merida State of Venezuela, regarding the Venezuelan Red Cross Society, in a ruling dated April 15, 2009, after explaining that the Geneva Convention has constitutional protection and rank under articles 22 and 23 of the Constitution, as well as article 118 referring to “associations, corporations and cooperatives, in all their forms;” considered that:

*“From the international point of view, being the National Society a member of the International Committee of the Red Cross CRC and of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, it is considered as an international organization of a private nature, not subject to any specific national law, nor is it governed by*

---

<sup>15</sup> According to the *Rules of Procedure of the International Red Cross and Red Crescent Movement* (adopted by the 25th International Conference of the Red Cross at Geneva in 1986, amended in 1995), among the attributions of the International Committee of the Red Cross, is “to recognize any newly established or incorporated National Society, which fulfills the conditions for recognition set out in Article 4, and to notify other National Societies of such recognition” (art. 5.b). Available at: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/rules-of-procedure-int-mvt-rcrc.pdf>

*public international law, in a legal strict sense, although some provisions of the Geneva Conventions and the Additional Protocols confer rights or impose obligations on its members. Thus, this right is consistent with an international legal order of customary substance, governed by general principles common to the various domestic laws and public international law.*

*The law of the Red Cross comes from an international agreement between the nations of the world through their respective secretaries of foreign affairs, which are part, since its origin, of the International Conference of the Red Cross, together with the representatives of the Red Cross of each country, this conference being the highest authority of the Institution. The resolutions of this Conference have given rise to a legal order of vague boundaries that has not found a well-defined place in the classical structure of law and certainly never will.*

*As we can see, due to its characteristics and legal nature product of its origin and historical evolution, the complexity of this institution makes it unique in the world and requires much study for its understanding, which adds an additional element to its complexity.*

*Precisely for this reason, its board members, its volunteers, and other staff must have clarity of the its object, origin and nature, so as not to promote around the Institution situations difficult to resolve. Additionally, the organizations of the State, its judicial and labor institutions, just to mention a few, must possess a broader and deeper information than the basic or limited, since otherwise they would create problems impossible to solve and in many cases frank situations of injustice that transform it into a very weak organization legally speaking.”<sup>16</sup>*

The complexity of the legal status of the International Red Cross Movement and in particular of the National Societies, like the Venezuelan Red Cross Society, is confirmed by the principle that they must be duly recognized by the legal government of a given country, on the basis of both the Geneva Conventions, and the national legislation, as voluntary aid societies that are auxiliary to the public authorities in the humanitarian field.

---

<sup>16</sup> Available at: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/ABRIL/1412-15-LP21-R-2009-000012-033.HTML>

Nonetheless, being private law persons, subject to private law in their organization and functioning and despite of such recognition, they are not subject to any sort of specific control by the authorities of the State. And although they are subject to certain provisions of public law, it is basically for the purpose of protecting their quality as humanitarian organizations, based on the principles governing the relations between States and National Societies.

Those principles, as set forth by Article 2 of the Statutes of the International Red Cross Movement, are the following:

*“1. The States Parties to the Geneva Conventions cooperate with the components of the Movement in accordance with the these Conventions, the present Statutes and the resolutions of the International Conference.*

*2. Each State shall promote the establishment on its territory of a National Society and encourage its development.*

*3. The States, in particular those which have recognized the National Society constituted on their territory, support, whenever possible, the work of the components of the Movement. The same components, in their turn and in accordance with, their respective statutes, support as far as possible the humanitarian activities of the States.*

*4. The States shall at all times respect the adherence by all the components of the Movement to the Fundamental Principles .”*

*5. The implementation of the present Statutes by the components of the Movement shall not affect the sovereignty of States, with due respect for the provisions of international humanitarian law.”<sup>17</sup>*

One piece of public law enacted in Venezuela following these principles, and forwarding strengthening the relationship between the State, the International Movement of the Red Cross and the Venezuelan Red Cross Society, was the *Statute on the Protection of the Name and Emblem of the Red Cross* of 2014,<sup>18</sup> regulating the conditions and means

<sup>17</sup> Available at: <https://www.ifrc.org/document/statutes-international-red-cross-and-red-crescent-movement>. See the reference in Christophe Lanord, “The legal status of National Red Cross and Red Crescent Societies,” in *International Review of the Red Cross*, No. 840, 31-12-2000, available at: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jq9.htm>

<sup>18</sup> See *Official Gazette*, No. 6207 Extra. dated 28 December 2015. Available at: <https://www.icrc.org/es/document/venezuela-ley-proteccion-nombre-emblema-cruz-roja>

for the protection of the use of both the name “Red Cross” as well as the emblems of the Red Cross or distinctive signs used in units and means of international transport (Art. 1).

This Statute defines the Red Cross emblem, stating that it “shall bear the nomenclature of the *Venezuelan Red Cross Society*” (art. 4) and provides that the Ministry of Defense shall guarantee the use of the protective emblem of the Red Cross among others by *the Venezuelan Red Cross Society* (article 6.4), who shall collaborate with the authorities to prevent any transgression or abuse of this Law, as well as report those who infringe the provisions of the Law to the competent authority (Article 11).

This is a statute that does not concern whatsoever the legal status of the Venezuelan Red Cross Society. In fact, the truth is that as it is also the case in many other countries, like for instance, in Spain, the important aspect regarding the legal status of the Venezuelan Red Cross Societies, is that as a non-profit civil society, it is a legal entity of private law, and hence:

*“is not a Public Law Corporation [...]; it is not an Administration nor does it have delegated administrative powers, but privileges and prerogatives in exchange for an effort to cooperate in times of peace and war. It does not accomplish public-administrative functions but of general relevance. Its main characteristic is basic voluntariness.”*<sup>19</sup>

Not being part of the Public Administration and not being bound to State control, the Venezuelan Red Cross Society is not subject to any sort of intervention under Venezuelan Law. In particular, is not subject to judicial intervention pursuant to the Civil Code, whereas under public law, is not subject to any sort of administrative intervention either; as is the case, for instance, of banks and financial institutions, or insurance companies.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> See Rosa Elena Muñoz Blanco, *La naturaleza jurídica de la Cruz Roja española*, Tesis, Universidad de Extremadura, 1996. See the reference in: Fundación Dialnet, available at: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=18737>. The Thesis was also published as a book: Rosa Elena Muñoz Blanco, *Cruz Roja Española: Un Estatuto Jurídico Singular*, Editorial Tecnos, Madrid 1999.

<sup>20</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana Third edition 2021, pp. 405 ff. Available at: [http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/08/9789803651992.txt.abc\\_admlawven2.con-portada.pdf](http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/08/9789803651992.txt.abc_admlawven2.con-portada.pdf)

Consequently, according to Venezuelan Law, as is the case in general regarding all civil societies, as a matter of principle the Venezuelan Red Cross Society is not subject to intervention through decisions issued either by administrative or judiciary State bodies.

Moreover, as a civil society, according to the Civil Code, as the *ONG Acceso a la Justicia* highlighted, “its associates must be the ones who make the decisions that prevent, if necessary, the occurrence of irregularities, and not through impositions of a board by the Venezuelan State.”<sup>21</sup>

That is why, a group of more than three hundred (300) NGOs expressed in a public statement, their:

*“rejection of the judicial intervention of the Venezuelan Red Cross Society (hereinafter Red Cross), ordered by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice (TSJ), in a decision contrary to the most basic principles of the rule of law and due process. Furthermore, it violates the right to freedom of association in Venezuela, established as a civil and political right, recognized in international human rights covenants and whose guarantee is one of the fundamental basis of democratic freedoms.”*<sup>22</sup>

Thus, the judicial precautionary measure issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal through the illegitimate and unorthodox use of a petition for the protection of “diffuse and collective rights,” to materialize an intervention of the Red Cross Society, undermining such proceeding, due to the fact that was based only on allegations of violations not of diffuse or collective rights but of individual rights of employees and voluntaries of the Society, as well as misuse of its goods and assets, impacts the autonomy and independence of a non-profit civil society infringing the constitutional right of free association guaranteed by article 52 of the Constitution.

<sup>21</sup> See *Acceso a la Justicia*, “La Cruz Roja Venezolana engrosa la lista de organizaciones civiles intervenidas por el TSJ”, August 5, 2023. Available at: <https://accesoalajusticia.org/la-cruz-roja-venezolana-engrosa-la-lista-de-organizaciones-civiles-intervenidas-por-el-tsj/>

<sup>22</sup> See the text: “Comunicado conjunto con la intervención judicial de la Sociedad Venezolana de la Cruz Roja se agrava el patrón de violaciones contra la libertad de asociación en Venezuela,” August 8, 2023; available at: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2023/08/COMUNICADO-CONJUNTO-intervencion-Cruz-Rojas-9-de-agostodef-1.pdf>

This is why the Inter-American Commission on Human Rights and the Special Rapporteur for Liberty of Expression of the Organization of American States in Press Release dated August 21, 2023 have rejected the recent “arbitrary” decision of the Venezuelan Supreme Court of Justice (TSJ) intervening the Venezuelan Red Cross because it is “contrary to,” and “violates,” “infringes” and “undermines freedom of association;” adding that the appointment of:

*“an “Ad Hoc Restructuring Board” with powers to reorganize it [...] would be contrary to the organization’s internal statutes with respect to its governance and would confer powers contrary to the incorporation agreement.”*<sup>23</sup>

A few days before, in the same sense, the members of the University Council of the Central University of Venezuela, representing the Professors of said University, after expressing their “concern about the participation of the academic vice-rector and, unofficially, the administrative vice-rector (of the Central University of Venezuela) in the intervening board of the Venezuelan Society of the Red Cross, ordered by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice,” also stated that:

*“the ruling of the Supreme Tribunal of Justice and the structuring of the board is a serious infringement of the right to freedom of association, the rule of law, due process and, in addition, is part of a systematic state policy of closing democratic spaces in the country.*

<sup>23</sup> See “CIDH y RELE rechazan ataques a la libertad de asociación en Venezuela,” August 21, 2023. Available at: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/CIDH/prensa/comunicados/2023/189.asp> See also the News Report: ““Es preocupante”: CIDH condena la intervención de la Cruz Roja y del Partido Comunista en Venezuela,” in RYTN24, August 22, 2023, available at: <https://www.ntn24.com/noticias-actualidad/es-preocupante-cidh-condena-la-intervencion-de-la-cruz-roja-y-del-partido-comunista-en-venezuela-438986> . The Venezuelan Government reacted officially against the IACHR report, arguing that on the contrary the decision of the intervention of the Red Cross was a “legal decision issued by the competent courts and bodies” in a “clean action of the Public Powers.” See the text of the Official Communiqué in “Régimen de Maduro califica a la CIDH de “mercenaria” de EEUU,” in *Diario de las Américas*, August 22, 2023; available at: <https://www.diariolasamericas.com/america-latina/regimen-maduro-califica-la-cidh-mercenaria-eeuu-n5341834>

*“The ruling of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice intervenes a legal person of private law, dismisses its board without even listening to them and designates an external person, without any connection with the institution, to constitute an intervening board.”<sup>24</sup>*

Summarizing, the decision issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal deciding the intervention of the Venezuelan Red Cross Society, violates the right to free association guaranteed in article 52 of the Constitution, according to which, civil societies regulated in the Civil Code are not subject to State intervention except when an express provision of law so allows. In the case of the Red Cross Society no provision of law authorizes any sort of control by the State nor the possibility of the intervention of the Society by the State.

#### **IV. GENERAL CONDITIONS FOR THE FILING OF PETITIONS OR COMPLAINTS SEEKING THE PROTECTION OF DIFFUSE AND COLLECTIVE RIGHTS OR INTERESTS**

For the purpose of securing judicial protection of constitutional rights and guarantees, the Venezuelan Constitution provides for the amparo petition (article 27), a petition that must always be filed by the party suffering harm or infringement of her rights. This proceeding is similar to the Anglo-American civil rights injunction<sup>25</sup>. In addition to it, and as not all constitutional rights are individual rights, the Constitution also expressly recognizes and guarantees judicial protection of diffuse and collective rights or interests (Article 26).<sup>26</sup>

<sup>24</sup> See in Albany Andara Meza, “Profesores de la UCV en desacuerdo con participación de autoridades en junta interventora de la Cruz Roja,” August 17, 2023, available at: <https://efectococuyo.com/la-humanidad/profesores-de-la-ucv-en-desacuerdo-con-participacion-de-autoridades-en-junta-interventora-de-la-cruz-roja/> Also available in *El Nacional*, August 18, 2023, at: <https://www.elnacional.com/venezuela/profesores-rechazaron-participacion-de-autoridades-de-la-ucv-en-la-junta-ad-hoc-de-la-cruz-roja/>

<sup>25</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 193 ff.

<sup>26</sup> See on this matter Allan R. Brewer-Carías, *Derecho de amparo y Acción de Amparo Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana,

In fact, some constitutional rights are *collective* by nature, in the sense that they correspond to a -more or less defined- group of persons, so that their violations affect not only the personal rights of each of the individuals who enjoy them, but also, the whole group of persons or collective to which the individuals belong. It is the case, for instance, of the political right the voters have as a whole, that has been secured, for instance, through precautionary measures with *erga omnes* effects issued by the Constitutional Chamber, directed “both to the persons and organizations that have requested the constitutional protection and for all the voters as a whole.”<sup>27</sup> In these cases, the petition for protection can also be filed by a group of people representing the whole, even if they do not have the formal character of a legal person.

As for the *diffuse* rights or interests, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has considered that “they are those that seek to ensure, in general, an acceptable standard of living, so that by affecting them, the standard of living of the entire community or society is harmed, as is the case regarding damages to the environment or to the consumers.”<sup>28</sup> In other words, as decided by the same Constitutional Chamber, these *diffuse* rights or interests:

*“are those that guarantee the conglomerate (citizenship) in general an acceptable quality of life (basic conditions of existence), [when] the quality of life of the entire community or society in its various aspects is impaired, and an interest arises in each member of that com-*

---

2021 pp.386-387; 590-593. Available at: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/02/A.R.-BREWER-CARIAS.-DERECHO-Y-ACCION-DE-AM-PARO-CONSTITUCIONAL.-con-Portada-2-2021.pdf>

<sup>27</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 483 of May 29, 2000, Case: “*Queremos Elegir*” y otros, in *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 489–491 (In the same sense judgment of the same Chamber No. 714 of July 13, 2000, Caso: *APRUM*.) Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-82-abril-junio-2000>

<sup>28</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No 656 of June 30, 2000, case *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, quoted in ruling No 379 of February 26, 2003, case *Mireya Ripanti et al. vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, in *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-93-96-enero-diciembre-2003>

*munity for the benefit of him and the other components of the community in which such deterioration does not happen, and in which if it has already occurred it is repaired.”*<sup>29</sup>

Regarding these *diffuse* rights or interests, in the ruling N° 1057 providing for the precautionary measure concerning these comments, the Constitutional Chamber citing a previous decision of 2003, specifically stated:

*“Diffuse Rights or Interests: they refer to a good that concerns everyone (plurality of subjects), that is, to people who, in principle, do not make up an identifiable and individualized population sector, and who without a legal link between them, are injured or threatened with injury. Diffuse rights or interests are based on generic, contingent, accidental or mutating facts that affect an indeterminate number of people and that arise from subjects who owe a generic or indeterminate benefit, as to the possible beneficiaries of the activity from which such assistance derives, as in the case of positive rights such as the right to health, education or adequate housing, protected by the Constitution and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.”*<sup>30</sup>

The same Constitutional Chamber has stated that *collective* rights are “those referred to a determined (although not quantified) and identifiable population sector, made up of a group of people such as professional groups, neighborhood groups or unions.”<sup>31</sup> In other words of the same Constitutional Chamber, they are those that arise when the injury is specifically located in a group, determinable as such, although not quantified or individualized; like the inhabitants of an area of the country affected by an illegal construction that causes public services

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> See ruling 1057 of August 4, 2023. Available at: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/327890-1057-4823-2023-23-0802.HTML>

<sup>31</sup> See judgement by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No 656 of June 30, 2000, case *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, quoted in ruling No 379 of February 26, 2003, case *Mireya Ripanti et al. vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, in *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-93-96-enero-diciembre-2003>

problems in the area.<sup>32</sup> These *collective* interests, said the same Constitutional Chamber, are:

*“referred to a determined population sector (although not quantified) and identifiable, although individually, within the group of people there is or may be a legal link that ties them. That is the case of injuries to professional groups, neighborhood groups, unions, inhabitants of a certain area.”*<sup>33</sup>

Regarding these *collective* rights or interests, ruling N° 1057 of August 4, 2023 issuing the preliminary measures against the Venezuelan Red Cross Society, the Constitutional Chamber also quoted a previous decision of 2003, stating:

*“Collective Rights or Interests: they refer to a specific population sector (although not quantified) and identifiable, although individually, so that within the group of people there is or may be a legal link that ties them. Its harm is located specifically in a group, determinable as such, such as professional groups, neighborhood groups, unions, inhabitants of a certain area, and so on. Collective rights must be distinguished from the rights of collective persons, since the latter are analogous to individual rights, since they do not refer to a group of individuals but to the legal or moral person to whom the rights are attributed. While legal persons act by organization, groups of individuals who have a collective interest act by representation, even if that interest is exercised by a group of persons, since the collective nature of the rights whose protection is invoked always exceeds the interest of the former.”*<sup>34</sup>

<sup>32</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Derecho de amparo y acción de amparo constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2021, p. 591. Available at: <http://allan-brewercarias.com/wp-content/uploads/2021/02/A.R.-BREWER-CARIAS.-DERECHO-Y-ACCION-DE-AMPARO-CONSTITUCIONAL.-con-Portada-2-2021.pdf>

<sup>33</sup> See judgement of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No 656 of June 30, 2000, case *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, quoted in ruling No 379 of February 26, 2003, case *Mireya Ripanti et al. vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, in *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-93-96-enero-diciembre-2003>

<sup>34</sup> Ruling quoted in judgment No 1057 of August 4, 2023. Available at: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/327890-1057-4823-2023-23-0802.HTML>

Summarizing, as the Constitutional Chamber stated in a 2003 ruling:

*“the beneficiaries of collective rights are a group of subjectively indeterminate individuals who enjoy or can enjoy the satisfaction of a common interest. This means that collective rights obviously imply the existence of collective subjects, such as nations, people, joint-stock companies, political parties, trade unions, organized communities, but also ethnic, religious or gender minorities which, despite having an ‘organizational, social or cultural structure’, may not be legal or moral persons in the sense recognized by positive law. In turn, diffuse rights or interests are objectively indeterminate, since the legal object of such rights is an indeterminate benefit, as in the case of rights set forth in positive norms, namely the right to health, education or housing, among others.”<sup>35</sup>*

Furthermore, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal summarized the case law on the matter in judgment No. 1048 of August 17, 2000, stating that:

*“The determination of the existence of diffuse or collective rights and interests requires for several factors to be combined:*

- 1. That the one filing the petition does so based not only on his right or individual interest, but on the basis of the right or common interest or collective impact.*
- 2. That the harmful act produces general damage to the common quality of life of all the inhabitants of the country or sectors of it, affecting the legal situation of all the components of society or its groups or sectors.*
- 3. That the injured goods are not susceptible of individual appropriation by a subject.*
- 4. That it is an indivisible right or interest that includes the entire population of the country (diffuse) or a sector or group of it (collective).*

<sup>35</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of February 6, 2003, Case: *Zoila Martínez de Pacheco y otros vs. Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Los Andes con sede en Barinas*, in *Revista de Derecho Público*, N° 93-94/ 95-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 149-150. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-93-96-enero-diciembre-2003>

5. *That there is a link, even if it is not legal, between the person who seeks the protection of the general interest of the society or a sector of it (common social interest) and the latter, arising from the damage or danger in which the community finds itself (as such).*

6. *That there is a need to satisfy social or collective interests, before individual ones.*

7. *That the obligor owes an indeterminate benefit, whose requirement is general.*"<sup>36</sup>

Through the cited case law the Constitutional Chamber has established the principles governing the basis for filing a petition seeking protection of diffuse and collective rights; and regarding the standing to do so, has established the sense and scope of the rights or interests to be protected, rejecting petitions, for instance, when not based on generic facts, or when the benefit claimed is not nonspecific, that is, the petition is based on specific facts or the benefits claimed are specific benefits.

As was explained by the Constitutional Chamber regarding another claim:

*"in the case at hand we are not in the presence of a true and proper petition for collective interests, since from the facts stated, without further analysis, the existence of particular interests that fight for the elimination and control of the activities of the commercial premises located in the jurisdiction of the aforementioned Municipality can be evidenced, but not the encroachment of collective and diffuse interests, whose presupposition is the uniformity of interests, either of indeterminate subjects, or of specific social groups, in a single direction and with the same purpose, since otherwise, as seems to happen in the case sub judice, there could be a ruling that hurts the legal interest of another sector of society not represented by the plaintiff. The foregoing, in no way means that his claim cannot be satisfied judicially, but through other means that allow the containment of the*

---

<sup>36</sup> Quoted in judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 1814 of October 2007, Case: *Efraín Antonio Duin De La Rosa y otros*, in *Revista de Derecho Público* No. 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 488-489. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-112-estudios-sobre-la-reforma-constitucional-octubre-diciembre-2007>

*interested party in the results of the trial and not through an action of this nature.”<sup>37</sup>*

In addition, specifically regarding the internal situation within civil societies, like the Red Cross Society, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has excluded any possibility of filing petitions for the protection of collective or diffuse rights or interests to solve society conflicts, stating that:

*“Civil societies, as well as commercial companies, are legal persons usually constituted by virtue of the will of a multiplicity of persons. These entities express their will through the deliberation of a body that receives the name of assembly in which the members intervene with voice and vote.*

*Notwithstanding the collective nature of the decisions of the assembly, insofar as they are taken by a group of individuals, this does not imply that such decisions are the expression of a diffuse or collective right or interest, in the terms that this Chamber has conceptualized the expression that is contained in article 26 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela.”<sup>38</sup>*

On the other hand, regarding the jurisdiction of the Constitutional Chamber to decide claims for the protection of collective or diffuse rights or interests, according to article 146 of the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, the claim must have “national

<sup>37</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 279 of February 23, 2007, case: *Guillermo Tadeo Borges Ortega vs. Alcaldía del Municipio Turístico El Morro “Lic. Diego Bautista Urbaneja” del Estado Anzoátegui*, in *Revista de Derecho Público*, No. 109, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007, pp. 94 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-109-enero-marzo-2007> Also judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 1322 of October 16, 2009, Case: *Valeriano González y otros*, in *Revista de Derecho Público*, No. 120, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2009, pp. 97-98. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-120-octubre-diciembre-2009>

<sup>38</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 1814 of October 8, 2007, Case: *Efraín Antonio Duin De La Rosa y otros*, in *Revista de Derecho Público* No. 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 488-489. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-112-estudios-sobre-la-reforma-constitucional-octubre-diciembre-2007>

significance,” a condition that pursuant to the case law of the Chamber, is ascertained:

*“i) by the territorial scope, that is, when the constitutional complaint took place in one or more territories of the Republic, or alternatively in the whole of it (e.g. damage to the ozone layer, national epidemic, among others) with which there is a real incidence of geographical affectation that exceeds the territorial limits of a certain municipality and*

*ii) by the material scope, when the constitutional rights denounced as infringed are not limited to the protection of a one-dimensional relationship of the constitutional sphere of these (e.g. right to work, right to education) but when these have a multidimensional rank as a consequence of the alleged fact, act or omission which not only has a specific irradiating effect, but can also affect a multidimensional or indeterminate number of supra personal rights (e.g. simultaneous damage of the right to health, the environment, work, safety)”<sup>39</sup>*

In the case of the claim pertaining ruling 1057 of 2023, none of the conditions for petitions seeking the protection of diffuse and collective rights set forth by the Constitutional Chamber were satisfied; as the petition was aiming at “abuses of power *against the volunteers and workers* of the body of that humanitarian organization, as well as *irregular actions in the use of the resources of that organization*, to the detriment of the most vulnerable sectors of Venezuelan society that depend on their humanitarian work.”

## V. STANDING REQUIREMENTS FOR PETITIONS OR COMPLAINTS SEEKING PROTECTION OF DIFFUSE AND COLLECTIVE RIGHTS OR INTERESTS

The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal has also elaborated a very clear case law doctrine on the standing requirements to

<sup>39</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No 946, of February 9, 2018, Case: *Yani Adrian Jaimés González*, in *Revista de Derecho Público* No. 153-154, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018, pp 326-327. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-153-154-enero-junio-2018>

file petitions for the protection of collective or diffuse rights and interests, stating since 2000 that:

*“any individual with legal capacity to bring suit, who is going to prevent a damage to the population or parts of it to which he belongs, is entitled to file a petition grounded in diffuse or collective interests, and where he had suffered personal damages, he can also claim for himself (jointly) such compensation.*

*This interpretation, grounded in Article 26, extends the standing to companies, corporations, foundations, chambers, unions and other collective entities whose object is the defense of the society, as long as they act within the boundaries of their corporate object, aimed at protecting the interests of their members regarding their object. ...*

*When the damages harm groups of individuals that are legally bound or pertain to the same activity, the action grounded in collective interests, whose purpose is the same as the one of the diffuse interests, shall be brought to suit by the corporations that gather the damaged sectors or groups and even by any member of that sector or group as long as he acts in defense of that social segment ...*

*Due to the foregoing, it is not necessary for whoever brings a suit grounded on diffuse or collective interests, if it is a diffuse one, to have a bond previously established with the offender. It is necessary that he acts as a member of the society, or its general categories (consumers, users, etc.), and invokes his right or interest shared with the others, since he participates with them in the damaged factual situation because of the infringement or detriment of the fundamental rights concerning the collectivity, which generates a common subjective right that despite being indivisible, may be enforced by anyone in the infringed situation, since the legal order acknowledges those rights in Article 26 of the Constitution. ...*

*Even though it is a general right or interest enjoyed by the plaintiff, which allows various plaintiffs, he himself shall be threatened, shall have suffered the damage or shall be suffering it as a part of the citizenship, whereby whoever is not residing in the country, or is not damaged shall lack standing; this situation separates these actions from the popular ones.*

*Whoever brings suit based on collective rights or interests, shall do it in his condition of member of the group or sector damaged, therefore, he suffers the damage jointly with others, whereby he assumes*

*an interest of his own giving him the right to claim the end of the damage for himself and the others, with whom he shares the right or interest. It shall be a group or sector not individualized, otherwise, it would be a concrete party. In both cases, if the action is admitted, a legal benefit will arise in favor of the plaintiff and his common interest with the society or collectivity of protecting it, maintaining the quality of life. The defense of society's interests is guaranteed. The plaintiff is given the subjective right to react against the damaging act or concrete threat, caused by the offender's violation of the fundamental rights of the society in general. Whoever is entitled to act shall always plea for an actual interest, which does not terminate for the society in one single process. If an individual brings suit grounding his action in diffuse rights or interests, yet the judge considers that it is about them, he shall subpoena the Defender of the People or the entities established by law in specific subjects, and shall notify through an edict all the parties in interest, whether there are proceedings wherein the law excludes and grants representation to other individuals. All these legitimate interested parties shall intervene as third party claimants, if the judge admits them as such, taking into consideration the existence of diffuse rights and interests.*"<sup>40</sup>

This is the case, for instance, of the *amparo* action filed for the protection of electoral rights, whereas any citizen, invoking the general voters' rights, can file the petition.<sup>41</sup> In other words, and summarizing, the Constitutional Chamber has admitted that: "Any capable person that tends to impede harm to the population or sectors of it to which he

<sup>40</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 656 of June 30, 2000, case: Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional, quoted in ruling No 379 of February 26, 2003, case *Mireya Ripanti et al. vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, in *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-93-96-enero-diciembre-2003>

<sup>41</sup> In these cases, the Chamber has even granted precautionary measures with erga omnes effects "to both individuals and corporations who have brought to suit the constitutional protection, and to all voters as a group." See ruling of the Constitutional Chamber N° 483 of May 29, 2000, case: "*Queremos Elegir*" y otros in *Revista de Derecho Público*, N° 82, 2000, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 489–491. In the same sense, see the ruling of the same Chamber N° 714 of July 13, 2000, *APRUM* case, in *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 319 ff. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-83-julio-septiembre-2000>.

appertains, can file actions in defense of diffuse or collective interests,” extending the “standing to the associations, societies, foundations, chambers, trade unions and other collective entities devoted to defend the society, provided that they act within the limits of their societal goals referring to the protection of the interests of their members.”<sup>42</sup>

In these cases the Constitutional Chamber has established as a general condition that the petition must be based “not only on the personal right or interest of the claimant, but also on a common or collective right or interest.”<sup>43</sup> Consequently, in these cases, a bond or relationship must exist, “even if it is not a legal one, between whoever claims in the general interest of the society or part of it (social common interest), and the damage or danger caused to the collectivity.”<sup>44</sup>

Although being of a personal character, even in cases of actions for the protection of collective and diffuse rights, it is generally accepted that some public officers have standing to file amparo petitions on behalf of the community or of groups of people. In Venezuela, before 1999 this traditionally was the case of the General Prosecutors and is now the case of the People’s Advocate.

---

<sup>42</sup> The Chamber added that: “Those who file actions regarding the defense of diffuse interest do not need to have any previously established relation with the offender, but has to act as a member of society, or of its general categories (consumers, users, etc.) and has to invoke his right or interest shared with the population, because he participates with all regarding the harmed factual situation due to the noncompliance of the diminution of fundamental rights of everybody, which gives birth to a communal subjective right, that although indivisible, is actionable by any one placed within the infringed situation.” Ruling of the Constitutional Chamber of June 30, 2000, Case *Defensoria del Pueblo*. See the reference and comments in Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 110–114.

<sup>43</sup> That is, the reason of the claim or the petition for amparo must be “the general damage to the quality of life of all the inhabitants of the country or parts of it, since the legal situation of all the members of the society or its groups have been damaged when their common quality of life was worsened”; thus the damage “concerns an indivisible right or interest that involves the entire population of the country or a group of it.” See ruling N° 1948 of February 17, 2000, case: *William O. Ojeda O. vs. Consejo Nacional Electoral*. See the reference in Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. The Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, p. 197

<sup>44</sup> See ruling N° 1948 of February 17, 2000, case: *William O. Ojeda O. vs. Consejo Nacional Electoral*. See the reference in Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. The Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, p. 197

In fact, one important innovation of the Venezuelan constitutional system of protection of human rights and particularly regarding the standing to request *amparo*, was the establishment by the 1999 Constitution of an specific autonomous constitutional entity called the Advocate of the People (People's Advocate) with the specific purpose of protecting and seeking the protection of constitutional rights, particularly of diffuse and collective constitutional rights. Moreover, the People's Advocate has been conceived as a separate branch of government.<sup>45</sup>

As is the case in many other Latin American countries<sup>46</sup> the general trend regarding these autonomous constitutional institutions for the protection of human rights (Ombudsman), as is the case of the Peoples' Advocate, is the power given to such officer to file petitions, particularly regarding the protection of diffuse and collective constitutional rights, having then the necessary standing to sue. As was decided by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal:

*“As a matter of law, the Advocate has standing to bring to suit petitions aimed at enforcing the diffuse and collective rights or interests; not being necessary the requirement of the acquiescence of the society he acts on behalf of, for the exercise of the action. The Advocate of the People is given legitimate interest to act in a process defending*

<sup>45</sup> The 1999 Venezuelan Constitution, in this regard, establishes a penta separation of powers, distinguishing five separated branches of government: Legislative, Executive, Judicial, Electoral and Citizens branches. The People's Advocate is part of the Citizens Power, along with the Public Prosecutor's Office and the General Comptroller's Office (Article 134). The People's Advocate was created for the promotion, defense and supervision of the rights and guaranties set forth in the Constitution and in the international treaties on human rights, as well as for the citizens' legitimate, collective and diffuse interests (Article 281). In particular, according to Article 281 of the Constitution, it also has among its functions to watch for the functioning of public services and to promote and protect the peoples' legitimate, collective and diffuse rights and interests against arbitrariness or deviation of power in the rendering of such services, being authorized to file the necessary petitions to ask for the compensation of the damages caused from the malfunctioning of public services. It also has among its functions, the possibility of filing petitions of *amparo* and *habeas corpus*. See Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2022, pp. 554-555. Available at: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2022/08/A.R.-BREWER-CARIAS.-CONSTITUCION-1999.-5a-edic.-2022-2022-port.pdf>

<sup>46</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. The Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 202 ff.

*a right granted to it by the Constitution itself, consisting in protecting the society or groups in it, in the cases of Article 281.*"<sup>47</sup>

It is the situation, for instance, of the protection of indigenous people's rights, the right to the environment and the citizens' right to political participation.<sup>48</sup> The main consequence of the establishment of this

<sup>47</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 656 of June 30, 2000, caso *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, quoted in ruling No. 379 of February 26, 2003, case *Mireya Ripanti et al. vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, in *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-93-96-enero-diciembre-2003>

<sup>48</sup> The Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela admitted the standing of the Advocate of the People to file amparo petitions on behalf of the citizens as a whole, as was the case of the petition filed against the Legislative body pretension to appoint the Electoral National Council members without fulfilling the constitutional requirements. In the case, decided on June 6, 2001, the Constitutional Chamber, when analyzing Article 280 of the Constitution, pointed out that "the protection of diffuse and collective rights and interests may be raised by the Advocate of the People, through the amparo petition," adding the following: "As for the general provision of Article 280 *eiusdem*, regarding the general defense and protection of diffuse and collective interests, this Chamber considers that the Advocate of the People is entitled to act to protect those rights and interests, when they correspond in general to the consumers and users (6, Article 281), or to protect the rights of Indian people (paragraph 8 of the same Article), since the defense and protection of such categories is one of the faculties granted to said entity by Article 281 of the Constitution in force. It is about a general protection and not a protection of individualities. Within this frame of action, and since the political rights are included in the human rights and guarantees of Title III of the Constitution in force, which have a general projection, among which the ones provided in Article 62 of the Constitution can be found, it must be concluded that the Advocate of the People on behalf of the society, legitimated by law, is entitled to bring to suit an amparo petition tending to control the Electoral Power, to the citizen's benefit, in order to enforce Articles 62 and 70 of the Constitution, which were denounced to be breached by the National Legislative Assembly...(right to citizen participation). Due to the difference between diffuse and collective interests, both the Advocate of the People, within his attributions, and every individual residing in the country, except for the legal exceptions, are entitled to bring to suit the petition (be it of amparo or a specific one) for the protection of the former ones; while the action of the collective interests is given to the Advocate of the People and to any member of the group or sector identified as a component of that specific collectivity, and acting defending the collectivity. Both individuals and corporations whose object is the protection of such interests may raise the petition, and the standing in all these petitions varies according to the nature of the same, that is why law can limit the petition in specific individuals or entities. However, in our Constitution, in the provisions of Article 281 the Advocate of the People is objectively granted the procedural interest and the capacity to sue." See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 656 of June 30, 2000, caso *Defensor del Pueblo vs. Comisión*

autonomous constitutional institution with standing to file these type of petitions, is the corresponding lack of standing of other State officers and institutions to do so.<sup>49</sup>

In this sense, the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal rejected a petition for the protection of collective or diffuse rights filed by a Governor of one of the federated States, ruling that the States and Municipalities cannot file actions for the protection of diffuse and collective rights and interests, except if a statute expressly authorizes them.<sup>50</sup> This case law was ratified in another ruling issued in 2001 whereas the Constitutional Chamber also denied the Governors or Mayors the standing to file collective actions, arguing that “*the Venezuelan State, as such, lacks [such standing], since it has mechanisms and other means to cease the damage caused to those rights and interests, specially through administrative procedures*”; concluding the ruling affirming that:

“Within the structure of the State... *the only one who is able to protect individuals in matters of collective or diffuse interests is the Advocate of the People (in any of his scopes: national, state, county or special). The General Prosecutor, the Mayors, or the Municipal*

---

*Legislativa Nacional*, quoted in ruling No. 379 of February 26, 2003, case *Mireya Ripanti et al vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, in *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-93-96-enero-diciembre-2003>

<sup>49</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. The Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 203.

<sup>50</sup> Ruling of November 21, 2000. The Court ruled that the collective and diffuse rights and interests pursue to maintain an acceptable quality of life in all the population or sectors of it in those matters related to the quality of life that must be rendered by the State or by individuals. They are rights and interests that can concur with individual rights and interests, but that according to Article 26 of the Constitution and unless the statute denies the action, can be claimed by any person invoking a right or interest shared with the people in general or a sector of the population and who fears or has suffered a harm in his quality of life, being part of such collectivity. Now, being for the State to maintain the acceptable quality of life conditions, its bodies or entities cannot ask from it to render an activity; thus, within the structure of the State, the only institution that can file such actions is the People’s Advocate, due to the fact that it represents the people and not the State, as well as other public entities when a particular statute gives him such capacity. See Case William Dávila. Gobernación Estado Mérida. See the comments in Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, p. 115.

*comptrollers lack both such attribution and the action (unless the law grants them both).*<sup>51</sup>

In the same judgment the Chamber decided that:

*“petitions in general grounded in diffuse or collective rights and interests may be filed by any Venezuelan person or legal entity, or by foreign persons residing in the country who have access to the judicial system through the exercise of this action...*

*...but the population in general is entitled to bring them in the way explained in this ruling and those can be brought by the Advocate of the People, since as stated in Article 280 of the Constitution, the Advocate of the People is in charge of the promotion, defense and guardianship of the legitimate, collective and diffuse interest of the citizens.*

*According to this Chamber, said provision does not exclude or prohibit the citizens the access to the judicial system in defense of the diffuse and collective rights and interests, since Article 26 of the Constitution in force sets forth the access to the judicial system to every person, whereby individuals are entitled to bring to suit as well unless a law denies them the action.”*<sup>52</sup>

Consequently, the States and Municipal authorities (governors and mayors) as well as the General Prosecutor, have been denied standing to file petitions seeking the protection of collective constitutional rights, when infringed by national authorities. In sum, pursuant to case law of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, after the People’s Advocate was created by the 1999 Constitution, no other public officer

<sup>51</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 656 of June 30, 2000, case *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, quoted in ruling No. 379 of February 26, 2003, case *Mireya Ripanti et al vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, in *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-93-96-enero-diciembre-2003>

<sup>52</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No 656 of June 30, 2000, Case *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, quoted in ruling No 379 of February 26, 2003, case *Mireya Ripanti et al vs. Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, in *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-93-96-enero-diciembre-2003>

in his official character, including the General Prosecutor, have standing to file petitions for the protection of collective or diffuse rights or interests.

Consequently, the plaintiff, that is, the General Prosecutor, in the case at hand, where the Constitutional Chamber illegitimately intervened the Venezuelan Red Cross Society, completely lacked the required standing set forth by the same Constitutional Chamber in its well-established case law to file such petition for the purported protection of diffuse and collective rights.

## **VI. THE PETITION BROUGHT BEFORE THE CONSTITUTIONAL CHAMBER BY THE GENERAL PROSECUTOR AGAINST THE INDIVIDUAL MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS OF THE VENEZUELAN RED CROSS SOCIETY**

In the case of judgment No 1057 of 2023, the Chamber admitted a petition filed by Tarek William Saab, “*acting in his capacity of Prosecutor General of the Bolivarian Republic of Venezuela.*” It was not filed by Tarek William Saab in his personal capacity as member of the Venezuelan society, but in his capacity of public officer head of the Public Prosecutor Office, contrary to what has been the case law doctrine of the same Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal.

Based on her own case law, the Constitutional Chamber was compelled to dismiss such petition, pursuant to the rule established among others, in judgment No. 1.395 of 21 November 2000 (case: “*William Dávila Barrios and others*”), whereas it determined:

*“with respect to which individual or collectivity, public or private, subjects are authorized or empowered pursuant to the constitutional norm to claim the effective protection of collective and diffuse rights and interests, that in the case of public subjects, that is, State organs or entities, only the Office of the Peoples’s Advocate has the power, based on articles 280 and 281.2 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, to apply to the Courts of the Republic to request protection and effective protection of the collective rights and*

*interests of persons living or residing in the territory of the Republic, without excluding the possibility of claiming the protection of the collective rights or diffuse interests of Venezuelans living or residing outside the territory of the Republic.”*<sup>53</sup>

Likewise, the Chamber revealed that such representation is not expressly assigned in the current legal system to any other State body or entity, and that the petition of its defense in jurisdictional headquarters “(...) correspond to a plurality of organizations with legal personality, whose object is intended to act in the sector of life where the activity of the collective entity is required, and which, in the opinion of the Court, constitutes a quantitatively important sample of the sector (...)”<sup>54</sup>

But contrary to her own doctrine, the Constitutional Chamber granted “standing” to the Prosecutor General to file the petition for the protection of the supposed “collective and diffuse rights and interests of the employees and volunteers of the Red Cross,” admitting the intervention of the Red Cross Society only with incidental reference to the right to health, as a consequence of the denounced situation in its operation.

Such admission of the petition was even made without considering what the Chamber had already established regarding the general possibility of a given citizen to file a petition for the protection of collective or diffuse rights, in the sense that the claimant:

*“personally must fear the injury or have suffered it or be suffering it as part of the community in relation to his fundamental rights, exercising such action in his capacity as a member or linked to the injured group or sector, so that anyone who is not domiciled in the country, or cannot be reached by the injury, will lack legitimacy...”*<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Quoted in judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 2150 of November 14, 2007, Case: *Lorenzo Emilo Rondón vs. Presidente del Instituto Nacional de Investigaciones y de Ministro del Poder Popular para la Agricultura y Tierras*, in *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 490-492. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-112-estudios-sobre-la-reforma-constitucional-octubre-diciembre-2007>

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No. 1623, of October 29, 2008, Case: *Narciso Antonio Palacios y otros vs. Alcalde del Municipio Chacao*

In the case subject to these comments as the General Prosecutor explained in his complaint, and judgment No. 1057 referred, he filed the petition due to:

*“[...] abuses of power against the volunteers and workers of the body of that humanitarian organization, as well as irregular actions in the use of the resources of that organization, to the detriment of the most vulnerable sectors of Venezuelan society that depend on their humanitarian work.”<sup>56</sup>*

That is, in the words of the General Prosecutor, he filed a petition that was not based on generic facts, related to indeterminate subjects. On the contrary, the petition was based on specific facts related to an equally specific group of people: the employees and volunteers of the Red Cross, regarding certain labor benefits; and against the members of the Board of Directors of the Red Cross Society, in which case, as the Constitutional Chamber said in another case, “there could be a ruling that hurts the legal interest of another sector of society not represented by the plaintiff.” As the same Chamber said: “The foregoing, in no way means that his claim cannot be satisfied judicially, but through other means that allow the containment of the interested party in the results of the trial and not through an action of this nature.”<sup>57</sup>

As for the specific facts related to the *employees and volunteers of the Red Cross*, regarding determined labor benefits, they were even

---

*del Estado Miranda*, in *Revista de Derecho Público* No 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 106-113. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-116-octubre-diciembre-2008>

<sup>56</sup> Available at: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/327890-1057-4823-2023-23-0802.HTML>.

<sup>57</sup> See judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No 279 of February 23, 2007. Caso: *Guillermo Tadeo Borges Ortega vs. Alcaldía del Municipio Turístico El Morro “Lic. Diego Bautista Urbaneja” del Estado Anzoátegui*. In *Revista de Derecho Público* No 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 94 ss. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-109-enero-marzo-2007>. See also judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal No 1322, of October 16, 2009, Case: *Valeriano González y otros*, in *Revista de Derecho Público* No. 120, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 97-98. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-120-octubre-diciembre-2009>

stated in the wording of the petition filed by the General Prosecutor, as it can be read in the transcription contained in ruling No. 1057:

*“The plaintiff explains that: “having regard to the complaints and interviews conducted in the investigation carried out by the Thirty-Fourth (34) National Prosecutor’s Office Specialized in the Protection of Human Rights of the Public Prosecutor’s Office, annexed hereto, which describe workplace harassment by the National Board of Directors of the Venezuelan Red Cross, chaired by citizen Mario Villarroel Lander, revealed through mistreatment, threats and coercion of the working and volunteer personnel of that humanitarian entity, which becomes the violation of fundamental human rights such as the right to human dignity, health and life, it is clear that the present lawsuit must be processed, since these constitutional violations seriously compromise the collective rights of workers and volunteer personnel who are being affected by this action.”*

“That: “Equal importance to the *collective interests of workers* is the present *Petition for Protection of Collective and Diffuse Interests*, with regard to the alleged *fraudulent actions in the elections of the members* of the National Board of Directors of the Venezuelan Red Cross, chaired by citizen Mario Villarroel Lander, which has allowed them to remain in said positions for more than 40 years, despite the fact that by statutory mandate elections must be held every two (02) years, this *to the detriment of the right to vote and political participation*, in the terms established in article 63 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela”.

That: “(...), transcendental importance derives from the complaints related to the National Board of Directors of the Venezuelan Red Cross, chaired by citizen Mario Villarroel Lander, who does not consider the *complaints made internally by the workers, regarding the arbitrariness they are subject to*, as well as those referring to the *irregular use of resources* by the National or Regional authorities of the Venezuelan Red Cross; the *irregular use of new vehicles* that are assigned to some members of the board and used personally ‘to go to the beach, restaurants, concerts’, the alleged *wrongdoings in the selection of suppliers related*

*to the food of workers and volunteers of the Venezuelan Red Cross, and that the resources assigned to the Venezuelan Red Cross, are used by the Board of Directors “as a petty cash for all their cravings, forcing it through threats to the purchase of goods and payment for services that are not contemplated in the budget lines and coercing the actions and permanence of this office in the country if they do not comply with their requests.”*<sup>58</sup>

None of these allegations complies to the strict conditions established by the same Constitutional Chamber regarding petitions for the protection of collective and diffuse rights, in the sense that none refers to generic facts or indeterminate subjects. On the contrary, they are based on specific facts attributed to the *Board of Directors* and high officers of the Red Cross Society (namely, among others, *Mario Villarroel Lander, Miguel Ángel Villarroel and Eester Pernía*), in detriment of an equally specific group of people who are the *employees and volunteers of the Red Cross*. This was corroborated by the same text of the complaint filed by the Prosecutor General when referring to the eight (08) written complaints that were allegedly received:

*“at the headquarters of the General Office for Human Rights Protection of the Public Ministry under my charge, referred to alleged irregularities attributed to the President and the National Board of Directors of the Venezuelan Red Cross, chaired by citizen Mario Villarroel Lander; namely acts of intimidation, threats, coercion and harassment at work to the detriment of the personnel working in this humanitarian association, either as permanent staff or volunteers; concealment of irregular facts, alleged violations of the right to vote, as well as anomalous acts regarding the administration of material resources held by the Venezuelan Red Cross, to the detriment of its workers and the most vulnerable sectors of Venezuelan society to which it must attend, and which directly link their right to health.”*<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Available at: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/327890-1057-4823-2023-23-0802.HTML>.

<sup>59</sup> Available at: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/327890-1057-4823-2023-23-0802.HTML>.

This is why, the Constitutional Chamber declared in its ruling that:

*“As can be seen, the aforementioned complaints involve the action of a manager, which could affect a collective legal good as well as the national interest, since the right to health is involved, in addition to the risk or affectation of rights and dignity of the group of workers of the Venezuelan Red Cross. By denouncing alleged abuses of power, harassment and undignified treatment that would affect volunteers, workers, as well as alleged irregular actions in the performance, use and management of the resources assigned to that agency for the development of its humanitarian work, the fulfillment of the main objective within Venezuelan territory.”<sup>60</sup>*

In the text of the complaint filed by the General Prosecutor, and of the Constitutional Chamber’s ruling, this was the only incidental reference made -for instance- to the “right to health”, without any argument whatsoever on how the collectivity was affected. Furthermore, neither of the eight (8) anonymous written complaints that formed the basis for the petition, all made by employees of the Red Cross working at the humanitarian organization in favor of the health of all those using its services, contains a single mention regarding any sort of malfunctioning of the health services or the service rendered to the general public. In fact, the employees signing the anonymous complaints only asked for a change in the Red Cross Society (“*un cambio en la Cruz Roja Venezolana*”).

Consequently, the purported petition for the protection of diffuse and collective rights filed by the General Prosecutor, without due standing, did not comply with the conditions set forth by the Constitutional Chamber in its well-established case law. Regardless of the foregoing, the Constitutional Chamber admitted the petition and issued the precautionary measure intervening the Red Cross Society.

---

<sup>60</sup> Available at: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/327890-1057-4823-2023-23-0802.HTML>.

## VII. THE INTERVENTION OF THE RED CROSS SOCIETY BY THE CONSTITUTIONAL CHAMBER WITHOUT RESPECTING THE BASIC PROCEDURAL RULES REGARDING “PRECAUTIONARY MEASURES.”

As said, the Constitutional Chamber admitted the petition filed by the General Prosecutor, ignoring her own case law doctrine in the sense that the General Prosecutor lacks the needed standing to file petitions for the protection of collective and diffuse rights; and also ignoring that in any case, to file a petition of this sort, the plaintiff has to claim that he has personally suffered harm in his rights, in addition to the general harm caused to the rights of the whole society, as well as contend only generic facts referred to collective rights of indeterminate subjects, and not, as in this case, specific facts attributed to the Board of Directors of the Red Cross Society, related to a specific group of people, namely the employees and volunteers of the Red Cross.

Thus, ignoring its own case law doctrine, the Constitutional Chamber considered that:

*“any member of the society, with capacity to act in court, can -in principle- act in protection of them, as these rights are related to the common good, which is why, from that perspective, in the opinion of this Constitutional Chamber, the plaintiff [the General Prosecutor] is entitled to exercise the present action, since he acts as the highest representative of the Public Ministry, not only in order to guarantee the protection of the criminal investigation in progress but to file the action in exercise of his duty to secure general interest and public order as well as to protect and preserve the full exercise of constitutional rights and guarantees of both volunteers and workers belonging to the Venezuelan Red Cross and the community in general, especially those in vulnerable situations to whom the health services and other benefits of this important organization are directed.”<sup>61</sup>*

Based on the foregoing, but without any arguments to sustain the assertion, the Constitutional Chamber affirmed that the matter con-

<sup>61</sup> Available at: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/327890-1057-4823-2023-23-0802.HTML>.

sidered was of “national importance,” and ordered the “precautionary measure” of intervening the Red Cross Society, ceasing in a definitive way in their position all the members of the Board of Directors of the Society bypassing its bylaws. As a consequence of this definitive decision, the Chamber decided the appointment of an Ad-Hoc Board of the Red Cross Society, designating its President, to replace the Board of Directors:

*“not only in order to guarantee its effective functioning in accordance with the Constitution and the Law, but also to prevent the current National Board of Directors of that humanitarian entity from continuing to violate dignity as a fundamental human right, given the level of mistreatment, harassment at work, threats and coercion that they exert on the persons in their care, or obstruct the investigation in the criminal field carried out by the Public Prosecutor’s Office.”*<sup>62</sup>

This ruling, from the standpoint of Venezuelan procedural law, was issued as a “*medida cautelar*” or “precautionary measure” but disregarding the rules governing the issue of such temporal, preliminary or provisional procedural measures set in the Venezuelan Civil Procedural Code, particularly the temporary nature.

For starters, because following article 585 of the Civil Procedural Code<sup>63</sup>, as has been applied by case law, to issue “*medidas cautelares*” the Chamber was compelled to consider: first “the apparent existence of a “good right” (*buen derecho*), second, the existence of a “situation of danger caused by the delay” (*periculum in mora*) on deciding, and third, “the adequacy of the petition to secure the effectiveness of the claim” (*periculum in dammi*).

These conditions have been defined by case law since long. In the Contentious Administrative Jurisdiction, for instance, the First Court on Contentious Jurisdiction has stated:

---

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> “Article 585. The preventive measures established in this Title shall be decreed by the Judge, only when there is a manifest risk that the judgment will be illusory and provided that a means of proof is accompanied that constitutes a serious presumption of this circumstance and of the right that is claimed.”

“First, the need for “the appearance of the existence of a good right” (*fumus boni iuris*), that is, the need for the petitioner to prove the existence of his constitutional right or guaranty as being violated or threatened.

Second, the “danger posed by the delay” (*periculum in mora*), that is, the need to prove that the delay in granting the preliminary protection will make the harm irreparable.

Third, the “danger of the harm” (*periculum in dammi*”), that is the need to prove the imminence of the harm that can be caused.

And a fourth condition can be mentioned in order for the courts to issue preliminary measures, which is the need to balance the collective and particular interests involved in the case.”<sup>64</sup>

These conditions have also long being established by the Political Administrative Chamber of the Supreme Tribunal, applicable to the Constitutional Chamber, considering that:

“In order for an anticipated protective measure to be granted, due to its preliminary content it is necessary to examine the existence of three essential elements, always balancing the collective or individual interests; such conditions are:

1. *Fumus Boni Iuris*, that is, the reasonable appearance of the existence of a “good right” in the hands of the petitioner alleging its violation, an appearance that must derive from the written evidence (documents) attached to the petition.

2. *Periculum in mora*, that is, the danger that the definitive ruling could be illusory, due to the delay in resolving the incident of the suspension.

3. *Periculum in Damni*, that is, the imminence of the harm caused by the presumptive violation of the fundamental rights of the petitioner and its irreparability. These elements are those that basically allow one

---

<sup>64</sup> As for instance has been ruled on March 1, 2001 by the Venezuelan First Court on Contentious Administrative Jurisdiction, *Video & Juegos Costa Verde, C.A. vs. Prefecto del Municipio Maracaibo del Estado Zulia* case, in *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 291. Available at <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-85-88-enero-diciembre-2001>

to seek the necessary anticipatory protection of the constitutional rights and guaranties.<sup>65</sup>

These general conditions for issuing preliminary protective measures in Venezuela are very similar to the prerequisites tested by the United States' courts when issuing preliminary injunctions, namely: 1) a probability of prevailing on the merits; 2) an irreparable injury if the relief is delayed; 3) a balance of hardship favoring the plaintiff; and 4) a showing that the injunction would not be adverse to the public interest; all of which must be proven by the plaintiff.<sup>66</sup>

Nonetheless, in the case of the intervention of the Venezuelan Red Cross Society, none of these conditions were considered –nor met– in the judgment pronounced by the Constitutional Chamber, leading Professor Alí Daniels to state:

*“the case of the judicial intervention of the Venezuelan Red Cross is very serious, because the highest court not only did not consider respect for the autonomy and freedom of this organization, but also violated due process by agreeing to a disproportionate precautionary measure without any constitutional guarantees.”*

Daniels considered that the facts denounced by the Prosecutor's Office “did not merit a measure as invasive and dangerous for an essential human right as freedom of association.”<sup>67</sup>

The other infringement regards one of the most essential rules on interlocutory, preliminary and temporary orders -as the “*medidas cautelates*” are-; as the intervention of the Venezuelan Red Cross Society

<sup>65</sup> See ruling No. 488 by the Político Administrative Chamber dated March 3, 2000, issued in the case: *Constructora Pedeca, C.A. vs. Gobernación del Estado Anzoátegui*, in *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 459. Available at: <https://revistadederechopublico.com/archivos/revistas/revista-de-derecho-publico-director-no-81-enero-marzo-2000>

<sup>66</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Constitutional Rights in Latin America. The Amparo Proceeding*, Cambridge University Press 2009, pp 3t4, See also William M. Tabb and Elaine W. Shoben, *Remedies*, Thomson West, 2005, p. 63.

<sup>67</sup> See Alí Daniels, “Con la intervención judicial de la Sociedad Venezolana de la Cruz Roja se agrava el patrón de violaciones contra la libertad de asociación en Venezuela,” in *Acceso a la Justicia*, August 10, 2023, available at: <https://accesoalajusticia.org/con-intervencion-judicial-sociedad-venezolana-cruz-roja-agrava-patron-violaciones-contra-libertad-asociacion-venezuela/>

amounts to a definitive measure, since the effects are not be possible to revert.

It was issued contrary to Venezuelan Procedural Law regulating “*medidas cautelares*” as preliminary and temporary measures (contrary to final), and hence, issued pending the procedure; similar to “preliminary injunctions” issued by courts in the United States, which are also temporary or securing protection pending trial.<sup>68</sup>

This means that such temporary or protective measures or orders can essentially be reversed if the petition is eventually dismissed. In the case of the intervention of the Venezuelan Red Cross Society and the removal of its existing Board of directors, such a measure is, in fact, a final one, tending to the definitive (not temporal) election of a new Board of Directors.

As Professor José Ignacio Hernández has pointed out,

*“The precautionary measure issued violates procedural principles, since it is not a temporary and reversible measure. In reality, the precautionary measure issued solves the substance of the dispute, since it definitively decided the intervention of the Red Cross. This intervention was issued without consultation, outside due process. ...the Constitutional Chamber abused its precautionary power, to agree to the intervention of the Venezuelan Red Cross, which is an organization that is not integrated into the public sector.”*<sup>69</sup>

In the same sense, professor Alí Daniels has considered that:

*“Based on complaints and anonymous testimonies, the Supreme Tribunal of Justice has issued a precautionary measure that, in reality, constitutes an anticipated judgment on the merits, and that generates irreversible changes in the Red Cross, in violation of the right*

<sup>68</sup> See Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Constitutional Rights in Latin America. The Amparo Proceeding*, Cambridge University Press 2009, pp 366-367; and John Bourdeau et al, “Injunctions”, in Kevin Schoder, John Glenn and Maureen Placilla, *Corpus Juris Secundum*, Volume 43A, Thomson West, 2004, pp. 24 ff.

<sup>69</sup> See Jose ignacio Hernández, “La intervención de la Cruz Roja Venezolana por la Sala Constitucional: otro paso más del constitucionalismo autoritario-populista,” August 5, 2023; available at: <https://www.joseignaciohernandezg.com/2023/la-intervencion-de-la-cruz-roja-venezolana-por-la-sala-constitucional-otro-paso-mas-del-constitucionalismo-autoritario-populista/>

*to defense, due process, the presumption of innocence and freedom of association.”*

*“... National legislation establishes solutions when an association has internal problems or irregularities in its management: in the case of crimes, those responsible must be duly charged and judged with respect for their human rights. And if there are administrative irregularities, the members, in their free and sovereign determination, must decide what the corrective measures are and apply them. In the case of the Red Cross, neither of these two solutions was used. On the contrary, an intervention was imposed by the State, through an individual, ignoring the will of the legitimate subjects of rights to make decisions on behalf of the intervened entity, violating its bylaws and Articles of Incorporation of the Red Cross (article 15).”<sup>70</sup>*

Consequently, when the Constitutional Chamber issued the judgment intervening the Venezuelan Red Cross Society, the purported “preliminary measure”, not only was not a “preliminary”, but was in fact a “definitive” one – non reversible - eliminating the Board of Directors without complying with the conditions established both in the Civil Procedural Code and well-established case law thereto.

## **VIII. THE INTERVENTION AND THE RISK OF THE RED CROSS SOCIETY LOSING INDEPENDENCE VIS-À-VIS THE GOVERNMENT**

The Constitutional Chamber’s intervention of the Red Cross Society, on the other hand, confirms that the petition filed by the General Prosecutor was not in fact for the protection of collective and diffuse rights in the terms defined by the Constitutional Chamber itself, but a specific petition filed by an incompetent public officer, lacking the needed standing, for the exclusive purpose of intervening it, and without complying with the essential conditions for granting it under Vene-

---

<sup>70</sup> See Alí Daniels, “Con la intervención judicial de la Sociedad Venezolana de la Cruz Roja se agrava el patrón de violaciones contra la libertad de asociación en Venezuela,” in *Acceso a la Justicia*, August 10, 2023, available at: <https://accesoalajusticia.org/con-intervencion-judicial-sociedad-venezolana-cruz-roja-agrava-patron-violaciones-contra-libertad-asociacion-venezuela/>

zuelan Procedural Law. The purpose was to eliminate and substitute the Board of Directors of the Venezuelan Red Cross Society, by appointing a new Ad-Hoc Board, without any reference whatsoever to any sort of protection of generic rights of the collectivity, and with the factual excuse of the protection of individual labor rights of the employees and volunteers of the Red Cross Society, all covered by an alleged petition for the protection of collective and diffuse rights.

On the contrary, as expressed by Professor José Ignacio Hernández:

*“the Constitutional Chamber has used this remedy for the alleged protection of certain labor rights that would have been violated, according to complaints filed with the Prosecutor’s Office. These alleged labor complaints were not channeled through ordinary mechanisms, nor have they given rise to procedures in which the right to defense of the persons denounced is guaranteed. Hence, these complaints are clearly insufficient to substantiate a petition for the protection of diffuse and collective rights.”*<sup>71</sup>

This intervention of the Venezuelan Red Cross Society, on the other hand, was also decided ignoring the principles that govern the International Movement of the Red Cross and Red Crescent, in particular the principle of independence of National Societies vis-a-vis the Governments. This explains the reaction of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC) expressing concern about the case of Venezuela, noting that:

*“Any State intervention in our National Red Cross and Red Crescent Societies raises serious concerns regarding their independence and principle-based humanitarian work of National Societies and will be treated with the utmost importance. IFRC has its own mechanisms to address situations when a member National Society might be considered breaching our fundamental principles and we encourage*

---

<sup>71</sup> See José Ignacio Hernández, “La intervención de la Cruz Roja Venezolana por la Sala Constitucional: otro paso más del constitucionalismo autoritario-populista,” 5 August 2023. Available at: <https://www.joseignaciohernandezg.com/2023/la-intervencion-de-la-cruz-roja-venezolana-por-la-sala-constitucional-otro-paso-mas-del-constitucionalismo-autoritario-populista/>

*governments to facilitate the IFRC's own internal mechanism to address such situations.*"<sup>72</sup>

In the case considered, as was already mentioned, in her "preliminary" and supposedly "temporal" precautionary order, the Constitutional Chamber established "an *Ad Hoc* Restructuring Board chaired by Ricardo Filippo Cusanno," and assigned him, among others, the power to appoint the other members of the *Ad Hoc* Restructuring Board of the institution. This Ad Hoc Board, according to the judgment of the Chamber, must: (i) "convene the internal election of the authorities of the Red Cross" and (ii) "evaluate and proceed to restructure the internal reorganization of the Red Cross within a period of one year," and must also (iii) "perform all the necessary attributions to guarantee the continuity of the service provided by the Venezuelan Red Cross." The Ad Hoc Board, nonetheless, is compelled "to report to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal on the fulfillment of its attributions." The latter meaning, in fact, the subjugation of the Board's Society to State control through the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal.

The President of the Ad Hoc Board, announced the names of the other members of the Ad-Hoc Board,<sup>73</sup> and in a Communiqué dated August 7, 2023, signed by all of them they expressed their intention to "ask the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC) and the International Committee of the Red Cross (ICRC) to accompany the process" hoping to "have the participation of these bodies for the updating of the bylaws, the creation of transparency mechanisms, the integrity of volunteers and the holding of democratic elections within 12 months."<sup>74</sup>

<sup>72</sup> See IFRC, "Update on the Venezuelan Red Cross." August 9, 2023. Available at: <https://www.ifrc.org/article/update-venezuelan-red-cross>

<sup>73</sup> It must be noted that perhaps because it is a non-profit civil society, the appointments made by Mr. Cussano of the new members of the Ad Hoc Board, although without direct relation with the volunteer activities of the Red Cross, are persons with distinguished carriers.

<sup>74</sup> See Associated Press (Fiorella T.), "Cruz Roja Venezolana: ¿quiénes son los integrantes de la nueva junta tras su intervención? A través de sus redes sociales, el organismo internacional informó a la opinión pública cómo quedó compuesta la organización," August 7, 2023, in *El diario*, 18 Agosto 2023, available at: <https://eldiario.com/2023/08/07/cruz-roja-venezolana-integrantes-de-la-nueva-junta/> See also in Alberto News, August 7, 2023 available at:

In any case, such companionship by the Federation is, of course, required, among other reasons, because pursuant to the Rules of the International Movement of the Red Cross and Red Crescent, as was aforementioned, the change of bylaws of National Societies must get the approval of the Federation. In this process, as was expressed by Christophe Lanord, it is expected that the so-called "true Red Cross approach" will prevail, which is "the policy not to exclude any Society but instead to maintain a constructive dialogue [which] is better than ostracism."<sup>75</sup>

In the near future, the International Federation of the Red Cross will really realize what, in fact, will be the impact and the extent of the State's intervention of the Red Cross, as well as the level of engagement of the Government on the Society. Currently we have to rely on what the International Federation expressed on August 9, 2023 about the intervention and "Supreme Court judgment regarding the reorganization of the Venezuelan Red Cross' leadership and board, and related actions," when informing that:

*"The IFRC was dispatching senior officials to Caracas this week to join its permanent delegation in the country to deal with the ongoing developments; this will continue with the goal to better understand the scope of risks and ability to continue providing principle-based humanitarian services, and the level of government involvement, if any, going forward.*

*Our priority is to protect the critical role of the Venezuelan Red Cross and its volunteers and staff in the country: their neutral, impartial, and independent humanitarian action has been essential in saving lives.*

*We are currently closely monitoring the situation, assessing the best way forward, and we will inform on our next steps based on that analysis."*<sup>76</sup>

---

<https://albertonews.com/principales/cruz-roja-venezolana-confirma-los-nuevos-miembros-de-la-junta-reestructuradora-de-institucion-sepa-quienes-son-detalles/>

<sup>75</sup> See Christophe Lanord, "The legal status of National Red Cross and Red Crescent Societies," in *International Review of the Red Cross*, No. 840, 31-12-2000; available at: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jq9.htm>

<sup>76</sup> See "IFRC, "Update on the Venezuelan Red Cross," 09/08/2023, available at: <https://www.ifrc.org/article/update-venezuelan-red-cross> . See also "Federación Internacional de

The Federation was emphatic stating that:

*“Any State intervention in our National Red Cross and Red Crescent Societies raises serious concerns regarding their independence and principle-based humanitarian work of National Societies and will be treated with the utmost importance. IFRC has its own mechanisms to address situations when a member National Society might be considered breaching our fundamental principles and we encourage governments to facilitate the IFRC’s own internal mechanism to address such situations.”*<sup>77</sup>

In light of the aforementioned, thus, one of the main issues that need to be ascertained and solved, due to the intervention of the National Society made by a State body ignoring and by-passing what is provided in its bylaws, is the extent of control set forth in the ruling, by imposing the newly appointed Ad Hoc Board of the Society the duty to “report to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal on the fulfillment of its attributions.” This will be, without doubt, the main question regarding the effective neutrality, impartiality, and independence of the National Society, a concern that has already being discussed.

In this sense, for instance, Professor José Ignacio Hernández has expressed his opinion in the sense that:

*“The decision of the Constitutional Chamber violates that status and fundamental humanitarian principles. Specifically, the decision violates the principles of impartiality and neutrality, since the action of the Red Cross is now controlled by an organ of the Venezuelan State, such as the Constitutional Chamber. For all the above, under the conditions established in decision No. 1,057, the Venezuelan Red Cross is unable to comply with the humanitarian mandate of the International Red Cross and Red Crescent Movement, becoming, in fact, one more instrumentality of the regime of Nicolás Maduro.”*<sup>78</sup>

---

la Cruz Roja preocupada por intervención de Cruz Roja Venezolana”, August 9, 2023, available at: <https://morfema.press/destacada/federacion-internacional-de-la-cruz-roja-preocupada-por-intervencion-de-cruz-roja-venezolana/>

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> See José Ignacio Hernández, “La intervención de la Cruz Roja Venezolana por la Sala Constitucional: otro paso más del constitucionalismo autoritario-populista,” August 5,

In addition, the appointment as members of the Ad Hoc Board of the Red Cross Association made by its President, pursuant to the decision of the intervention of the Society, of some professors of the Central University of Venezuela that are part of the governing body of the University, was rejected by members of the same University body, because considering that were made in violation of the Statute governing the Autonomous Universities.<sup>79</sup> In the opinion of the ONG *Acceso a la Justicia*, the appointment was contrary to two of the principles governing the activities of National Red Cross Societies, their “neutrality and independence,” reinforcing:

*“doubts about the charitable organization’s ability to carry out its mission from now on in accordance with its fundamental principles of independence and neutrality.”*<sup>80</sup>

In fact, one can consider that the immediate effect of the Red Cross Society’s intervention through a “preliminary measure” issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, appointing a new President of the Society with the power to appoint the members of an Ad Hoc Board that must “report” to the Chamber about the accomplishment of their new attributions not established in the by-laws of the Society, is the subjugation to control by a State body of the Red Cross Society, infringing the legal provisions that govern civil societies in Venezuela.

---

2023. Available at: <https://www.joseignaciohernandezg.com/2023/la-intervencion-de-la-cruz-roja-venezolana-por-la-sala-constitucional-otro-paso-mas-del-constitucionalismo-autoritario-populista/>

<sup>79</sup> See in Albany Andara Meza, “Profesores de la UCV en desacuerdo con participación de autoridades en junta interventora de la Cruz Roja,” August 17, 2023, available at: <https://efectocuyo.com/la-humanidad/profesores-de-la-ucv-en-desacuerdo-con-participacion-de-autoridades-en-junta-interventora-de-la-cruz-roja/> Also available in *El Nacional*, August 18, 2023, at: <https://www.elnacional.com/venezuela/profesores-rechazaron-participacion-de-autoridades-de-la-ucv-en-la-junta-ad-hoc-de-la-cruz-roja/>

<sup>80</sup> See *Acceso a la Justicia*, “Dudas sobre la legalidad de la incorporación de la vicerrectora de la UCV a la junta ad hoc de la Cruz Roja Venezolana,” August 23, 2023; available at: <https://accesoalajusticia.org/dudas-legalidad-incorporacion-vice-rectora-ucv-junta-ad-hoc-cruz-roja-venezolana/>

## CONCLUSION

Summarizing all the aforementioned, as was already said in the First part (**Paragraph 10**), the judicial intervention of the Venezuelan Red Cross Society by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, is an illegitimate intervention by a State body against a civil society not subject to State control, because:

a. It violated the right to free association guaranteed in article 52 of the Constitution, according to which, civil societies regulated in the Civil Code are not subject to State intervention except when an express provision of law so allows. Consequently, in this case, in addition to be illegal, the intervention of the Society was ordered by an incompetent State body.

b. It was pronounced within a procedure that could not have been admitted by the Chamber, since the petition did not comply with the conditions established by the same Chamber in her well-established case law, set forth since 2000, regarding actions for the protection of diffuse and collective rights.

c. The petition was also inadmissible because it was filed by the General Prosecutor, who lacks standing to file petitions for the protection of diffuse and collective rights, as the well-established case law set forth by the same Constitutional Chamber has long recognized since 2000.

d. The “preliminary measure” violated also the basic provisions of the Civil Procedural Code because the “measure” was not a “temporary” and eventually subject to reversion, , but a “final”, ordering the Society to have a new Board of Directors and new by-laws.

e. The supposed “preliminary measure” did not comply with the conditions established by the same Chamber, and other courts in the country in a well-established case law set forth since 2000, for the issuance of “preliminary measures.”

f. The immediate effect of the “preliminary measure” is not the protection of any diffuse or collective interest, but to subject the Venezuelan Red Cross Society to the Constitutional Chamber, contrary to the legal provisions governing civil societies in Venezuela.

New York, 23 August 2023

# LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL MÉTODO CONFLICTUAL

EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN\*

## SUMARIO

I. Planteamiento de la cuestión a estudiar. II. El método conflictual y su funcionamiento. III. La justicia material como criterio orientador para la solución de los casos de Derecho Internacional Privado y la necesidad (y existencia) de correctivos al método conflictual. IV. La función de la Constitución para la optimización del método conflictual.

*Resumen:* Dentro del pluralismo metodológico que caracteriza al Derecho Internacional Privado contemporáneo el método conflictual juega un papel principal. Es, sin duda, el método preferido por el legislador venezolano y plasmado en la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998. Sin embargo, inspirada por la convicción de que debe primar la justicia material sobre la justicia conflictual la propia Ley de Derecho Internacional Privado ha reconocido una serie de elementos correctivos del resultado del normal funcionamiento de las normas de conflicto establecidas en esa Ley. La cuestión que se esboza en este ensayo procura sugerir criterios para determinar cuál debe ser la función de la Constitución en la aplicación del método conflictual para la solución de los casos de Derecho Internacional Privado.

*Palabras Clave:* Constitución; Derecho Internacional Privado; Método Conflictual; Matrimonio; Derechos Adquiridos.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN A ESTUDIAR

La cuestión que nos hemos propuesto desarrollar en estas páginas, a ser incluidas en el libro de las Jornadas sobre Derecho Procesal Constitucional en homenaje al profesor Rafael Badell Madrid, en alguna forma resulta ser continuación de los planteamientos y de las reflexiones

---

\* Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila; Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela; Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Miembro Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado; Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.

iniciados hace ya muchos años, los cuales tuvieron difusión en diversas publicaciones nacionales<sup>1</sup>. En esas ocasiones destacamos el hecho singular de que la Constitución de 1999 reconoce, por primera vez en Venezuela, la denominación Derecho Internacional Privado, pero sin especificar su contenido. De la misma forma, en esas publicaciones destacamos que a pesar de no contar con normas de Derecho Internacional Privado, en el sentido amplio del término, los valores recogidos en la Constitución y en particular la preeminencia reconocida en la Constitución a los derechos humanos, los convierte en una suerte de faro que ilumina el camino del navegante en los mares de los casos que involucran a dos o más ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes.

El aporte más significativo de la Constitución, como luego también insistiremos, en las áreas del Derecho Internacional Privado ha sido destacado por la doctrina nacional en el área del Derecho Procesal Civil Internacional, en lo tocante a la jurisdicción, la cooperación judicial internacional y la eficacia de las sentencias extranjeras.

Pero ahora el asunto particular que ha despertado nuestro interés, como continuación de esos ejercicios exploratorios iniciales, es el de determinar qué papel desempeña la Constitución en la aplicación del llamado método conflictual o indirecto, indicador o formal para la solución de los casos de Derecho Internacional Privado en sentido estricto. Puesto en otros términos, el objeto principal de estas reflexiones es explorar algunas ideas acerca de cómo y cuándo incide la Constitución durante el proceso de determinación y aplicación del derecho competente, efectuada dicha selección valiéndonos de las normas de Derecho

---

<sup>1</sup> Ver nuestros trabajos “La Constitución del 30 de diciembre de 1999 y la Ley de Derecho Internacional Privado del 6 de agosto de 1998”, en Fernando Parra-Aranguren (Editor), *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenajes No. 1, Caracas, 2001, pp. 11 y ss.; “La Función de la Constitución de 1999 en la Determinación y Aplicación del Derecho que Regula la Adopción Internacional”, en Fernando Parra-Aranguren (Editor), *Libro Homenaje a Juan María Rouvier, Temas de Derecho Internacional Privado*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenajes No. 12, Caracas, 2003, pp. 347 y ss.; y “Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental”, en Irene de Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Serie Eventos No. 18, Caracas, 2005, pp. 21 y ss.

Internacional Privado comúnmente conocidas como normas conflictuales o normas indirectas, indicadoras o formales. Por lo tanto, este trabajo trata de un tema metodológico que se le presenta al intérprete en el proceso de determinar el derecho sustantivo o material que se ha de aplicar para regular el mérito de un problema jurídico surgido con ocasión de una situación de hecho que se relaciona con los ordenamientos jurídicos extranjeros. De esta forma, este estudio escapa a una consideración puramente procesal constitucional (por ello disculpas), pero que ciertamente se ha de presentar con ocasión del examen constitucionalizado de los casos de Derecho Internacional Privado.

En uno de nuestros trabajos previos afirmamos lo siguiente “Todo el derecho se ha constitucionalizado. El Derecho Internacional Privado no es una excepción a la regla. La Constitución de 1999 es la norma rectora de todo el Derecho Internacional Privado venezolano. La aplicación e interpretación de la LDIP (Ley de Derecho Internacional Privado) debe responder a ese mandato”<sup>2</sup>. Sin embargo, establecer los criterios para concretizar en qué medida ha de intervenir la Constitución en el proceso que se desarrolla al intervenir una norma de conflicto para determinar el derecho competente para regular jurídicamente una situación de hecho que se relaciona con los ordenamientos jurídicos extranjeros (que es lo que también llamamos los casos de Derecho Internacional Privado en sentido estricto) ha sido una tarea que en Venezuela solo hemos atacado en forma tímida y de manera muy general.

Mis trabajos citados al inicio de este estudio<sup>3</sup> y los trabajos publicados entre nosotros que abordan la cuestión de las relaciones entre la Constitución y el Derecho Internacional Privado, en mi criterio, no han alertado suficientemente en cuanto a este problema ni tampoco han aportado herramientas de orientación que permitan dibujar una vía para asegurar la oportuna intervención de la Constitución en la solución de los casos de Derecho Internacional Privado. Está claro que la doctrina nacional es conteste en afirmar el importantísimo papel que juega

<sup>2</sup> “La Constitución del 30 de diciembre de 1999 y la Ley de Derecho Internacional Privado del 6 de agosto de 1998”, ob. cit., p. 16.

<sup>3</sup> En particular ver mis trabajos “La Constitución del 30 de diciembre de 1999 y la Ley de Derecho Internacional Privado del 6 de agosto de 1998”, ob. cit., pp. 15 y ss.; y “La Función de la Constitución de 1999 en la Determinación y Aplicación del Derecho que Regula la Adopción Internacional”, ob. cit., pp. 352 y ss.

la Constitución para los casos con elementos de extranjería relevante, pero ha preferido no abordar el tema que aquí nos planteamos o ha dedicado su atención a los más interesantes asuntos procesales civiles internacionales<sup>4</sup>. De esta manera asumimos el reto de plantear orientaciones metodológicas para ilustrar cuándo y cómo ha de intervenir la Constitución en el proceso de determinación y aplicación del derecho competente en los casos de Derecho Internacional Privado.

## II. EL MÉTODO CONFLICTUAL Y SU FUNCIONAMIENTO

La cuestión metodológica ocupa un sitio muy destacado en el Derecho Internacional Privado contemporáneo<sup>5</sup>. La metodología empleada para la “construcción teórica y técnica de las soluciones de derecho internacional privado” refleja una visión del fenómeno de la extranjería en el derecho en un momento determinado. De tal suerte, las respuestas a la interrogante relativa a “la solución adecuada a los supuestos de hecho contentivos de elementos extranjeros (...) no han sido y todavía no son las mismas en todas partes”<sup>6</sup>. En este sentido, con gran agudeza el profesor Mariano Aguilar Navarro expresaba que “el Derecho internacional privado es el procedimiento jurídico que una determinada época utiliza con el propósito de regular los supuestos de tráfico externo”<sup>7</sup>. Como se ha afirmado, esos procedimientos han variado a lo largo del tiempo y

<sup>4</sup> Ver por ejemplo Tatiana B. de Maekelt, “Constitución y Derecho Internacional Privado”, en Jesús María Casal H., Alfredo Arismendi A. y Carlos Luis Carrillo A. (Coordinadores), *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 387 y ss.; y Víctor Hugo Guerra Hernández, *Límites Constitucionales del Derecho Internacional Privado. ¿Hacia una jurisdicción especial?*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2013, esp. pp. 160 y ss.

<sup>5</sup> Aquí seguimos nuestro trabajo “El derecho privado internacional (de la familia y de las sucesiones) en el derecho internacional privado: La experiencia venezolana”, en José Annicchiarico Villagrán, Sheraldine Pinto Oliveros y Pedro J. Saghy Cadenas (Coordinadores), *I Jornadas Franco-Venezolanas de Derecho Civil. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil y Reforma del Código Civil Francés*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Française, 2015, pp. 125 y ss., esp. pp. 127 y ss.

<sup>6</sup> Gonzalo Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas selectos y otros estudios*, 3a. Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 81.

<sup>7</sup> Mariano Aguilar Navarro, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Tomo I, *Introducción y fuentes*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 139.

han sido las épocas de “crisis” del Derecho Internacional Privado las que “han motivado una amplia revisión metodológica” en esta materia<sup>8</sup>.

El tema de la cuestión metodológica en el Derecho Internacional Privado ha ocupado numerosísimas páginas a lo largo de la historia de las ideas jurídicas. No nos vamos a detener en ese aspecto aquí. Tan solo nos limitamos a remitir al interesado a un par de referencias bibliográficas<sup>9</sup>. Una de las características del Derecho Internacional Privado contemporáneo es el pluralismo metodológico, que algunos prefieren llamar complementariedad de normas, métodos o técnicas<sup>10</sup>. De tal manera hay consenso entre los autores, no exento, sin embargo, de críticas valiosísimas<sup>11</sup>, para afirmar que los tres tipos de normas preferidos actualmente para hacer frente a los problemas de Derecho Internacional Privado son (i) las normas conflictuales, indirectas, indicadoras o formales, (ii) las normas materiales de Derecho Internacional Privado y (iii) las normas de aplicación inmediata o necesaria<sup>12</sup>. En Venezuela, como en otros países, “no hay imposibilidad teórica alguna de emplear otros métodos (...) para la regulación de aquellas relaciones y situaciones cuyos elementos están conectados a una pluralidad de ordenamientos jurídicos”<sup>13</sup>.

En todo caso, lo que resulta incuestionable es la heterogeneidad de naturaleza de las normas reguladoras del tráfico privado internacional<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Aguilar Navarro, ob. cit., p. 47.

<sup>9</sup> G. Parra-Aranguren, ob. cit., pp. 81 y ss.; Adolfo Miaja de la Muela, *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado*, Cuadernos de la Cátedra ‘J.B. Scott’, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1977, *passim*.

<sup>10</sup> VV.AA., “Reflexiones sobre el discurso conceptual, el pluralismo metodológico y el rol del derecho internacional privado en la integración”, en *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, CEDEP, ASADIP, Asunción, 2013, pp. 123 y ss., esp. pp. 136 y ss.

<sup>11</sup> Miaja de la Muela, ob. cit., p. 32 y ss., pp. 59 y ss. Ver también Jorge Talice, “Objeto y método en el derecho internacional privado”, en AA.VV., *Objeto y método en el Derecho internacional Privado*, Editorial Grosf Services, Montevideo, 1986, pp. 29 y ss.; para la crítica de las ideas de este último ver Rubén Santos Belandro, *Derecho civil internacional y de la familia*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2009, pp. 75 y ss.

<sup>12</sup> Tatiana Bogdanowsky de Mackelt, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 233; Claudia Madrid Martínez, *La norma de derecho internacional privado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004, pp. 28 y ss. y p. 111.

<sup>13</sup> José Antonio Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 2a. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p. 121.

<sup>14</sup> Miaja de la Muela, ob. cit., p. 31.

En la época actual se afirma que virtualmente ningún sistema nacional de Derecho Internacional Privado puede reclamar pureza metodológica y que muy pocos sistemas la aspiran. El pluralismo metodológico es visto como un signo de madurez del Derecho Internacional Privado, lejos de ser considerado un síntoma de decadencia. Ninguna metodología es perfecta; todas son necesarias, y juntas, si son bien coordinadas, son mejores que aisladas. Eclecticismo y pluralidad son las características de los métodos utilizados en nuestro tiempo para enfrentarnos a la regulación jurídica de los casos que se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros<sup>15</sup>.

De los tres tipos normativos arriba identificados, sin duda alguna, el que actualmente recibe el favoritismo es el de las normas conflictuales, indirectas, indicadoras o formales. Este es el caso de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Hay una marcada preferencia por las normas conflictuales<sup>16</sup>. De tal suerte, los estudiosos y los legisladores tienden a favorecer el método indirecto o formal para la solución de los problemas de Derecho Internacional Privado. Ahora bien, la norma conflictual no da respuesta inmediata y directa al problema jurídico planteado, sino que ubica, indica o selecciona el ordenamiento jurídico aplicable al caso jurídicamente internacionalizado. La consecuencia jurídica de la norma conflictual o indirecta se limita a seleccionar el ordenamiento jurídico aplicable al caso sin dar respuesta material al problema jurídico-material presentado, cuya solución dependerá del ordenamiento que resulte aplicable como consecuencia jurídica de dicha norma conflictual. Y lo anterior se logrará ya sea que el derecho competente sea efectivamente seleccionado mediante la actuación de la norma de conflicto del foro o mediante la intervención de las demás normas

<sup>15</sup> Symeon C. Symeonides, "General Report", en Symeonides, Symeon C. Symeonides (Editor), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress. XVth International Congress of Comparative Law*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, London, 1999, pp. 3 y ss., esp. p. 21.

<sup>16</sup> Para una muestra de la proyección del método conflictual más allá del Derecho Internacional Privado ver Carlos E. Weffe H., "La norma de conflicto. Notas sobre el método en el Derecho Internacional Privado y en el Derecho Internacional Tributario", en Claudia Madrid Martínez (Editora), *Libro Homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Baker McKenzie, Caracas, 2019, pp. 65 y ss.

auxiliares que pongan en funcionamiento otras instituciones propias de la llamada Teoría General del Derecho Internacional Privado, como lo son el reenvío, la cuestión previa, preliminar o incidental, el respeto o protección de los derechos adquiridos, etc.<sup>17</sup>.

De alguna forma, la adopción del método conflictual que, en el sentido “savignyano” de la expresión da particular atención a la situación jurídica a ser regulada, muestra, no obstante, una especie de claudicación del legislador nacional frente a la imposibilidad de regular directamente todos los casos posibles, más aún cuando se considera que los casos jurídicamente internacionalizados estarían espacialmente mejor regulados por un ordenamiento jurídico (*lex causae*) diferente del ordenamiento jurídico nacional (*lex fori*). El derecho escogido resulta ser el derecho especial para regular el particular caso con elementos de extranjería relevantes<sup>18</sup>.

### III. LA JUSTICIA MATERIAL COMO CRITERIO ORIENTADOR PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CASOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA NECESIDAD (Y EXISTENCIA) DE CORRECTIVOS AL MÉTODO CONFLICTUAL

Ya hemos recordado que sobre la base del método conflictual, indirecto, indicador o formal, la determinación o selección del derecho

<sup>17</sup> Para un caso de aplicación práctica del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado ver mi trabajo “Eficacia en Venezuela del cambio voluntario de nombre civil según el derecho inglés”, en Rafael Badell Madrid, Enrique Urdaneta Fontiveros, Salvador Yannuzzi Rodríguez (Coordinadores), *Libro Homenaje al doctor Luis Cova Arria*, Tomo II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, pp. 1249 y ss.

<sup>18</sup> Aquí vamos a prescindir de la crítica de la solución conflictual que señala que en la generalidad de los casos ese derecho especial será un derecho nacional, dictado para regular casos netamente nacionales y sin tomar en cuenta la extranjería de las situaciones jurídicas reguladas. La crítica se resume en las palabras de Miaja de la Muela según el cual una ley “dictada para servir necesidades nacionales, puede resultar poco apta para el tráfico jurídico internacional”. Y fue precisamente esa “falta de adecuación”, a decir del propio Miaja de la Muela, el argumento principal desarrollado por el profesor uruguayo Quintín Alfonsín para desarrollar su tesis del derecho privado extranacional. Por ello se afirma -con razón- que la norma material internacional es superior a la norma interna declarada aplicable por la norma de conflicto, y ello como resultado de la insuficiencia de las legislaciones internas para regular los casos internacionalizados.

material aplicable a un caso con elementos de extranjería relevante depende precisamente de la intervención previa de una norma de conflicto y ello se efectúa en abstracto, sin tomar en cuenta el contenido particular de los potenciales ordenamientos jurídicos hipotéticamente involucrados.

La norma de conflicto selecciona el derecho competente o aplicable al caso, pero no soluciona el caso materialmente. Para esto último se requiere que una vez efectuada la selección del derecho competente, sea este el derecho nacional (*lex fori*) o uno extranjero (*lex causae*), se identifique la norma o normas concretas y particulares del específico sistema jurídico competente y que ellas sean aplicadas en concreto a la especial situación fáctica bajo examen de la misma manera en que serían aplicadas en su país de origen y de manera que se realicen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, todo a tenor del mandato del artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Al aplicar el derecho material de esa manera determinado van a surgir nuevos problemas que deben ser apreciados bajo la óptica de los valores e intereses del Derecho Internacional Privado, entre los cuales tiene posición privilegiada el alcanzar la mejor solución material del caso.

En esa función tanto el Derecho Internacional Privado como el derecho privado material o sustantivo están al servicio de la justicia en los casos que involucran a las personas que actúan como sujetos de Derecho Privado. Se ha afirmado correctamente que, partiendo de la indivisibilidad de la justicia, en realidad se trata de dos facetas de una misma y única justicia, por una parte, la justicia formal o conflictual y, por la otra, la justicia concreta o material. En este sentido debe remarcarse que mientras la justicia conflictual o formal actúa en base a criterios personales, territoriales o espaciales (que se llaman factores de conexión) para así determinar la solución del caso en base al mejor derecho espacialmente considerado, la justicia material o concreta se orienta a alcanzar la mejor solución material del caso en atención a criterios de derecho sustantivo, es decir la justicia concreta del caso particular en atención a sus especiales circunstancias de extranjería<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> En general, Gerhard Kegel y Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8a. edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 2000, pp. 114 y ss.

La Ley de Derecho Internacional Privado comparte esa idea. Así se ha dicho que la “filosofía de la Ley responde al convencimiento de que en el método conflictual tiene que prevalecer el logro de la justicia material frente a la justicia formal, es decir, la justicia del caso y no del sistema”<sup>20</sup>.

Pero, ¿Cómo alcanzar ese objetivo de la justicia concreta del caso cuando el método conflictual indica tan solo el ordenamiento competente en abstracto, partiendo de criterios territoriales o personales expresados a través del elemento de la norma de conflicto denominado “factor de conexión”, mediante el cual una determinada situación de hecho subsumida en el supuesto de hecho de la correspondiente norma de conflicto es atribuida a un ordenamiento jurídico particular, que bien puede ser el derecho del foro o de un estado extranjero?

La Ley de Derecho Internacional Privado da respuesta al cuestionamiento anterior. Ante todo, la Ley se aparta de cualquier consideración de una pretendida neutralidad de las normas de conflicto<sup>21</sup> al disponer en su artículo 2 que el derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, “y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”, objetivos que son también reconocidos en su artículo 5<sup>22</sup>. Adicionalmente, el Derecho Internacional Privado se vale de diferentes elementos o instituciones que permiten corregir los resultados insatisfactorios producto de la aplicación de una norma de conflicto “que se refieren a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del derecho extranjero y que son: calificación, cuestión previa, reenvío, orden público, fraude a la ley e institución desconocida”<sup>23</sup>. Junto a las anteriores, el Derecho Internacional Privado

<sup>20</sup> Tatiana B. de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia. Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, p. 52.

<sup>21</sup> Ver Lenna Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, L.G.D.J., París, 2001, pp. 34 y ss., con referencias a la interesante jurisprudencia constitucional italiana.

<sup>22</sup> Ver mi trabajo “En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de derecho internacional privado”, *Cuadernos Unimetanos*, No. 11, Universidad Metropolitana, Caracas, 2011, pp. 227 y ss.

<sup>23</sup> Tatiana B. de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 53.

ha desarrollado las llamadas “instituciones valorativas”, entre las cuales mencionamos los derechos adquiridos o protección de las situaciones jurídicas válidamente creadas o perfeccionadas, equilibrio de intereses y adaptación, entre las cuales también se consideran la calificación y la cuestión incidental, y porque no también al reenvío y al orden público internacional<sup>24</sup>.

La doctrina venezolana claramente ha expuesto que “No hay duda alguna que estas últimas instituciones son imprescindibles para la flexibilización del método conflictual y con ello para su adaptación a los verdaderos fines del Derecho Internacional Privado”<sup>25</sup>. En definitiva, hoy en día encontramos vigente entre nosotros un “método conflictual mejorado” mediante una serie de instituciones desarrolladas a lo largo de las últimas décadas (el último siglo) dentro de la Teoría General del Derecho Internacional Privado que están dirigidas a hacer de este último un derecho fundamentalmente humano y justo, protector del “hombre viajero”.

#### IV. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL MÉTODO CONFLICTUAL

Hechos los planteamientos anteriores, es necesario precisar cuál debe ser la función de la Constitución en la aplicación del método conflictual según lo hemos presentado en las páginas precedentes, tomando en cuenta los correctivos propios desarrollados por la teoría y la praxis del Derecho Internacional Privado como respuesta a las insuficiencias de dicho método conflictual.

Para ilustrar los criterios que queremos exponer más adelante vamos a tomar la situación de hecho que llevó al Tribunal Constitucional alemán a rendir decisión en el “caso de la pensión de la viuda inglesa” (como la llaman los alemanes) o *Witwenrentenbeschluss* de fecha 30 de noviembre de 1982<sup>26</sup>. A continuación un resumen de los hechos del caso.

<sup>24</sup> Tatiana B. de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 53 y s.

<sup>25</sup> Tatiana B. de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 54.

<sup>26</sup> *BVerfGE* 62, pp. 323 y ss.

En 1947, en los primeros años después de la Segunda Guerra Mundial y luego de la capitulación del ejército alemán ante las potencias aliadas, una joven alemana de 19 años de edad celebró matrimonio con el señor J. Wallace, un soldado británico, ante un capellán del ejército británico en un campamento de reclusión regentado por las fuerzas británicas, ubicado en Hilden, Westfalia, cerca de Düsseldorf, en los entonces territorios ocupados de Alemania. En ese momento regía en esos territorios una serie de normas jurídicas dictadas por el *Kontrollrat* de las potencias vencedoras que se superponían a las normas del gobierno alemán que en muchos casos tenían su origen en el derecho del *Reich*. Vista la situación de destrucción de esos territorios, el caos propio de momentos tan turbulentos y la ocupación militar de los vencedores, para los particulares no resultaba fácil conocer el derecho vigente aún para las cosas más elementales y diarias.

Poco tiempo después de su matrimonio la pareja se mudó a Inglaterra y allí la ahora Mrs. Wallace muy pronto voluntariamente adquirió la nacionalidad británica, con lo cual perdería su nacionalidad alemana. En 1949, Mr. Wallace tomó un cargo como empleado civil con el ejército británico en la zona del Rin y la pareja regresó a Alemania. Durante los próximos 25 años los señores Wallace vivieron en Alemania como ingleses. Todos trataban a los señores Wallace como si estuvieran casados. El señor Wallace estaba inscrito como casado en las instituciones laborales y de seguridad social alemanas. En 1952, la hija habida por el matrimonio de los señores Wallace fue inscrita en el registro civil alemán como hija matrimonial de ambos con el apellido Wallace.

En 1974, al fallecer en Alemania el señor Wallace la Agencia Estatal de Seguros competente (*Landesversicherungsanstalt*) le notificó a Mrs. Wallace que por cuanto, según el derecho alemán, incluido el Derecho Internacional Privado alemán, vigente para la fecha de celebración de ese pretendido matrimonio, ella no estuvo casada válidamente con el señor Wallace ella no tenía derecho a la pensión de viudez establecida para el cónyuge sobreviviente en la entonces vigente *Reichsversicherungsordnung (RVO)* (Ley Imperial del Seguro Social). Mrs. Wallace tuvo que acudir ante el Tribunal para Asuntos Sociales (*Sozialgericht*) para revisar la decisión de la agencia de seguros estatal, anularla y ordenar pagarle la pensión de viudez argumentando que, si

bien no se trataba de un matrimonio válido, se trataba de un *Nicht-Ehe*, de un *matrimonium non existens* o de un “No-Matrimonio”, el mismo había sido sanado por los casi 28 años de vida en comunidad cuasimatrimonial (*eheähnlicher Gemeinschaft*) de los señores Wallace. El Tribunal Social aplicó por analogía las disposiciones de la entonces vigente Ley de Matrimonio (*Ehegesetz*) según la cual un matrimonio nulo es válido *ab-initio* si los interesados han vivido como esposos al menos durante cinco años.

A solicitud de la Agencia Estatal de Seguros la decisión del *Sozialgericht* fue revocada por el Tribunal Social Federal<sup>27</sup> (*Bundessozialgericht*) argumentando este último que la pretensión a obtener la pensión de viudez exigía un previo matrimonio válidamente celebrado, el cual debía determinarse exclusivamente según el estatus familiar de la viuda, lo cual a su vez dependía de la validez de ese matrimonio solo según el derecho alemán. Para el derecho de ocupación entonces vigente en Alemania (incluido su Derecho Internacional Privado) la celebración del matrimonio debía realizarse ante un funcionario del registro civil alemán y ello sin importar si para el derecho inglés ese matrimonio era válido. Antes de continuar es útil señalar que bajo el *Foreign Marriage Act* de 1892, vigente en el Reino Unido para 1947, aun cuando la celebración del matrimonio se sujetaba a la *lex loci celebrationis*, si uno de los contrayentes era miembro de las fuerzas armadas británicas destacadas en el extranjero, podía entonces celebrarse el matrimonio ante un capellán de las fuerzas armadas británicas tal como si tratara de un matrimonio celebrado en Inglaterra<sup>28</sup>. De tal forma, mientras que para el derecho material alemán el matrimonio Wallace era inexistente, para el derecho material inglés era perfectamente válido.

Al revocar la decisión anterior el *Bundessozialgericht* consideró que, según el derecho alemán, una relación de vida de carácter no matrimonial (*nichteheliches Lebensverhältnis*) no podía constituir un

<sup>27</sup> *SGb.* 1981, Nr. 22., p. 310 y ss.

<sup>28</sup> Para el derecho internacional privado venezolano más recientemente y con más referencias ver mi trabajo “Dos matrimonios (o uno solo) y una sola viuda (pero no la misma, o dos viudas también): El caso de Harry W. Middleton”, *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, No. 5, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2023, pp. 429 y ss., [https://www.mdipc-ucv.com/\\_files/ugd/f5426d\\_f160fa288e5e4cff95c-c559f9442cfe9.pdf](https://www.mdipc-ucv.com/_files/ugd/f5426d_f160fa288e5e4cff95c-c559f9442cfe9.pdf)

fundamento legal para beneficiarse de la pensión de viudez. Para tal propósito, el Tribunal sostuvo que a falta de una norma legal que así lo previera, la protección especial que acuerda el artículo 6 I de la *Grundgesetz*<sup>29</sup> al matrimonio y a la familia no entraba en consideración para posibilitar una excepción al derecho positivo por razones de equidad, tomando en cuenta además que debía respetarse la unidad del sistema jurídico y la necesidad de una clara diferenciación entre las situaciones que creaban relaciones de estado familiar.

Mrs. Wallace decidió entonces acudir ante el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional), el cual mediante sentencia del 30 de noviembre de 1982 anuló la sentencia del *Bundessozialgericht*. El fundamento de la anulación fue precisamente el artículo 6 I de la *Grundgesetz*. El Tribunal Constitucional concluyó que el Tribunal Federal Social había desconocido el significado y extensión del deber especial de protección del matrimonio por parte del Estado que establece la Ley Fundamental.

La parte central de la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en el caso de la pensión de la viuda inglesa reza así: “El artículo 6 I de la Ley Fundamental autoriza una interpretación del artículo 1264 de la *Reichsversicherungsordnung (RVO)* (Ley Imperial del Seguro Social) en el sentido de que viudos, en el sentido de dicha norma, también lo son los sobrevivientes de matrimonios tambaleantes o claudicantes (*hinkenden Ehe*)”.<sup>30</sup> Fue la interpretación de la norma legal conforme a la “Constitución”, *i.e.*, la *Grundgesetz*, la que permitió el resultado al que llegó el Tribunal Federal Constitucional.

<sup>29</sup> El artículo 6 I de la *Grundgesetz* dispone: *Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.* (“El matrimonio y la familia están bajo la protección especial del ordenamiento estatal.”)

<sup>30</sup> Un *hinkende Ehe*, literalmente, es un matrimonio tambaleante o claudicante, o en latín un *matrimonium claudicans*. Los franceses hablan de *mariage boiteux*. Se trata de una expresión metafórica para referirse a un matrimonio que figurativamente “va cojeando” o “tambaleándose” por el mundo jurídico, ya que su validez está sometida a diferentes normas en los diferentes países y, de tal suerte, sus consecuencias jurídicas varían de uno a otro país, siendo válido en unos y nulo o inexistente en otros países. De manera tal, que al pasar una frontera los esposos podrían no-ser-esposos o los no-esposos podrían ser esposos, todo dependiendo de cuál sea el ordenamiento jurídico que entre en aplicación. Es un tipo de situaciones jurídicas indeseables que el Derecho Internacional Privado contemporáneo trata de evitar, propiciando la estabilidad y continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio.

La decisión del *Bundesverfassungsgericht* en el caso de la viuda inglesa fue mayoritariamente aceptado y apoyado por los comentaristas en Alemania en cuanto a la solución material, pues parece “de justicia” reconocerle a Mrs. Wallace la pensión de viudez. Sin embargo, la metodología empleada para alcanzar la decisión no satisfizo a muchos y generó una importantísima discusión doctrinaria en cuanto a la función de las normas y principios constitucionales para el Derecho Internacional Privado<sup>31</sup>.

Lo que llama especialmente la atención a un profesor de Derecho Internacional Privado es que las decisiones de los tribunales alemanes, tanto del *Bundessozialgericht* como del *Bundesverfassungsgericht*, no mencionan ni utilizan el Derecho Internacional Privado para resolver el caso. La metodología y las instituciones del Derecho Internacional Privado permanecieron relegadas y marginadas, centrándose la discusión y el análisis (a nivel judicial) en las consideraciones constitucionales. El examen del caso estuvo dirigido a los temas de derecho material, incluso el constitucional, y sin tomar en cuenta - para nada - las enseñanzas del Derecho Internacional Privado.

¿Será que cuando un asunto tiene “vena” constitucional desaparece cualquier otra consideración jurídica”? ¿O hay un orden a seguir en la aplicación de las normas para la solución de los casos relativos a situaciones de hecho que se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros?

Para hacer frente a casos como el de la pensión de la viuda inglesa el Derecho Internacional Privado, y en particular el venezolano, ha desarrollado útiles figuras jurídicas. Se trata de la llamada institución de la “protección de las situaciones jurídicas válidamente perfeccionadas”, también conocida como de los “derechos adquiridos”<sup>32</sup>. Sin embargo,

<sup>31</sup> Por todos ver Wolfram Müller-Freienfels, *Sozialversicherungs-, Familien- und Internationalprivatrecht und das Bundesverfassungsgericht. Die “hinkende” englische Witwe und ihre deutsche Hinterbliebenenrente*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1984 y más recientemente Christian v. Bar y Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht, Band I. Allgemeine Lehren*, Munich, 2003, pp. 218 y ss.

<sup>32</sup> En general ver G. Parra-Aranguren, ob. cit., pp. 193 y ss.; Víctor Hugo Guerra Hernández, “Derechos Adquiridos”, en Tatiana B. de Maekelt, Ivette Esis Villarroel, Carla Resende (Coordinadoras), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo I, pp. 231 y ss.

la expresión “derechos adquiridos” debe emplearse con cautela, pues es imprecisa. En el Derecho Internacional Privado, la expresión derechos adquiridos se ha utilizado en el pasado para explicar el fundamento mismo del Derecho Internacional Privado, p.ej., en Holanda durante el siglo XVII, y en el mundo anglosajón durante los siglos XVIII-XX. En esos sistemas se partía de la idea de que las leyes eran de vigencia y aplicación territorial exclusivamente. Cada juez solo aplicaba su derecho nacional, salvo que mediara tratado internacional. El juez se limitaba a reconocer “derechos adquiridos” según un derecho extranjero, pero no aplicaba derecho extranjero. A pesar del problema terminológico se habla, muy a menudo, de manera indistinta de respeto de las situaciones válidamente perfeccionadas o de teoría o doctrina de los derechos adquiridos.

Actualmente, en particular en Venezuela, se trata de una institución de la Teoría General del Derecho Internacional Privado, escasamente regulada en los tratados u otros sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado. La doctrina sigue diferentes enfoques y algunos la consideran superflua y subjetiva, pues resultados similares se pueden alcanzar con otras instituciones (como por ejemplo el *totopoderoso* y *omnipresente* orden público internacional) y que no dependan tanto de las ideas de cada juez. Ahora bien, realmente se trata de una forma particular de manifestación del principio general de la buena fe, mediante la protección de las legítimas expectativas de las partes o confianza legítima.

En el sistema venezolano, la doctrina de la protección de las situaciones jurídicas válidamente perfeccionadas, según está recogida en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>33</sup>, tiene el efecto

<sup>33</sup> El artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado dice: “Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.” En estos comentarios no discutimos el alcance del artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado ni del artículo 8 del Código Bustamante, que también se refieren de manera “genérica” al problema de los derechos adquiridos. Por tratarse de una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto del foro, la mención a los derechos adquiridos hecha en el art. 8 del Código Bustamante no

de una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto del foro, es decir, no se respeta el resultado de la aplicación del derecho (*lex fori* o *causae*) seleccionado por la norma de conflicto del foro, para evitar resultados contrarios a requerimientos elementales de justicia. Es decir, en ciertos casos, por razones de justicia material, no resulta adecuado seguir el resultado material al que se llegaría de aplicarse el derecho seleccionado a través de la norma de conflicto bilateral del foro. En estos casos se busca proteger la situación que se haya podido crear válidamente según otro ordenamiento jurídico.

Hay que resaltar muy especialmente que la excepción de protección de las situaciones jurídicas válidamente perfeccionadas se fundamenta en la idea de justicia material del foro, no se trata de la defensa de los principios o valores esenciales del orden jurídico del foro que quedarían protegidos por la cláusula de reserva o excepción de orden público internacional. Como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto del foro, la doctrina de protección de las situaciones jurídicas válidamente perfeccionadas debe ser aplicada con mesura y en casos extraordinarios, cuando seguir el resultado de la norma de conflicto del foro conduzca a una manifiesta lesión del sentimiento de justicia del foro. Es, por tanto, de interpretación restrictiva. La teoría o doctrina de la protección de las situaciones jurídicas válidamente perfeccionadas busca lograr la armonía internacional de las soluciones materiales, que las situaciones jurídicas sean válidas en todas partes, evitando, precisamente, situaciones jurídicas claudicantes.

Aplicando al caso de la señora Wallace la doctrina de la protección de las situaciones jurídicas válidamente creadas según la plasma el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado tendríamos que en atención a que se trata de una situación jurídica creada según el derecho inglés (el matrimonio con Mr. Wallace) que presenta con el caso una vinculación internacionalmente admisible basada en la nacionalidad y

---

debe entenderse como consagración de la institución del respeto de las situaciones jurídicas válidamente perfeccionadas tal como hoy se conoce esta institución y está regulada en la Ley de Derecho Internacional Privado, pues el art. 8 del Código Bustamante realmente no tiene valor autónomo propio, es de ir, el citado art. 8 se limita a reconocer lo que es evidente, que las situaciones jurídicas perfeccionadas según las normas del propio Código Bustamante serán reconocidas (tendrán validez) en los demás Estados parte de ese Código. No funciona pues en el sentido moderno de la expresión.

condición militar de Mr. Wallace, la misma debe protegerse aun cuando para nuestro Derecho Internacional Privado, ese matrimonio pudiese ser inválido o inexistente, siempre que no estemos en presencia de alguna de las tres excepciones establecidas en dicho artículo 5, en cuyo caso la doctrina de los derechos adquiridos no entraría en juego y se respetaría el resultado de la norma de conflicto, a saber: 1. Si tales situaciones jurídicas contradicen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto (ver art. 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado), 2. Si el derecho venezolano reclama competencia exclusiva para regular la materia respectiva (ver art. 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado, normas de aplicación forzosa o necesaria) y 3. Si ellas son manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano (ver art. 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado). Valga añadir que ninguna de las excepciones está presente en el caso de Mrs. Wallace.

Ahora bien, existiendo instituciones en el Derecho Internacional Privado como la antes descrita, ¿Cuál es realmente el papel y la función de la Constitución en un caso como este, en particular cuando el examen de la cuestión jurídica involucra diversos ordenamientos jurídicos?

Las decisiones judiciales en el caso de la pensión de la viuda inglesa nos brindan varias enseñanzas. Ante todo, que los casos que involucran situaciones de hecho que se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros o casos de Derecho Internacional Privado deben ser examinadas de conformidad con la normativa especial, valga decir en el caso venezolano, utilizando las normas de la Ley de Derecho Internacional Privado. De tal manera, los problemas de derecho aplicable o de Derecho Internacional Privado deben ser trabajados según la metodología prevista por el legislador venezolano<sup>34</sup>, lo que supone poner en funcionamiento las normas de conflicto si así resultan aplicables. El resultado de la norma de conflicto, ya sea que ordene aplicar el derecho venezolano o un derecho extranjero debe ser respetado por ser ese el

---

<sup>34</sup> Para el tema metodológico ver nuestro trabajo “Metodología para el Estudio de Casos de Derecho de familia internacional”, en Víctor Hugo Guerra Hernández, Yaritza Pérez Pacheco y Claudia Lugo Holmquist (Coordinadores), *Derecho Familiar Internacional. Metodología para su Estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2014, pp. 18 y ss.

mandato dado por el propio legislador venezolano. La averiguación del derecho extranjero competente debe ser hecha de oficio por el juez o autoridad que conozca del caso, sin perjuicio de que las partes interesadas coadyuven en esa tarea aportando la información que consideren conveniente a sus propios intereses.

En caso de que la norma de conflicto ordene aplicar un derecho extranjero el mismo debe aplicarse según los principios que rijan en ese sistema jurídico extranjero y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. Si con ocasión de la aplicación del derecho competente, nacional o extranjero, surgieren dudas en cuanto a la justicia del resultado material del caso concreto, la discusión de cualquier problema a la luz de los mandatos de la Constitución debe posponerse o postergarse hasta tanto no se haya verificado la corrección del eventual resultado material a través de la intervención de las varias instituciones de la Teoría General del Derecho Internacional Privado.

Con lo anterior lo que queremos manifestar es que el Derecho Internacional Privado no solo se limita a exteriorizar los valores fundamentales específicos que tutela con la ayuda de la Constitución<sup>35</sup>, sino que intrínsecamente es portador de los más altos valores humanos, lo cual logra en especial a través de sus instituciones valorativas, entre las cuales la doctrina de la protección de las situaciones jurídicas válidamente perfeccionadas juega un papel estelar.

---

<sup>35</sup> Christian v. Bar y Peter Mankowski, ob cit., p. 226

# LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES EN EL CONTENCIOSO TRIBUTARIO VENEZOLANO

HUMBERTO ROMERO-MUCI\*

*“Una jurisdicción que se <<desvincule de su responsabilidad por la esencia jurídica de las normas [y de los actos administrativos particulares]>>, se degrada con ello necesariamente, como mínimo, al nivel del potencial detentador del simple poder”<sup>1</sup>*

## SUMARIO

- Introducción. 1. El contexto jurídico y político de la desinstitucionalización del tributo y la exacerbación de privilegios fiscales. A. Los riesgos de la falta de control judicial de la ejecución administrativa del crédito tributario. B. ¿Por qué llegamos a este nivel de degradación institucional? 2. La pequeña historia de la ejecución de sentencias en el contencioso tributario. A. Regulación en el COT 1982, CPC 1986 y COT 1994. B. La regulación en el COT 2001. C. La regulación del COT 2014. a. La desjudicialización del cobro ejecutivo. b. ¿De dónde sale esta caprichosa idea de desjudicializar el cobro ejecutivo del crédito tributario? D. La regulación del COT 2020. 3. La racionalidad de la ejecución judicial del crédito tributario firme. A. La necesidad técnica de la ejecución judicial del crédito tributario. B. Las condiciones del título ejecutivo. C. La intimación y el apercibimiento. D. *Excursus* normativo sobre la exigibilidad de la obligación tributaria: crónica de algunos mitos interpretativos. 4. Régimen jurídico de la ejecución de sentencias y de las tributarias en particular. A. La ejecución judicial de la sentencia firme como garantía de la efectividad de la tutela judicial. B. La intangibilidad de la cosa juzgada. C. La ejecución de la sentencia ejecutoriada.

---

\* Abogado *summa cum laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, Magister en Leyes de Harvard Law School, Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Tributario en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los Cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y ex presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Sillón No. 14). Académico Correspondiente extranjero en la Academia Colombiana de Jurisprudencia y Honorario en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Socio en D’Empaire, abogados.

<sup>1</sup> *Cfr.* Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra Editores, segunda edición, Lima, 2010, p. 100.

D. La ejecución del crédito fiscal vs. la ejecución del crédito tributario. 5. La inconstitucionalidad de la desjudicialización del juicio ejecutivo. 6. La inconventionalidad de la desjudicialización del juicio ejecutivo. 7. La jurisdicción es irrenunciable, inalienable e intransferible: A. No hay tal pérdida sobrevinida de la jurisdicción. B. ¿cómo puede defenderse el sujeto pasivo de la imposición frente a una pretendida ejecución de un crédito tributario que no tiene cobertura en el perímetro de la cosa juzgada de la sentencia ejecutoriada? a. La aplicación supletoria del CPC en materia de ejecución de sentencias y sus incidentes, incluido el juicio ejecutivo fiscal. b. El amparo constitucional. • Conclusiones. • Bibliografía.

*Resumen:* En esta investigación afirmamos la inconstitucionalidad e inconventionalidad del privilegio exorbitante del cobro ejecutivo administrativo del crédito tributario mediante decisión judicial ejecutoriada. Este exceso de facultades de autoejecución usurpa la función judicial, vulnera flagrantemente los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y al derecho de defensa y al control externo de los actos de la administración pública, es regresivo, discriminatorio, desproporcionado e ineficiente. Sostenemos que, pese a la pretendida desjudicialización, el juez tributario mantiene el control de la legalidad de los actos de ejecución administrativo del crédito tributario firme por sentencia judicial, con facultades de suspensión de la ejecución administrativa y de anulación total o parcial del acto de liquidación firme del crédito tributario y sus accesorios objeto de ejecución en todo lo que signifique una desviación de la cosa juzgada judicial, así como en todo lo relativo al control de proporcionalidad y razonabilidad de la actividad administrativa en la ejecución del crédito tributario.

*Summary:* In this paper we affirm the unconstitutionality and unconventionality of the privilege of administrative collection enforcement of a final tax credit by enforceable court decision. This excess of self-enforcement powers flagrantly violates the fundamental rights to effective judicial protection, due process and the right to defense and the right to external control of the acts of the public administration, it is regressive, discriminatory, disproportionate and inefficient. We hold that, despite the intended dejudicialization, the tax judge maintains legal review of all administrative enforcement of final tax credit, with powers to suspend the administrative execution and to void all or part of the administrative decisions intending to enforce the collection of tax credit and its accessories in everything that means a deviation from judicial **res judicata**, as well as in everything related to the control of proportionality and reasonableness of the administrative activity in the execution of the tax credit.

*Palabras clave:* desjudicialización, juicio ejecutivo, derechos humanos, usurpación de funciones, regresividad, tutela judicial efectiva.

*Key words:* dejudicialization, executive judgment, human rights, usurpation of functions, regressivity, effective judicial protection.

Muy buenas tardes a todos. Complacido de estar virtualmente entre Uds. en este IX *Congreso internacional de Derecho Procesal Constitucional*. Me uno jubiloso al homenaje al académico y amigo Dr. Rafael Badell Madrid: Jurista egregio, conspicuo maestro de derecho procesal constitucional y ciudadano ejemplar. Agradecemos esta encomiable distinción organizada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Universidad Monteávila bajo la dirección del profesor Gonzalo Pérez Salazar. El tema de mi intervención es **“la desjudicialización de la ejecución de sentencias firmes en el contencioso tributario venezolano”**.

## INTRODUCCIÓN

Las reformas del COT 2014<sup>2</sup> y COT 2020<sup>3</sup> desquiciaron la racionalidad de la ejecución forzosa del crédito tributario: No solo (i) se desjudicializó el cobro ejecutivo, esto es, se eliminó el juicio ejecutivo como medio procesal para la ejecución forzosa del crédito tributario, sino que (ii) se desconstitucionalizó el cobro ejecutivo, que fue **“sustituido o mejor dicho suplantado”**<sup>4</sup>, con un procedimiento administrativo denominado “cobro ejecutivo”<sup>5</sup> y con ello (iii) se desnaturalizó el concepto de título ejecutivo y el procedimiento de intimación para imponer como pretendido título ejecutivo una declaración acomodaticamente denominada **“intimación”** que solo depende de la voluntad administrativa, independientemente de la exigibilidad de la obligación tributaria que pretende ser objeto de ejecución forzosa. Finalmente, con la (iv) desjudicialización se introdujo una prohibición de impugnación de la intimación que se haga al deudor a pagar las cantidades debidas en el curso de ese procedimiento administrativo de ejecución.

En palabras resumidas con estas *pseudo* reformas legislativas se privó al juez, es decir, al Poder Judicial, inconstitucional e inconventionalmente, de sus atribuciones constitucionales como ejecutor de sus

<sup>2</sup> *Gaceta Oficial* No. 6152 de fecha 18 de noviembre de 2014

<sup>3</sup> *Gaceta Oficial*. N° 6.507 Extraordinario de 29 de enero de 2020

<sup>4</sup> Literalmente dicho por Alberto Blanco Uribe, *Cfr.*: Alberto Blanco-Urbe Quintero, “Desjudicialización de la función jurisdiccional. El Código Orgánico Tributario de 2014”, en *Estudios sobre Derecho Procesal vivo*, Serie Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, p. 357. Sin perjuicio de también cercenar al juez su poder cautelar general, *ibid.*, p. 361.

<sup>5</sup> En sus artículos 290 al 302.

sentencias y de los laudos arbitrales en materia tributaria y con ello se conculcaron derechos y garantías que sólo el proceso judicial puede ofrecer al sujeto pasivo de la imposición.

En efecto, con la suplantación íntegramente del *juicio ejecutivo tributario* mediante el procedimiento administrativo especial, llamado “*Cobro Ejecutivo*”<sup>6</sup> y la prohibición de impugnación del título ejecutivo para su cobro con las reformas del COT de 2014 y de 2020<sup>7</sup>, se suprimió la posibilidad de (i) un contradictorio para cuestionar el título ejecutivo que detiene la ejecución del crédito tributario que no es exigible, esto es, asegurar el respeto y efectividad de la cosa juzgada y evitar la innovación y hasta el fraude de la administración tributaria en la pretendida ejecución del fallo, (ii) se eliminó la decisión del asunto por el juez natural, (iii) se eliminaron las posibilidades de imparcialidad e independencia del órgano decisor. Con la invención del llamado procedimiento de cobro ejecutivo (iv) se adulteró la técnica y la racionalidad jurídica del título ejecutivo y la intimación al pago, (v) la proporcionalidad y adecuación de las medidas ejecutivas y la (vi) imparcialidad del depósito de los bienes y del evaluador a los fines de remate<sup>8</sup>.

En esta exposición me refiero limitadamente a (i) la pequeña historia normativa del tratamiento de la ejecución forzosa de sentencias firmes en el ordenamiento procesal tributario venezolano, (ii) los principios que informan la ejecución de sentencias y la racionalidad técnica del juicio ejecutivo fiscal o del porque la ejecución del crédito tributario es competencia exclusiva del juez contencioso tributario, (iii) las violaciones constitucionales y convencionales que implica la desjudicialización de la ejecución de sentencias y laudos arbitrales firmes (pero estas violaciones también han sido gravemente extendidas a la materia cautelar) y (iv) a ciertos episodios jurisprudenciales que ejemplifican los riesgos ciertos, reales y verificables de este descontrol defensivo.

La desjudicialización del cobro ejecutivo del crédito fiscal tributario es una de las muestras más indignantes de la instrumentalización

<sup>6</sup> Artículos 290 al 302.

<sup>7</sup> Artículo 225: “La intimación que se efectúe conforme a lo establecido en esta sección, no estará sujeta a impugnación por los medios establecidos en este código”.

<sup>8</sup> Ver Luis Jesús Fraga Pittaluga, *La defensa del contribuyente*, Serie Estudios No. 130 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, p. 695.

de las fuentes del derecho por la conveniencia política, con fines de dominación, control social y atropello a los derechos fundamentales del ciudadano contribuyente.

Mas allá de la ilegitimidad de las fuentes normativas que fundamentan la creación de este injustificado privilegio, su indebida aplicación desnaturaliza la función de ejecución del crédito tributario firme por sentencia judicial, viola flagrantemente los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho la defensa y el derecho al control externo de los actos de la administración pública; es regresiva, discriminatoria, desproporcionada e ineficiente.

Sostenemos que, pese a la pretendida desjudicialización en comento, el juez tributario mantiene el control de la legalidad de los actos de ejecución administrativo del crédito tributario ejecutoriado (firme por sentencia judicial), con facultades de suspensión de la ejecución administrativa y de anulación total o parcial del acto de liquidación que emita la administración del crédito tributario y sus accesorios objeto de ejecución en todo lo que signifique una desviación de la cosa juzgada judicial, así como en todo lo relativo al control de proporcionalidad y razonabilidad de la actividad administrativa en la ejecución del crédito tributario.

En suma, la desjudicialización del cobro ejecutivo de la sentencia firme constituye una de las contrariedades más apremiantes en la regresión institucional de la garantía judicial contencioso tributaria en los últimos años y una violación de garantías constitucionales y convencionales sobre derechos humanos asociadas a la función judicial (hoy derecho imperativo-*ius cogens*) que merece la máxima atención de los estudiosos de la justicia constitucional.

## **1. EL CONTEXTO JURÍDICO POLÍTICO DE DESINSTITUCIONALIZACIÓN DEL TRIBUTO Y LA EXACERBACIÓN DE PRIVILEGIOS FISCALES**

### **A. Los riesgos de la falta de control judicial de la ejecución administrativa del crédito tributario**

Cabe preguntarse ¿si, en el denominado “cobro ejecutivo” la Administración tributaria ejercerá la función ejecutiva con imparcialidad

y objetividad ahora que pasa a ser juez y no simple parte interesada? Es muy ingenuo imaginar que, en la situación actual de desinstitutionalización del estado de derecho, la Administración mantendrá la igualdad de armas jurídicas de las partes y los contrapesos suficientes para contrarrestar las desviaciones indebidas en la ejecución, que van a presentarse y que seguramente frustrarán el proceso cognitivo alterando la cosa juzgada judicial en perjuicio del sujeto pasivo de la imposición.

Piénsese que, cuando hablamos de los riesgos de la ejecución administrativa del crédito tributario firme, no solo nos referimos a la administración tributaria nacional; también estás pretendidas competencias ejecutivas corresponden a las 330 administraciones tributarias municipales, a las 25 entidades estatales y por lo menos 30 parafiscales. La mayoría de estas administraciones carecen de las competencias profesionales, administrativas y la experiencia para conocer, evaluar, asegurar y decidir las múltiples circunstancias que pueden acontecer en un procedimiento de ejecución de sentencias.

La reforma del COT de 2020 (artículos 226 y siguientes) mantuvo el *secuestro*<sup>9</sup> de la función judicial de ejecución de sentencias y laudos arbitrales firmes y la oprobiosa prohibición de impugnación de la intimación que se haga al deudor a pagar las cantidades debidas en el curso de este procedimiento de ejecución *ex* artículo 225<sup>10</sup> y 227<sup>11</sup> del COT 2020. Incluso, el procedimiento administrativo de ejecución tampoco prevé ni otorga la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan impedir o al menos sustituir las medidas de embargo y remate

<sup>9</sup> “Confiscación”: Término usado por *Cfr.* Alberto Blanco-Urbe Quintero, “Desjudicialización de la función jurisdiccional. El Código Orgánico Tributario de 2014”, en *Estudios sobre Derecho Procesal vivo*, Serie Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, p. 375

<sup>10</sup> Artículo 225. La intimación que se efectúe conforme a lo establecido en esta sección no estará sujeta a impugnación por los medios establecidos en este Código

<sup>11</sup> Artículo 227. Al día siguiente del vencimiento del plazo legal o judicial para el cumplimiento voluntario, se intimará al deudor a pagar las cantidades debidas y el recargo previsto en el artículo anterior, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados a partir de su notificación. De no realizarse el pago en el referido plazo, la Administración Tributaria dará inicio a las actuaciones dirigidas al embargo de los bienes y derechos del deudor. La intimación efectuada constituye título ejecutivo para proceder contra los bienes y derechos del deudor o de los responsables solidarios y no estará sujeta a impugnación.

contra bienes del contribuyente o responsable en vía de ejecución de sentencias firmes o de embargo preventivo<sup>12</sup>.

Esta situación normativa ha sido mal interpretada regresivamente por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA) y reiterada ciegamente por algunos tribunales de instancia calificando la desjudicialización del cobro ejecutivo como “... [una pérdida sobrevenida de] la jurisdicción para tal fin, dada la derogatoria de las normas que les permitían decretar embargos ejecutivos y resolver las incidencias en dichos procedimientos de ejecución”<sup>13</sup>.

Esta tesis de la llamada “pérdida de la jurisdicción” ha operado como una excusa para que algunos tribunales tributarios se desentendan del control de legalidad de los actos de la administración tributaria en pretendidas ejecuciones de sentencias firmes y otras actuaciones, esto es, justificar una abdicación a la función jurisdiccional, al control externo de los actos de la administración pública relativos a la ejecución del crédito tributario definitivamente firme y con ello a la tutela judicial efectiva. En este contexto solo anida la potencialidad de la arbitrariedad y la indefensión porque las administraciones tributarias, no solo han pretendido ejecutar con total impunidad actos de liquidación alterando la cosa juzgada judicial, sino también potenciando los riesgos de extorsión y la corrupción administrativa, cometiendo todo tipo de excesos para convertir el procedimiento de ejecución en una verdadera vía de hecho mediante ejecuciones fraudulentas y simuladas en

<sup>12</sup> Ver la inconsistencia del COT en los artículos 225 y 228 del COT que contempla que la intimación no está sujeta a impugnación por los medios establecidos en el COT, mientras que el artículo 228 señala que: El procedimiento de cobro ejecutivo se paraliza cuando se suspendan los efectos del acto conforme a lo dispuesto en este Código. Lo cierto es que, a pesar de la contradicción, el COT no prevé reglas de suspensión de la ejecución forzosa. Sostenemos que este vacío debe colmarse en (i) vía administrativa, permitiendo la oposición a la ejecución alegando los típicas defensas en un procedimiento de ejecución (demostrar la extinción de la obligación tributaria, errores de cuantificación de la deuda y accesorios, errores en la identificación del obligado principal o del solidario, tercerías ) y en vía judicial con la aplicación supletoria de las reglas sobre ejecución de sentencias e incluso las del juicio ejecutivo de créditos fiscales previsto en el CPC, a pesar de la prohibición expresa a este respecto en el COT.

<sup>13</sup> Sentencia N° 1092 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de octubre de 2017, caso: *Carbones del Guasare, S.A.*, disponible en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML>>.

violación de la efectividad de la tutela judicial y la seguridad jurídica<sup>14</sup>. En suma, se ha dado “...[u]na **patente de curso para poder limitar sin control los derechos y libertades individuales**”<sup>15</sup>.

Piense, por ejemplo, en casos de pretendidas ejecuciones de créditos tributarios ejecutoriados en el que las administraciones tributarias pretenden nuevas liquidaciones con corrección monetaria de la cuota a pagar (dolarizadas), o en función del ajuste de la Unidad Tributaria (UT), la aplicación de sanciones no sustanciadas en vía administrativa, el cálculo de sanciones dolarizadas y aplicación de intereses moratorios en bolívares sobre sumas dolarizadas. Conozco casos en que las diferencias entre lo decidido judicialmente y la interpretación de lo ejecutable por un municipio, fue de 7 mil veces y sin embargo el tribunal que conoció en primera instancia consideró finalmente que el control de estas desviaciones está fuera del control judicial por haber “**perdido sobrevenidamente su jurisdicción**”<sup>16</sup>.

Sin lugar a duda, esta singular desproporción solo demuestra la flagrante indefensión a los derechos del contribuyente y la abdicación a los deberes de tutela judicial efectiva y protección de los derechos humanos que exige y supone el Estado de Derecho y de Justicia.

## **B. ¿Porque llegamos a este nivel de degradación institucional?**

Nótese que esta irregular ampliación de competencias exorbitantes, incluyendo intensas facultades recaudatorias mediante una excesiva autotutela administrativa que reemplaza el juicio ejecutivo con un procedimiento coactivo de cobro sin intervención del poder judicial, es una consecuencia normativa de la reforma del COT 2014, no por el Legislador ordinario, mediante Ley formal, sino por el propio ejecutivo nacional, esto es, por Legislador delegado mediante el Decreto Ley

<sup>14</sup> Sentencia No. 1671 el 18 de julio de 2000, caso *Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV)*, vs. *Inspectoría del Trabajo del Municipio Libertador*, consultada en: [historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01671-180700-16491.HTM](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01671-180700-16491.HTM)

<sup>15</sup> Cfr: Jonás Aponte, “El cobro ejecutivo en el Código Orgánico Tributario de Venezuela. El claro ejemplo de un sistema fiscal agresivo”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 14, Caracas, 2020, pp. 201-226.

<sup>16</sup> Ver sentencia del Tribunal Superior Contencioso Tributario de la Región Zuliana de fecha 11 de junio de 2023 caso *Weatherford vs Municipio La Cañada de Urdaneta*, en <http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/instituciones.asp?instituto=640&id=024&ano=2023>.

No. 1434 del 17 de noviembre de 2014, de reforma del COT de 2001<sup>17</sup> y en el COT 2020 de un llamado decreto constituyente de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente<sup>18</sup>, que ni es decreto ni es constitucional<sup>19</sup>.

En palabras resumidas, esta exacerbación de la coacción administrativa no es consistente con el estado de derecho; tiene causa directa en una alteración del sistema constitucional de fuentes jurídicas. Los llamados “decretos leyes” y “leyes constitucionales” son incompatibles con el *concepto convencional de ley según la Corte Interamericana de Derechos Humano*<sup>20</sup>; vulneran el principio de igualdad real y efectiva

<sup>17</sup> *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 6.152 de fecha 18 de noviembre de 2014. Título VI, “De los procedimientos, judiciales, del cobro ejecutivo y de las medidas cautelares”. (i) Ejecución de sentencia del recurso contencioso tributario (Artículos 280 al 288), (ii) Las medidas cautelares en proceso judicial autónomo o como incidencia dentro del citado recurso 296 al 301), (iii) el juicio ejecutivo (artículos 289 al 295) y (iv) la ejecución de laudos arbitrales (parágrafo único del 330) COT 2014

<sup>18</sup> *Gaceta Oficial* No. 6507 extraordinaria de fecha 29 de enero de 2020. Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario.

<sup>19</sup> Pronunciamiento de las Academias Nacionales sobre la inconstitucionalidad de la llamada Asamblea Nacional Constituyente del 15 de agosto de 2017, en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/2017-08-15-pronunciamiento-academias-ante-ilegitimanc.pdf>; más específicamente pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de fecha 2 de febrero de 2020 en rechazo a los “Decretos Constitucionales” que pretenden modificar el Código Orgánico Tributario, la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de impuesto al valor agregado dictadas por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente. “...La Academia de Ciencias Políticas y Sociales reitera una vez más su criterio sobre la ilegitimidad de origen de la ANC1 y sobre la espuria intención de anular y suprimir a la Asamblea Nacional, único órgano constitucional del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano para legislar en las materias de competencia Nacional. Consecuentemente, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales condena la inconstitucional pretensión de la usurpadora ANC de legislar sobre materias de la reserva legal y soslayar la necesaria representación deliberativa esencial a la creación de tributos y sanciones en el Estado democrático de derecho. Tal como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñidas al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana”, en <https://www.derysoc.com/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales/>

<sup>20</sup> Las reformas del COT 2014 y 2020 son ilegítimas por emanar de “decretos leyes” y “leyes constitucionales” irrumpiendo contra el *principio de legalidad* que exige no cualquier ley sino aquella que emana formalmente del órgano representativo de voluntad popular o soberana tras un procedimiento en el que se cumplen con el principio de respeto a las minorías, con la publicidad, el consenso y la contradicción, el debate público, la deliberación y la negociación, esto es, en cumplimiento del principio de separación de los poderes públicos y auto imposición o consentimiento de los tributos por los destinatarios (Cfr. Eduardo Meier García, “Aproximación a la Teoría Analítica del Derecho Tributario”, en *Libro homenaje a Humberto Romero Muci*, (Rafael Badell Madrid, et. al., editores), Academia

de las partes en el proceso, la imparcialidad y con ello conculca el goce efectivo de los derechos humanos del contribuyente a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la integridad patrimonial, capacidad contributiva y la presunción de inocencia.

Venimos denunciando desde hace 2 décadas la progresiva, acumulativa y sistemática desinstitucionalización del tributo. Este se ha hecho especialmente evidente con la degradación de la reserva legal tributaria, garantía esencial a la creación y modificación de los tributos. El principio fundacional según el cual **“no hay tributación, sin representación”**, ha sido ilegítimamente desaplicado mediante los Decretos Ley, por las constantes delegaciones legislativas en el Ejecutivo Nacional, a través del expediente de Leyes habilitantes, más recientemente con la declaratoria de “emergencia económica”, las llamadas “leyes o decretos constitucionales” emanados de la inconstitucional asamblea nacional constituyente (ANC), todos coonestados por la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia<sup>21</sup>.

En este escenario los tributos se han trastocado en creaciones caprichosas, inconsultas, arbitrarias e incoherentes. Esto lo comprueban los aproximadamente 375 Decretos ley aprobados en los últimos 25 años mediante Leyes habilitantes y otras medidas deslegalizadoras, la distópica aparición de 24 tipos parafiscales<sup>22</sup>, la artera eliminación del ajuste por inflación en la Ley de Impuesto Sobre la Renta (LISR), la subestimación radical, la postergación del ajuste de la Unidad Tributaria (UT)<sup>23</sup> y la reciente dolarización de las sanciones tributarias<sup>24</sup>. Y lo

---

de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2023. p. 697).

<sup>21</sup> Ver Humberto Romero Muci, “(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales No. 157*, Caracas, 2018, *Memorias de las XVIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2019 y en *Libro Homenaje a los 50 años de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2019, p. 234.

<sup>22</sup> Ver Humberto Romero Muci, *Prologo al libro del Dr. Juan Cristóbal Carmona Borjas, Distopia parafiscal del siglo XXI*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2023, p. 7.

<sup>23</sup> Ver Humberto Romero Muci, “Lesión del derecho humano al mínimo vital por la subestimación del ajuste de la Unidad Tributaria en el impuesto sobre la renta”, en *Anuario Venezolano de Derechos Humanos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2023, p. 345.

<sup>24</sup> Ver Humberto Romero Muci, “Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias”, en *Libro homenaje a la profesora Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas

más perverso: la hiperinflación. El impuesto más regresivo e inconsulto: “...el termómetro de la pérdida de los derechos individuales y del aumento del poder estatal”.

La desinstitucionalización tributaria se ha radicalizado con la disminución de las posibilidades de defensa frente a unas Administraciones Tributarias robustecidas de competencias exorbitantes para la determinación de los tributos y de privilegios procesales que empalidecen las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Las mismas Leyes habilitantes, los decretos de emergencia económica y las llamadas “leyes o decretos constitucionales”, solo han servido para crear privilegios procesales injustificados, incluida la desjudicialización de las medidas cautelares y la ejecución de créditos tributarios directamente por la Administración Tributaria. Incluso luego de la reforma económica de agosto de 2018 y con la reforma del COT de 2020, las Administraciones Tributarias han comenzado a determinar sanciones en moneda extranjera y a nivel municipal se dio cabida al llamado “Petro” como unidad de cuenta para determinar sanciones y cifrar la base imponible de ciertos tributos<sup>25</sup>. Tal degradación se resume frente a cualquier fiscalización en la emboscada efectiva de **“tener que pagar primero y solo poder reclamar después”**, esto es, una vuelta artera al odioso e inconstitucional privilegio del *solve et repete*. Campo fecundo para la arbitrariedad y la corrupción.

## 2. LA PEQUEÑA HISTORIA DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL CONTENCIOSO TRIBUTARIO

### A. Regulación en el COT 1983 y COT 1994

En la tradición procesal venezolana desde 1836 a 2014 las administraciones tributarias debían demandar judicialmente la ejecución para el cobro de créditos por concepto de tributos, sanciones, intereses o

---

y Sociales, Caracas 2021; y en *Derecho y Sociedad* No 21, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, Caracas 2021, p. 432.

<sup>25</sup> Ver Humberto Romero Muci, “El Petro venezolano: Reflexiones sobre una falacia monetaria y pretendida unidad de cuenta”, Trabajo y discurso de incorporación en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, Octubre de 2023, en *Revista de Derecho Público*, No. 175 y 176, julio diciembre de 2023, Caracas, p. 130.

recargos definitivamente firmes y nunca pudo ni debía acudir a la coacción directa ante la resistencia del deudor a pagar<sup>26</sup>.

Cualquier intento de cobro coactivo por mecanismos administrativos era ilegal pues aun estando firme el acto de liquidación si el contribuyente no se avenía voluntariamente al mismo, era necesaria la interposición de una demanda de ejecución por parte del fisco respectivo<sup>27</sup> ante los tribunales civiles, en todo tipo de liquidaciones fueran (i) autoliquidaciones firmes no pagadas como (ii) liquidaciones firmes por causa de sentencias ejecutoriadas o por vencimiento de los recursos disponibles para su impugnación<sup>28</sup>.

El COT 1982<sup>29</sup> como su reforma de 1994<sup>30</sup> especializó<sup>31</sup> tanto el procedimiento como los tribunales competentes para la ejecución de créditos exigibles por concepto de tributos, sanciones, intereses o recargos. Creó su propia regulación siguiendo la técnica típica de un juicio ejecutivo (procedimiento breve, sumario, de facilitación para la

<sup>26</sup> Ver Luis Fraga Pittaluga, *La defensa del contribuyente*, Serie Estudios No. 130 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, p. 689.

<sup>27</sup> Luis Fraga Pittaluga, ob. cit., p. 689.

<sup>28</sup> Artículo 4 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional: “Cuando los créditos a favor del Fisco, liquidados a cargo de los contribuyentes o deudores, no hayan sido pagados por la vía administrativa al ser exigibles, se demandarán judicialmente siguiéndose el procedimiento especial establecido en el Código de Procedimiento Civil. Las liquidaciones formuladas por los empleados competentes, los alcances de cuentas y las planillas de multas impuestas, tienen el carácter de títulos ejecutivos y al ser presentados en juicio aparejan embargo de bienes”. *Gaceta Oficial* N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974. A estos fines el CPC de 1916 establecía que, el cobro de cantidades en las que tengan interés las rentas públicas (cantidades liquidadas u otra cosa cierta); debía demandarse judicialmente ante el juez competente según la cuantía del reclamo... (artículo 681). La demanda se presentaría con la liquidación del crédito o el instrumento que lo justifique y si dicha liquidación o instrumento tuviera fuerza ejecutiva se acordará en la misma audiencia la intimación al deudor para que pague dentro de 3 días apercibido de ejecución... (artículo 682). Si dentro del cuarto día no acreditare demandado de haber cumplido aquella orden se procederá como en el caso de ejecución de sentencias (artículo 683). La competencia para conocer de la ejecución correspondía al juez de primera instancia que conoció del caso ejecutoriado (artículo 446).

<sup>29</sup> *Gaceta Oficial* No. 2. 992 extraordinario del 3 de agosto de 1982.

<sup>30</sup> *Gaceta Oficial* No. 3.694 extraordinario del 22 de enero de 1986. Título II, Capítulo III (De la ejecución de los créditos fiscales). Artículo 653: “Salvo lo dispuesto en el código orgánico tributario la ejecución de créditos fiscales se solicitará ante los tribunales civiles competentes según la cuantía de conformidad con las disposiciones del presente capítulo”.

<sup>31</sup> Artículos 190 y siguientes. Título V (Procedimientos contenciosos), Capítulo II (juicio ejecutivo).

coacción o materialización del derecho de crédito, que arranca con una intimación al pago de lo que se debe bajo apercibimiento de embargo ejecutivo<sup>32</sup>) y atribuyó la competencia a los tribunales contencioso-tributarios<sup>33</sup> que hubiere correspondido el conocimiento del recurso contencioso tributario en primera instancia<sup>34</sup>. Además, consagraron (i) la suspensión automática de efectos de los actos de liquidación tributaria con la interposición del recurso jerárquico o contencioso tributario, aparte de (ii) la necesidad de demandar la ejecución del acto firme de liquidación de tributos y accesorios.

El nuevo CPC de 1986 expresamente desarrolló el juicio ejecutivo para el cobro de cualquier otra acreencia firme a favor de las administraciones públicas distintas de las tributarias según el procedimiento allí previsto, pero dejando claro que la ejecución forzosa solo es lícita a través de la jurisdicción<sup>35</sup>. La jurisprudencia patria reconoce que el juicio ejecutivo regulado en el CPC es la vía procesal debida (idónea) para la ejecución de cualquier acreencia fiscal firme (no tributaria), tales como el cobro de las sanciones administrativas y no por ejemplo el procedimiento de intimación, ni las demandas de contenido patrimonial establecida en los artículos 57 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>36</sup>, esta última por no tener naturaleza ejecutiva.

<sup>32</sup> Cfr. Rodrigo Rivera Morales, ob. cit., p. 295

<sup>33</sup> Atribuyó a los recién creados Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario la competencia para conocer de los juicios ejecutivos tributarios que antes eran competencia de los tribunales civiles. (Artículo 217).

<sup>34</sup> Artículo 215

<sup>35</sup> Ver Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de abril de 2018, caso *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs. Francisco José Núñez Bravo*, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/209408-00405-11418-2018-2017-0929.HTML>. “Para ello existe en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento especial cuya finalidad es el cobro de créditos fiscales (no tributarios) establecido en los artículos 653 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el cual es perfectamente aplicable por la jurisdicción contencioso-administrativa en atención a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica que la regula”, p. 10. Más adelante agrega: “De manera pues, que este procedimiento de ejecución de créditos fiscales -de naturaleza no tributaria- funge como una vía expedita para lograr la ejecución judicial de las multas o sanciones impuestas por la Administración frente al intento de ésta en hacer cumplir su propio acto y vista la contumacia del particular en pagar”, p. 12.

<sup>36</sup> *Gaceta Oficial* No. 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

## B. La regulación en el COT 2001

La reforma del COT de 2001<sup>37</sup> introdujo un primer cambio hacia la desjudicialización del cobro ejecutivo de créditos tributarios, mediante una regulación que desnaturalizó la institucionalidad del juicio ejecutivo.

En esa oportunidad se consagró la antinómica posibilidad legal de que la Administración Tributaria pudiera demandar en un juicio ejecutivo el cumplimiento compulsivo del acto administrativo de liquidación, porque se trataba de una obligación tributaria que todavía no era exigible por no estar firme por sentencia definitiva con base en un acto administrativo objeto del contencioso tributario pendiente.

Este cambio dejó sin funcionalidad el juicio ejecutivo por cuanto el legislador declaró “deudor al demandado” sin la necesaria cognición previa para establecer la exigibilidad del pretendido crédito tributario. Paralelamente, se innovó (i) privando al contencioso tributario del efecto suspensivo de los efectos del acto administrativo recurrido en vía judicial<sup>38</sup>, (ii) la posibilidad de iniciar un embargo ejecutivo de los bienes del recurrente<sup>39</sup> y se (iii) estableció que la subasta pública o remate de los bienes embargados se suspendería si el acto no estuviere definitivamente firme<sup>40</sup>. Esta circunstancia se calificó como una “ejecución anticipada” en la que en realidad hay una suspensión de efectos, toda vez que no se produce la recaudación hasta que no recaiga la sentencia siempre que esta quede definitivamente firme declarado inadmisibles o sin lugar al recurso contencioso tributario. Blanco Uribe señaló que esta **“locuaz normativa”** sustrae de la índole ejecutiva al **“juicio ejecutivo”** para terminar empleándolo como una incidencia cautelar o preventiva dentro del proceso contencioso tributario.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Artículo 291.

<sup>38</sup> Artículo 263.

<sup>39</sup> Artículo 291.

<sup>40</sup> Artículo 295.

<sup>41</sup> Cfr: Alberto Blanco Uribe Quintero, “Juicio ejecutivo o enrevesamiento jurídico. Violación sistemática de derechos humanos”, en *Estudios sobre Derecho Procesal vivo*, Serie Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, p. 610. “En este contexto la incidencia normal de la medida cautelar o preventiva de embargo deja de emplearse al ser posible para la administración tributaria y por medio de un arbitrariamente pretendido juicio ejecutivo obtener de forma más expedita lo

En síntesis, consideró un total “**exabrupto**” y un “**montaje arbitrario**”<sup>42</sup> del legislador, la posibilidad legal de que frente a un mismo acto administrativo de contenido tributario pueda cabalgar paralelamente un recurso contencioso tributario y un juicio ejecutivo<sup>43</sup>. Finalmente, calificó esta reforma, con toda razón, como un “**enrevesamiento jurídico**”.

Por su parte Fraga Pittaluga sintetizó la situación indicando que, bajo el COT 2001 los actos de liquidación tributarios eran parcialmente ejecutivos, pero no ejecutorios, esto es, solo cuando devenían firmes podían ejecutarse mediante el juicio ejecutivo<sup>44</sup>.

En su día afirmamos que, el efecto práctico de esta patológica regulación constituye una puesta en práctica velada del principio *solve et repete*, esto es, del proscrito privilegio procesal que ostentaba el Fisco para exigir el ingreso inmediato de sus liquidaciones como condición de impugnación de estas<sup>45</sup>. Ese odioso privilegio procesal fue declarado inconstitucional tanto por la extinguida Corte Suprema de Justicia<sup>46</sup> como por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo

---

que en realidad sería un embargo cautelar pero artificiosamente extensible a bienes inmuebles.” (p. 611).

<sup>42</sup> Cfr. Alberto Blanco Uribe Quintero, “Juicio ejecutivo o enrevesamiento jurídico. Violación sistemática de derechos humanos”, en *Estudios sobre Derecho Procesal vivo*, Serie Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, p. 609

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 605.

<sup>44</sup> Ver Luis Fraga Pittaluga, ob. cit., p. 698

<sup>45</sup> Ver Humberto Romero Muci, “Evolución o involución jurisprudencial en el contencioso tributario”, en *XXXVII Jornadas JM Domínguez Escovar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo Venezolano*, Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo Hernández Álvarez, Barquisimeto, 2013, p. 420.

<sup>46</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 24 de octubre de 1984, caso *Scholl Venezolana, C.A, República de Venezuela (Dirección General Sectorial de Aduanas del Ministerio de Hacienda)*, consultada en Humberto Romero Muci, *Jurisprudencia Tributaria Municipal y la Autonomía Local*, 196-1996, Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Jurisprudencia No. 6, Caracas, 1997, pp. 639 y 640: “... El artículo 137 de la Ley Orgánica de Aduanas consagra, ciertamente, el principio ‘solve et repete’: condiciona en efecto, la posibilidad de apelación al afianzamiento previo. En tanto, observa la Corte, que el artículo 68 de la Carta Magna postula, con ejemplar criterio de amplitud, el derecho universal a la defensa, cuando confiere rango constitucional al acceso sin limitaciones económicas, de los justiciables ante los órganos de la administración judicial para lograr la tutela de sus derechos e intereses; garantía fundamental que –en criterio de la Sala- se vería afectada, de aplicarse cualquier norma que pretendiera limitarla o desvirtuarla en su propia esencia.”

de Justicia<sup>47</sup>. De igual forma por las Cortes Constitucionales de varias jurisdicciones del derecho comparado por lo que respecta a regulaciones del mismo tenor y efecto, todas bajo el consabido argumento de la lesión del derecho a la defensa y una lesión al patrimonio particular por el ingreso de sumas cuya existencia no está establecida de forma definitiva<sup>48</sup>.

En nuestro caso, es obvio que el embargo ejecutivo de bienes del deudor por el doble de lo demandado, en función de una liquidación no definitiva cuya impugnación está pendiente, entorpece las posibilidades de defensa del afectado quien no solo tiene derecho a ser oído en el juicio principal, sino de ejercer la defensa de sus derechos de forma plena y efectiva, sin restricciones ni cortapisas. Ello no excluye el derecho del acreedor tributario de solicitar las medidas preventivas necesarias para asegurar su derecho y las resultas de cualquier impugnación pendiente su decisión.

En definitiva, el COT 2001 nunca estableció el privilegio de la coacción directa para recaudar del contribuyente el crédito tributario documentado en un acto de determinación firme, sino el embargo preventivo disfrazado de ejecutivo en el contexto de un juicio ejecutivo donde el remate queda suspendido mientras se decide definitivamente sobre la exigibilidad del crédito tributario.

El artículo 212 del COT 2001 estableció los requisitos del título ejecutivo indicando los extremos que debe cumplir la intimación de **“derechos pendientes”**. Si alguno de estos requisitos no era satisfecho en el documento con pretensión de título ejecutivo, no podía obtener esa cualidad y no serviría a los efectos del juicio ejecutivo fiscal<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Sentencia de la Sala Constitucional de tribunal Supremo de Justicia de fecha 22 de febrero de 2002, caso PAPELES NACIONALES FLAMINGO, C.A, consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/321-220202-01-0559%20.htm>. En el caso de la Ley Orgánica del Trabajo reinterpreto la norma del artículo 650 señalando que el acceso a la vía administrativa previa, sin la necesidad de constitución o afianzamiento del valor de la multa, y que el pago o afianzamiento de la misma debe ser entendido en el sentido de la exigencia establecida en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para suspender la multa. Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 7 de marzo de 2007, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/379-070307-06-1488.HTM>

<sup>48</sup> Emblemática la sentencia de la Corte Constitucional Italiana el 31 de marzo de 1961.

<sup>49</sup> *Cfr*: Rodrigo Rivera Morales, “El proceso ejecutivo fiscal”, en *Revista Tributum*, No. XIX, Universidad Católica del Táchira, Enero-Diciembre, San Cristóbal, 2010, p. 298.

Lo más importante es que el título ejecutivo que documenta el crédito tributario exigible tiene que ser conforme con el crédito firme que resulta reconocido total o parcialmente de la sentencia definitiva o del agotamiento de los recursos disponibles para la defensa del obligado, esto es, que sea conforme con la cosa juzgada que atribuye certeza al acto de determinación sobre su concepto y cuantía o del acto de liquidación firme por falta de ejercicio de los recursos impugnativos contra el mismo.

### C. La regulación del COT 2014

#### a. La desjudicialización del cobro ejecutivo

Con la reforma del COT de 2014 se eliminó (derogó) el juicio ejecutivo tributario y prohibió la aplicación del juicio ejecutivo fiscal previsto en el CPC.

Por su parte en la reforma del COT 2014 las administraciones tributarias fueron reforzadas inconstitucional e inconvecionalmente con el privilegio exorbitante de no tener que acudir al juez para ejecutar sus actos, sino que pueden hacerlo mediante el procedimiento administrativo llamado de “cobro ejecutivo”, tanto de (i) ejecución de sentencias firmes<sup>50</sup> como de laudos arbitrales<sup>51</sup>, (ii) liquidaciones administrativas que hayan quedado firmes en sede administrativa (incluidas sanciones) y (iii) las autoliquidaciones firmes pendientes de pago de los contribuyentes (obligaciones reconocidas por el deudor o derechos pendientes).

Para ese fin, se les concedió el privilegio de constituir artificialmente su propio “**título ejecutivo**” a partir de la llamada “**intimación**” que depende de su sola voluntad, esto es, pueden llamar título ejecutivo a instrumentos que no necesariamente tienen fuerza ejecutiva porque no son actos firmes que determinen obligaciones exigibles, sin embargo, pretenden ser susceptibles de ejecución directamente por estas. Lo más grave aún, incluyó una alarmante prohibición de que, la intimación “**no está sujeta a impugnación**”<sup>52</sup>, esto es, el pretendido título ejecutivo artificialmente construido no es susceptible de control de legalidad, ni de constitucionalidad. Para reforzar aún más la desjudicialización prohibió expresamente la aplicación del juicio ejecutivo para créditos fiscales

<sup>50</sup> Artículo 228 COT 2014.

<sup>51</sup> Artículo 330 COT 2014.

<sup>52</sup> Artículo 290, *in fine* COT 2014.

previsto en el CPC, esto es, para obligaciones pecuniarias de otros entes públicos acreedores por razones no tributarias.<sup>53</sup>

Este nuevo procedimiento de cobro ejecutivo administrativo está previsto en el Título VI del COT 2014 denominado **“De los procedimientos judiciales, del cobro ejecutivo y de las medidas cautelares”, capítulo II del Cobro Ejecutivo.**

Como podrá apreciarse de la descripción de facultades que sigue todos los actos de ejecución típicos de un procedimiento de esta naturaleza son controlados exclusivamente por la propia administración tributaria, esto es, como juez y parte, haciéndose justicia por sí misma, eliminando todo equilibrio, toda independencia, idoneidad e imparcialidad en las distintas etapas del procedimiento. Lo más grave -evidencia del intencional atropello- es que la Ley no establece garantías para la oposición del sujeto pasivo a la ejecución, salvo la genérica posibilidad de solicitar la suspensión de efectos del acto objeto de ejecución que depende de la libérrima voluntad de la administración ejecutante.

En palabras resumidas el procedimiento administrativo de cobro ejecutivo supone:

- (i) Corresponde a la administración la competencia para el cobro ejecutivo de las cantidades líquidas y exigibles, así como la ejecución de garantías constituidas a favor del sujeto activo. Le corresponde iniciar e impulsar el procedimiento de cobro ejecutivo y resolver todas las incidencias que se presenten durante el mismo<sup>54</sup>.
- (ii) Prevé un recargo de pleno derecho equivalente al 10% de las cantidades adeudadas por concepto de tributo, multas e intereses con inclusión de los intereses moratorios que se generen durante el procedimiento de cobro ejecutivo<sup>55</sup>.
- (iii) La administración tributaria intimará al deudor a pagar las cantidades debidas y el recargo a partir de los 5 días siguientes contados a partir de la notificación de la intimación.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Artículo 346 COT 2014: “No son aplicables a la materia tributaria regida por este código, las disposiciones relativas al procedimiento de ejecución de créditos fiscales establecidos en el código de procedimiento civil...”

<sup>54</sup> Artículo 290.

<sup>55</sup> Artículo 290.

<sup>56</sup> Artículo 291, *in fine*.

- (iv) La intimación efectuada constituye título ejecutivo para proceder contra los bienes y derechos del deudor o de los responsables solidarios<sup>57</sup>.
- (v) La intimación no estará sujeta a impugnación<sup>58</sup>.
- (vi) La administración tributaria designará al funcionario que practicará el embargo, autorizándolos para efectuar todas las diligencias necesarias a tal fin, identificando los bienes y derechos objeto de embargo y el valor que se les asigne, que no podrá ser inferior al precio de mercado, sin que las actas deban ser notificadas al deudor o persona que se encuentra en el lugar<sup>59</sup>.
- (vii) Si la deuda estuviera garantizada se procederá en primer lugar a ejecutar la garantía<sup>60</sup>.
- (viii) La administración tributaria se constituirá en depositaria de los bienes o designará como tal al mismo deudor o persona legalmente autorizada para tal fin<sup>61</sup>.
- (ix) Si los bienes embargados fueran corruptibles o perecederos la administración tributaria ordenará su venta previa estimación de su valor<sup>62</sup>.
- (x) Efectuado el embargo la administración tributaria ordenará el remate de los bienes embargados, designará el funcionario que efectúe el avalúo. Queda a salvo el derecho del deudor de solicitar un nuevo avalúo que serán por su cuenta y costo<sup>63</sup>.
- (xi) La inactividad de la ejecución de los bienes embargados por la administración tributaria no conlleva la liberación ni la culminación del procedimiento de ejecución<sup>64</sup>.
- (xii) El remate de los bienes embargados será efectuado por la administración tributaria. El cartel de remate será publicado en la página web correspondiente<sup>65</sup>.
- (xiii) La venta de los bienes o derecho será en pública subasta<sup>66</sup>.

<sup>57</sup> Artículo 291, *in fine*.

<sup>58</sup> Artículo 291, *in fine*.

<sup>59</sup> Artículo 293.

<sup>60</sup> Artículo 295.

<sup>61</sup> Artículo 296.

<sup>62</sup> Artículo 297.

<sup>63</sup> Artículo 299.

<sup>64</sup> Artículo 300.

<sup>65</sup> Artículo 301.

<sup>66</sup> Artículo 302.

En definitiva, con la reforma del COT de 2014 los actos de determinación e imposición de sanciones e intereses moratorios se convirtieron en pretendidos actos administrativos ejecutivos y ejecutorios, pues no solamente se eliminó la suspensión de efectos automática en vía jerárquica<sup>67</sup> y contencioso administrativa<sup>68</sup>, sino que la administración tributaria fue robustecida con la facultad unilateral de intervenir el patrimonio del contribuyente y de terceros tenidos como responsables solidarios de una obligación tributaria por derechos pendientes, pero más gravemente aun, también de obligaciones tributarias no demostradas plenamente<sup>69</sup> y por lo tanto no exigibles, prohibiendo inconstitucional e inconventionalmente, para más desventaja, la impugnación de la intimación de pago correspondiente<sup>70</sup>.

De la gravedad de esta situación de desigualdad da cuenta Blanco Uribe señalando que **“... el presunto acreedor que ordena el embargo de bienes y derechos del presunto deudor designa miembros de su personal para llevarlo a cabo, eligiendo ellos mismos los bienes o derechos afectados, tras decidir cuáles son embargables o no, fijando el pretendido valor de mercado de los mismos, sin intervención del presunto deudor, y sin control de un tercero independiente e imparcial”**.<sup>71</sup>

Por su parte Fraga Pittaluga comenta con acierto que, **“...el procedimiento administrativo de cobro ejecutivo es una lamentable involución tanto para los derechos y garantías de los sujetos pasivos de la imposición como desde la perspectiva de la ejecución de los actos**

<sup>67</sup> Artículo 257.

<sup>68</sup> Artículo 270.

<sup>69</sup> Artículo 29, in fine: “... La intimación efectuada constituye título ejecutivo para proceder contra los bienes y derechos del deudor o de los responsables solidarios y no estará sujeta a impugnación”.

<sup>70</sup> Los jueces no pueden renunciar al principio de universalidad del control de los actos del poder público por parte de la función jurisdiccional. Así lo decidió la Sala Constitucional al declarar la nulidad de una norma del COT de 2001 que prohibió la recurribilidad de las decisiones desestimatorias de las solicitudes de prorrogas o beneficios de pago que soliciten los contribuyentes. Sentencia N°1250 del 7 de octubre de 2014 “...*que ordena la nulidad parcial de la primera oración del tercer párrafo del artículo 46 del Código Orgánico Tributario*”. [historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/169392-1250-71014-2014-11-0410.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/169392-1250-71014-2014-11-0410.HTML)

<sup>71</sup> Cfr: Alberto Blanco Uribe Quintero, “Desjudicialización de la función jurisdiccional. El Código Orgánico Tributario de 2014”, en *Estudios sobre Derecho Procesal vivo*, Serie Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 381.

**de la administración tributaria, que ha demostrado con creces no contar ni con la capacidad, ni con la experiencia, ni con los medios adecuados para cumplir satisfactoriamente esta tarea, que los tribunales civiles en su momento y luego los contenciosos tributarios, ejecutaban perfectamente bien**<sup>72</sup>. Agrega señalando que la reforma de 2014 “... no sólo era innecesaria sino además completamente injustificada porque nunca tuvo dificultades en la administración tributaria para ejecutar forzosamente sus actos y obtener la satisfacción oportuna y completa de sus acreencias”<sup>73</sup>.

**b. ¿De dónde sale esta caprichosa idea de desjudicializar el cobro ejecutivo del crédito tributario?**

El llamado procedimiento administrativo de cobro ejecutivo es una copia distorsionada, fuera de propósito y arbitraria del procedimiento de apremio que regula la Ley General Tributaria española<sup>74</sup>. Se hizo un injerto inatinerente del apremio como una modalidad de autotutela administrativa para que la administración ejecute sus actos de liquidación tributaria sin necesidad de acudir a los tribunales en ese sistema jurídico, pero sin dar las garantías debidas y extendiéndolo ilegítimamente al ámbito de la ejecución forzosa de la sentencia ejecutoriada.

Digo que es una *copia distorsionada* porque es notorio que la versión tropicalizada por el legislador delegado del COT 2014 mimetiza ventajosamente varios elementos de ese procedimiento y omite la incorporación de otros esenciales, en su despropósito por desjudicializar el cobro ejecutivo del crédito tributario y con ello desconstitucionalizar a todo evento la ejecución del crédito tributario sean derechos pendientes de pago, o créditos tributarios por liquidaciones no firmes o inexigibles.

Por ejemplo, se copia (i) el inicio del procedimiento que comienza con la llamada “providencia de apremio” aquí denominada de “intimación”, (ii) se crea un inconstitucional<sup>75</sup> cobro de un recargo del 10 %

<sup>72</sup> Cfr: Luis Fraga Pittaluga, ob. cit., p. 737.

<sup>73</sup> Cfr: Luis Fraga Pittaluga, ob. cit., p. 738.

<sup>74</sup> Boletín del Estado No. 302 de fecha 18 diciembre 2003. Ley 58/2003 17 diciembre de 2003.

<sup>75</sup> Correctamente calificado por Fraga Pittaluga, como una “nueva sanción”: “...esta disposición es inconstitucional porque supone la creación de una sanción indirecta sin que exista infracción alguna y en flagrante violación del debido proceso del derecho a la defensa y de la presunción de inocencia”. Cfr: Luis Fraga Pittaluga, ob. cit., p. 730.

sobre el monto del crédito tributario y sus accesorios, (iii) se identifica la “providencia de apremio” aquí llamada de “intimación”, como un “título ejecutivo” que da fuerza ejecutiva a la autoliquidación o al acto de liquidación dictado por la administración a fin de proceder contra los bienes del deudor, esto es, como decisión de ejecución que va dirigida al obligado como apercibimiento o requerimiento final para que proceda al pago de la deuda y (iv) se describen las mismas fases de ejecución patrimonial en el procedimiento todas a cargo de la administración tributaria (ejecución de garantías, embargo de bienes y derechos, depósito de los bienes, valoración de bienes y derechos, remate y enajenación de los bienes embargados)

Sin embargo, en esta copia fuera de propósito del procedimiento de apremio de la Ley General Tributaria española en el COT 2014 se omite (i) considerar que el procedimiento de apremio solo se limita al cobro ejecutivo de derechos pendientes (por autoliquidación o liquidación directa de la Administración) y no se extiende al cobro de créditos tributarios firmes por sentencia judicial, que siempre es competencia judicial y sigue un procedimiento judicial según los tramites de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa que aplican al contencioso tributario, pero nunca la vía administrativa que se limita a los derechos de créditos reconocidos y pendientes de pago por los contribuyentes en sus declaraciones o en las liquidaciones de tributos determinados por la administración, (ii) omite establecer la oportunidad y los motivos de oposición a la ejecución al crédito tributario (extinción de la deuda, anulación de la liquidación, error u omisión de la intimación que impida identificar el deudor o la deuda intimada), (iii) omite la regulación de la suspensión automática de efectos de la liquidación en el caso de la ejecución de créditos tributarios que documentan sanciones pecuniarias y otra serie de garantías para equilibrar el privilegio ejecutorio de la administración tributaria en salvaguarda de los derechos del sujeto pasivo de la imposición.

#### **D. La regulación del COT 2020**

La nueva regulación del COT 2020 reproduce la del 2014 permitiendo a la administración tributaria que cree su propio título ejecutivo mediante el procedimiento de intimación.

Además, como anticipamos, con la reforma del COT 2020 la intimación administrativa se declara legalmente “inimpugnable” por el afectado, pero se añade que, según los medios previstos en el COT, esto es, el recurso jerárquico o el recurso contencioso tributario<sup>76</sup>.

El artículo 227 del COT 2020 señala que al día siguiente del vencimiento del plazo legal o judicial para el cumplimiento voluntario se intimará al deudor a pagar las cantidades debidas y el recargo previsto en el artículo 226 dentro de los 5 días hábiles siguientes contados a partir de su notificación y que, de no realizarse el pago en el referido plazo, la Administración Tributaria iniciará las actuaciones dirigidas al embargo de los bienes y derechos del deudor.

Esta norma señala específicamente que la intimación efectuada constituye “título ejecutivo” para proceder contra los bienes y derechos del deudor o de los responsables solidarios con la alarmante prohibición -ya señalada- de que no está sujeta a impugnación.

Por su parte, los artículos 227 y 228 establecen que la iniciación o tramitación del juicio ejecutivo sólo se paraliza cuando se suspendan los efectos del acto de determinación bien en vía administrativa o judicial.

En el caso de las sentencias judiciales firmes, el Juez tributario fijará en la sentencia un lapso de 5 días continuos para que la parte vencida efectúe el cumplimiento voluntario<sup>77</sup>, vencido ese lapso sin que éste se hubiera producido la administración tributaria ejecutará forzosamente la sentencia conforme al procedimiento de cobro ejecutivo previsto en el mismo<sup>78</sup>.

Como exponemos más adelante, somos de la opinión que, pese a la pretendida desjudicialización en comento, el juez tributario mantiene el control de la legalidad de los actos de ejecución administrativo del crédito tributario ejecutoriado (firme por sentencia judicial), con facultades de suspensión de la ejecución administrativa y de anulación total o parcial del acto de liquidación que emita la administración del crédito tributario y sus accesorios objeto de ejecución en todo lo que signifique una desviación de la cosa juzgada judicial, así como en todo lo relativo al control de proporcionalidad y razonabilidad de la actividad administrativa en la ejecución del crédito tributario.

---

<sup>76</sup> Artículo 225.

<sup>77</sup> Artículo 307.

<sup>78</sup> Artículo 308.

La facultad de ejecución de sentencias firmes es una función judicial exclusiva y excluyente de la jurisdicción. Es una garantía de los derechos constitucionales y convencionales a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y del derecho al control de la legalidad de los actos de la administración.

Ese control judicial puede y debe ejercerse aplicando, por identidad de razón, supletoriamente las reglas sobre ejecución de sentencias y sus incidencias previstas en el CPC. Es más también aplicaría por absoluta identidad de razón, el juicio ejecutivo fiscal, independientemente de la prohibición de su aplicación. Por supuesto queda a reserva la procedencia del amparo constitucional para suspender la ejecución del crédito con el fin de restablecer las situaciones subjetivas constitucionales infringidas por la administración tributaria en pretendida ejecución de un crédito tributario cuestionado en su existencia y cuantía y por lo tanto exigibilidad.

### **3. LA RACIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN JUDICIAL DEL CRÉDITO TRIBUTARIO FIRME**

#### **A. La necesidad técnica de la ejecución judicial del crédito tributario**

La racionalidad de la ejecución de créditos tributarios líquidos y exigibles solo mediante la intervención judicial atiende a la garantía de que la ejecución de sentencias, como en cualquier otro proceso, es una continuidad de la relación jurídica procesal iniciada con el procedimiento de conocimiento (en nuestro caso del recurso de nulidad de la liquidación tributaria) y no un nuevo proceso, esto es, un proceso independiente de ejecución<sup>79</sup>.

Es con la intervención judicial del Estado a través de los órganos encargados de la función judicial que se asegura el correcto cumplimiento de lo decidido, pues la tutela judicial del derecho no solo se cumple declarándolo, sino ejecutando efectivamente lo decidido como solución de continuidad.

---

<sup>79</sup> Cfr. José Ángel Balzan, *De la ejecución de la sentencia, De los juicios ejecutivos, De los procedimientos especiales contenciosos*, Mobil Libros, Caracas, 1990. p. 12.

La ejecución de la sentencia consiste precisamente en la acción de conformar en la realidad práctica la voluntad de la Ley concretada en la declaración de la sentencia definitivamente firme.

Pero hay más. En materia fiscal la coacción directa sobre el patrimonio particular para satisfacer el cumplimiento forzoso de la obligación tributaria y sus accesorios presupone la necesidad de comprobar su exigibilidad. Se trata de materializar el cumplimiento de la obligación tributaria, que es una típica obligación pecuniaria. Esto se alcanza configurando la existencia previa de un título del cual se desprende inequívocamente el derecho cuyo cumplimiento se pide. Este es un presupuesto fundamental del proceso ejecutivo; forma parte de la *causa petendi*<sup>80</sup>. Sin la existencia del título no le es dable al juez proceder a admitir la ejecución y mucho menos la pretendida ejecución podría estar a cargo directamente de una administración tributaria.

El título tiene causa en la cognición que supone el proceso judicial que culminó con la sentencia definitiva, poniendo fin a la controversia. Allí se establece la legalidad de la determinación tributaria con las garantías de un procedimiento de conocimiento completo. La decisión definitiva firme atribuye al fallo la condición de cosa juzgada y este configura el crédito como cierto, líquido y exigible<sup>81</sup>.

El título documenta el crédito sirviendo de presupuesto de la ejecución; una condición de procedibilidad del proceso ejecutivo, que por su naturaleza monitoria va dirigido a hacer efectivo el derecho de la parte gananciosa en el proceso cognitivo.

Sin el título no puede haber ejecución; sin el título la ejecución es inadmisibile<sup>82</sup>. Un crédito tributario pendiente la discusión sobre la

<sup>80</sup> Cfr: Rodrigo Rivera Morales, “El proceso ejecutivo fiscal”, en *Revista Tributum*, No. XIX, Universidad Católica del Táchira, Enero-Diciembre, San Cristóbal, 2010, p. 358.

<sup>81</sup> Así lo caracteriza la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa “...el carácter de título ejecutivo, entendido como aquel que permite directamente promover el proceso de ejecución por tener aparejada eficacia ejecutiva, pues se basta a sí mismo para iniciarlo, sin que el acreedor tenga necesidad de justificar su crédito, habida cuenta de la certidumbre de la existencia de dicho crédito que de él resulta”. Sentencia No. 0525, de fecha 25 abril de 2011, consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/abril/00525-27411-2011-2010-1028.html>

<sup>82</sup> La inadmisibilidad de la demanda debió ser la razón para desechar el proceso, no la falta de jurisdicción. Ese es el error de concepto en las decisiones 10 de abril de 2018, caso *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs. Francisco José Núñez Bravo* y 3 de Julio 2018, caso

validez de su determinación, es forzosamente inexigible y por lo tanto inejecutable; debe suspenderse porque precisamente esta pendiente la discusión del presupuesto esencial de la ejecución *Nulla executio sine titulo*<sup>83</sup>.

El procedimiento judicial de ejecución de créditos fiscales, aparte de ser una típica función judicial, constituye una muestra de equilibrio y adecuada ponderación de intereses que representaban numerosas ventajas para los sujetos pasivos de la imposición, como para la propia administración, permitiendo que un órgano especializado controle y asegure el cobro efectivo de derechos pendientes<sup>84</sup>.

## B. Las condiciones del título ejecutivo

Como se dijo el proceso ejecutivo presupone un título ejecutivo. El título ejecutivo resulta de la firmeza del acto de liquidación del tributo y sus accesorios. El título documenta de forma inequívoca la condición de exigibilidad<sup>85</sup> de la obligación pendiente de cumplimiento<sup>86</sup>.

---

*Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs Iván Crespo Figueroa*. La demanda debió ser desechada no ser la vía procesal idónea para conocer de una pretensión de responsabilidad patrimonial; no por falta de jurisdicción, pues el tribunal nunca pierde su jurisdicción.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>84</sup> Ver Luis Fraga Pittaluga, ob. cit., p. 690

<sup>85</sup> Blanco Uribe alerta sobre la terminología que debe aplicarse en la materia. El término correcto es crédito “exigible” y no necesariamente “líquido y exigible”. Explica que la liquidez no es un parámetro adicional a la exigibilidad de la obligación, sino que junto al plazo vencido resulta un componente indispensable de la misma. Añade que toda obligación exigible es líquida, pero no toda obligación líquida es exigible, por cuanto podría estar transcurriendo un plazo para pagar en beneficio del deudor. Concluye que, el uso apropiado de la terminología normativa debería aludir tan solo a obligaciones “exigibles” estando sobreentendido los caracteres de “liquidez y de plazo vencido”. *Cfr.* Alberto Blanco Uribe Quintero, “Juicio ejecutivo...”, ob. cit. p. 599.

<sup>86</sup> Así lo ha dicho la Sala Político-Administrativa: “La doctrina refiere que el título ejecutivo es un instrumento integral y suficiente que demuestra precisamente la pretensión del actor, es decir, que prueba la exigibilidad del derecho subjetivo que ya fue previamente discutido. Asimismo, se ha afirmado que este documento debe contener algunos elementos necesarios para la interposición de esta acción, los cuales se resumen así: i) indicación expresa de los sujetos activos y pasivos de la obligación; ii) el señalamiento de la cantidad líquida de dinero y; iii) la inmediata exigibilidad de la obligación, esto es, no estar sometida a un plazo, término o condición” *Cfr.* Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de abril de 2018, caso *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs. Francisco José Núñez Bravo*, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/209408-00405-11418-2018-2017-0929.HTML>

La pregunta es cuándo una obligación tributaria deviene exigible. Hay dos supuestos claramente distinguibles que se vinculan a las formas de recaudación de los tributos, esto es, al cobro de los tributos.

El primero relacionadas con la recaudación que opera por incumplimiento de formas voluntarias y la segunda como consecuencia de la firmeza del acto de liquidación bien por ejecutoriedad de la sentencia que decide sobre la legitimidad de la liquidación o por la falta de ejercicio de los recursos pertinentes por el interesado.

- (i) las autoliquidaciones y las liquidaciones de oficio firmes tienen lugar cuando la deuda ha sido liquidada por el sujeto pasivo o cuando el tributo solo pueda ser liquidado por la administración tributaria y no han sido cumplida voluntariamente por el deudor en el plazo establecido para el ingreso del pago. Nos referimos a los clásicos casos de autoliquidaciones o liquidaciones con pago incompleto<sup>87</sup>.

En este caso el documento con fuerza ejecutiva está configurado por el acto de la autodeterminación o la autodeclaración y las planillas de pago que se emitan que, en sí mismo constituye una confesión<sup>88</sup> de la deuda tributaria por el contribuyente. La declaración es un documento privado<sup>89</sup> emanado del sujeto pasivo de la imposición que contiene una declaración en su contra, con fecha cierta. Así lo preceptúa el artículo 157 del COT 2020<sup>90</sup> y, en consecuencia, lo declarado se presume fiel

<sup>87</sup> Ver artículos 211, 212 y 213 COT 2001. Si el contribuyente no demostrare el pago en el plazo a que se refiere el artículo anterior, la intimación realizada servirá de constancia de cobro extrajudicial efectuado por la administración y se anexará a la demanda que se presente en el juicio ejecutivo.

<sup>88</sup> No puede decirse que sea un documento privado reconocido, ni un reconocimiento de deuda, porque el reconocimiento es una cualidad del documento privado que la ley atribuye cuando la autoría del documento se procura ante el juez o funcionario público con facultades para dar fe pública.

<sup>89</sup> Artículo 1368 del CC: “El instrumento privado debe estar suscrito por el obligado, y, además debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento, en aquéllos en que una sola de las partes se obligue hacia otra a entregarle una cantidad de dinero u otra cosa apreciable en dinero...”

<sup>90</sup> Artículo 157 COT 2020: “Las declaraciones o manifestaciones que se formulen se presumen un fiel reflejo de la verdad y comprometen la responsabilidad de quienes las suscriban, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 86 de este Código. (...) Dichas declaraciones y manifestaciones se tendrán como definitivas aun cuando puedan ser modificadas espontáneamente, siempre y cuando no se hubieren iniciado un procedimiento de fiscalización y

reflejo de la verdad, adquiere fecha cierta y la autenticidad de quien es su autor. En consecuencia, una vez vencido el plazo para el ingreso voluntario “**apareja ejecución**” y esa confesión de la deuda tributaria por el contribuyente tiene fuerza ejecutiva, sin ser un título ejecutivo<sup>91</sup>.

Estas deudas reconocidas, líquidas, exigibles e insolutas son los denominados “derechos pendientes de pago” referidos en el artículo 211 del COT 2001.

(ii) Liquidaciones impugnadas firmes por decisiones judiciales ejecutoriadas o por falta de ejercicio de los recursos pertinentes por el interesado.

La sentencia ejecutoriada es un instrumento con fuerza ejecutiva. La fuerza ejecutiva de la sentencia ejecutoriada es el principal efecto del proceso. Tiene causa en el mandato del artículo 273 del CPC, según el cual la sentencia definitivamente firme es ley entre las partes en los límites de a la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro.

Por supuesto, la falta de ejercicio de los recursos pertinentes constituye una aceptación tácita de la liquidación de oficio, que la vuelve en un acto firme y por tanto exigible la obligación tributaria que documenta.

---

determinación en este código y sin perjuicio de las facultades de la administración tributaria y de la aplicación de las sanciones que corresponda, si tal modificación ha sido hecha a raíz de denuncia u observaciones de la administración...”.

<sup>91</sup> La declaración tributaria es lo que se denomina un título *guarentigio*. Ver sentencia de la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de octubre de 2009: “...A ese precepto, ecchará (sic) mano el acreedor en cuyo poder está un documento “*guarentigio*” o “*inyuctorio*” mediante el cual el deudor declara adeudarle una cantidad cierta de dinero líquida y exigible, que da paso a que deba pagarle sin mayores requerimientos o como lo definían los prácticos; como el contrato, escritura o cláusula contenido en ella en que se daba el poder a las justicias (sic) para que las hiciesen cumplir y ejecutasen al obligado, como por sentencia de cosa juzgada.

Ese es el documento apto para trabar el procedimiento por intimación que comienza justamente con una orden de pagar esa suma cierta, líquida y exigible contenida en un decreto de intimación, reputada como una sentencia por adelantado, salvo que ocurrida la oposición al mismo, sus efectos decaen *ipso iure*; esto es una característica de todos los juicios ejecutivos o de apremio, entre los cuales se halla el de intimación...” . Sentencia de la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de octubre de 2009, *caso Rafael Bastiada Rodríguez vs Tracto Caribe, C.A.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC.00587-271009-2009-09310.HTML>

### C. La intimación y el apercibimiento

Una aclaratoria necesaria: La intimación no constituye ni puede constituir un título ejecutivo en sí mismo como erradamente se pretende del enunciado del artículo 223 del COT 2020. Esta arbitraria ficción legal desnaturaliza la función del título ejecutivo y compromete la posibilidad injusta de ejecución de obligaciones que no son exigibles todavía, pendiente la impugnación de la liquidación de oficio, comprometiéndolo la lesión de derechos fundamentales.

La intimación es un mandato procesal; una orden clara y precisa que conmina al pago, bajo el apercibimiento de ejecución<sup>92</sup>. No se trata de una notificación para informar del proceso o de un acto procesal en el cual se tiene interés o se debe intervenir.

El presupuesto de la intimación es la pretensión de pago de una suma exigible de dinero<sup>93</sup>. Por eso, si la deuda todavía no es exigible, no puede ni debe ser intímable.

La intimación no constituye el título ejecutivo como erradamente enuncia y tergiversa el artículo 224 y 227 del COT 2020. Es al revés, el título ejecutivo o el instrumento con fuerza ejecutiva es el que permite la intimación.

En el caso de la declaración no pagada o el acto administrativo de liquidación pendiente de pago, se trata de instrumentos que justifican el crédito fiscal exigible por reconocimiento que de ellos hizo el deudor de la obligación, esto es, tienen fuerza ejecutiva o aparejan ejecución; por sí mismos son susceptibles de intimación.

Si la determinación está cuestionada administrativa o judicialmente, esto es, el acto no ha devenido en firme, todavía no hay una obligación exigible y por lo tanto la determinación no configura un título ejecutivo.

<sup>92</sup> Cfr. Rodrigo Rivera Morales, “El proceso ejecutivo fiscal”, en *Revista Tributum*, No. XIX, Universidad Católica del Táchira, Enero-Diciembre, San Cristóbal, 2010, p. 307

<sup>93</sup> Artículo 640 del CPC: “Cuando la pretensión del demandante persiga el pago de una suma líquida y exigible de dinero o la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, el Juez, a solicitud del demandante, decretará la intimación del deudor, para que pague o entregue la cosa dentro de diez días apercibiéndole de ejecución. El demandante podrá optar entre el procedimiento ordinario y el presente procedimiento, pero éste no será aplicable cuando el deudor no esté presente en la República y no haya dejado apoderado a quien pueda intimarse, o si el apoderado que hubiere dejado se negare a representarlo”.

La pregunta es: ¿cuándo puede intimarse el crédito tributario?

Para acordar la intimación (sea la administración o el juez) debe comprobarse que la liquidación del crédito cumple con los requisitos legales correspondientes, siendo el más importante la exigibilidad del crédito que es la condición que hace posible el cumplimiento forzoso. Ello solo se satisface con la sentencia ejecutoriada o el instrumento que haga sus veces. Este es el principio que enuncia el artículo 1930 del CC: **“Los bienes, derechos y acciones, sobre los cuales haya de llevarse a cabo la ejecución, no podrán rematarse sino después que haya una sentencia ejecutoriada o un acto equivalente.”**

Este acto equivalente no puede ser otro que el que es aceptado por el deudor, bien expresamente (autoliquidación) o tácitamente por no haber ejercido las impugnaciones disponibles para controlar la liquidación de oficio, en ejercicio de los derechos de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso (caducidad de las acciones pertinentes).

Es por esto que, con toda razón afirmamos anteriormente que, con los COT 2014 y COT 2020 se desquició la racionalidad técnica de la ejecución forzosa: No solo (i) se desjudicializó el cobro ejecutivo, esto es, se eliminó el juicio ejecutivo como medio procesal para la ejecución forzosa del crédito tributario, sino que (ii) se desconstitucionalizó el cobro con la creación de un procedimiento administrativo de cobro ejecutivo y con ello (iii) se desnaturalizó el concepto de “título ejecutivo” y el “procedimiento de intimación” para imponer como pretendido título ejecutivo una declaración acomodaticia denominada **“intimación”** que solo depende de la voluntad administrativa, independientemente de la exigibilidad de la obligación tributaria que pretende ser objeto de ejecución forzosa.

#### **D. *Excursus* normativo sobre la exigibilidad de la obligación tributaria: crónica de algunos mitos interpretativos**

El correcto entendimiento del problema sobre la ejecución del crédito tributario tiene necesaria vinculación con la convicción que se tenga sobre el momento en que la obligación tributaria deviene exigible y por lo tanto ejecutable en caso de que no se produzca un cumplimiento voluntario.

Correctamente se ha dicho que, la fijación del momento en que el acreedor puede exigir coactivamente al deudor el cumplimiento de la obligación no es una cuestión baladí. No es posible concebir alguna obligación con abstracción de un término o tiempo para su cumplimiento<sup>94</sup>.

Este asunto se entronca con otros temas muy relevantes como el momento del devengo y extensión del cómputo de los intereses de mora tributarios<sup>95</sup>.

En materia de autoliquidaciones no hay mayor duda. La ley o el reglamento fijan la oportunidad del pago. La obligación nace con la realización del hecho imponible definido legalmente, quien también establece un plazo para su cumplimiento. La autoliquidación pasa por las operaciones de determinación sobre la existencia y cuantía, declaración y pago de la obligación que están fijadas normativamente. El vencimiento del plazo legalmente establecido hace exigible la obligación. Su falta de cumplimiento voluntario activa el cobro ejecutivo.

En nuestra opinión ese cobro también debe ser judicial. La desjudicialización del cobro ejecutivo desde el COT de 2014 no excluye la aplicación del procedimiento sobre ejecución de sentencias<sup>96</sup>, las posibilidades de oposición a la ejecución, incluidos cualquier incidencia de ejecución para atender necesidades del proceso que reclamare el sujeto pasivo de la imposición. Incluso somos de la opinión que cabe la aplicación analógica del cobro ejecutivo fiscal previsto en el CPC como procedimiento disponible en garantía del debido proceso, previa des aplicación por control difuso de la prohibición del artículo 349<sup>97</sup> del COT 2020. Sobre esto volveremos más adelante.

<sup>94</sup> José Melich Orsini, citado por Carlos Weffe Hernández, “De la naturaleza del acto determinativo tributario. <Nuevas> reflexiones sobre viejos problemas”, en *El mito de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la tutela judicial en el contencioso tributario*, (Coordinadores: Laura Louza y Serviliano Abache Carvajal), Colección Estudios Jurídicos, No. 113, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 415.

<sup>95</sup> Ver nuestro trabajo Humberto Romero Muci, *Lo racional e irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2004, p. 73.

<sup>96</sup> Artículos 523, 524 y 249 CPC.

<sup>97</sup> Artículo 349: “No son aplicables a la materia tributaria regida por este código las disposiciones relativas al procedimiento de ejecución de créditos fiscales establecidos en el Código de Procedimiento Civil...”.

El problema se complica con las determinaciones de oficio. El COT 2020 siguiendo una tradición desde su primera versión 1982, afirma la naturaleza *ex lege* de la obligación tributaria y declarativa de la determinación de esta.

En nuestro sistema el momento del nacimiento de la obligación tributaria y el de su exigibilidad no son concomitantes. La obligación nace por mandato de la ley, pero el ente acreedor no puede hacer valer o exigir coactivamente su derecho al cobro hasta que la determinación oficiosa no haya concluido de manera definitivamente firme sobre la existencia y cuantía de dicha obligación<sup>98</sup>.

La doctrina más actual señala que, la exigibilidad de la obligación tributaria objeto de reparo esta diferida hasta la firmeza del acto determinativo<sup>99</sup>, sea porque no ha sido impugnado por el sujeto pasivo o

<sup>98</sup> Ver "...Asimismo, se desprende de los citados artículos que el elemento condicionante para que los actos administrativos dictados por la Administración Tributaria adquieran el carácter de títulos ejecutivos, es que estos sean "*liquidos y exigibles*", vale decir, que la obligación en ellos contenida esté cuantificada y se haya vencido el plazo cierto para su pago, siempre que no se encuentren suspendidos sus efectos. Cumplidas estas condiciones nada obsta para que pueda solicitarse la ejecución de créditos fiscales a través del juicio ejecutivo a que se refiere el Código Orgánico Tributario. Aunado a lo anterior, esta Máxima Instancia debe advertir que al ser el presente asunto un juicio ejecutivo, tal y como lo manifestó el Tribunal de la causa, le está vedado al Juez analizar la legalidad o no de los actos administrativos que sirvieron de título ejecutivo al Fisco para demandar el pago de las cantidades cuya exigibilidad resulta de la firmeza que dichos títulos adquirieron, bien porque la contribuyente no ejerció los recursos pertinentes o, porque siendo interpuestos, fueron declarados sin lugar por los órganos competentes para conocerlos"; consultado en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/01407-221112-2012-2012-1103.html>. También se ha dicho "...A este respecto, cabe señalar que tal como lo afirmara el apoderado judicial de la sociedad mercantil PDVSA Petróleo, S.A., las referidas planillas, así como la determinación de multa e intereses moratorios, no son actos administrativos contentivos de obligaciones líquidas y exigibles a favor del Fisco Nacional y no tienen el carácter de título ejecutivo, pues como consta de autos, no están definitivamente firmes, al haber hecho uso la referida empresa de los medios de impugnación (inicialmente en sede administrativa el solicitar la revisión de oficio del acto, y posteriormente en sede jurisdiccional al interponer el recurso contencioso tributario), a objeto de ejercer su derecho constitucional a la defensa...". Sentencia Sala Político-Administrativa de Tribunal Supremo de Justicia de fecha 11 de marzo de 2008, caso PDVSA Petróleo, S.A, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00317-12308-2008-2006-1106>.

<sup>99</sup> Tesis "declarativa con eficacia diferida" sobre el acto determinativo tributario. Tesis de Serviliano Abache Carvajal. Posición sintetizada por *Cfr.* Carlos Weffe Hernández, "De la naturaleza del acto determinativo tributario. <Nuevas> reflexiones sobre viejos problemas", en *El mito de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la tutela judicial*

porque ejercidos los recursos contra el acto determinativo tributario de oficio estos han sido infructuosos, de manera que la legalidad del acto ha sido confirmada judicialmente. Entienden que no puede ejecutarse una obligación que no ha adquirido certeza.

Los argumentos de la (i) presunción de legalidad del acto administrativo de determinación y la (ii) eliminación de la suspensión automática de efectos del acto de determinación tributaria de oficio, son dos de las grandes confusiones sobre el momento de la exigibilidad de la obligación tributaria objeto de una determinación de oficio pendiente de revisión judicial. Hay la falsa convicción de que la obligación tributaria objeto de reparo es exigible solo porque resulta documentada en un acto que se presume legal y veraz y, en consecuencia, se le atribuyen falazmente la condición de título ejecutivo por sí solo. Con ese punto de vista se predica que el acto de determinación de oficio es ejecutable forzosamente si no está suspendido en sus efectos por decisión judicial aun mientras dure el juicio de nulidad sobre la liquidación<sup>100</sup>, esto es, se

---

*en el contencioso tributario*, (Coordinadores: Laura Louza y Serviliano Abache Carvajal), Colección Estudios Jurídicos, No. 113, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 432. Weffe añade a la “eficacia diferida” su interpretación que se trata de “...como condición suspensiva potestativa del acreedor equivalente a la *interpellatio* a la que se refiere la parte final del artículo 1269 el Código Civil como requisito de exigibilidad de las obligaciones condicionales”.

<sup>100</sup> Ver por ejemplo sentencia “...Sobre la Resolución de multas aquí impugnada la recurrente solicitó que el acto administrativo no es líquido ni exigible, por cuanto dicho acto no se encuentra definitivamente firme y, por lo tanto no es ejecutable. En tal sentido, quien decide considera necesario precisar lo dispuesto en las normas contenidas en los artículos 289 y 291 del vigente Código Orgánico Tributario (que regula dicho proceso ejecutivo), así como la previsión contemplada en el artículo 263 *eiusdem*. En tal sentido, las disposiciones legales antes aludidas establecen lo siguiente: (...) Así, lo anterior demuestra que una vez manifestada la voluntad de la Administración Tributaria a través de un acto administrativo, no necesariamente está obligada la misma al previo agotamiento del procedimiento de intimación de derechos pendientes previsto en los artículos 211 al 213 del vigente Código Orgánico Tributario, para solicitar la ejecución de los créditos fiscales que de él deriven, bastando con el cumplimiento de las condiciones relativas a que las obligaciones tributarias que el mismo contenga sean líquidas y exigibles y a su vez no se encuentren ‘suspendidos sus efectos’, para que, en todo caso, adquiera el carácter de título ejecutivo, entendido como aquel que permite directamente promover el proceso de ejecución por tener aparejada eficacia ejecutiva, pues se basta a sí mismo para iniciarlo, sin que el acreedor tenga necesidad de justificar su crédito, habida cuenta de la certidumbre de la existencia de dicho crédito que de él resulta. En el caso que nos ocupa, (...) la Resolución SNAT/INTI/GRTICERC/DJT/2009/1009-1449, mediante la cual confirma la Resolución SNAT/

predica que solo con la suspensión de efectos se enerva la exigibilidad de la obligación o lo que es igual, el carácter no ejecutorio del acto se debe a la suspensión de efectos del acto de determinación o ajuste<sup>101</sup>.

La realidad es que la jurisprudencia sobre el particular ha sido oscilante, equívoca y confusa. Sin embargo, los cambios normativos todos han ido dirigidos a disminuir las posibilidades de defensa del sujeto pasivo de la imposición desde eliminar la suspensión de efectos del acto de liquidación hasta el juicio ejecutivo tributario, la prohibición de impugnación de la intimación del crédito tributario y la prohibición de aplicación del juicio ejecutivo fiscal previsto en el CPC.

En nuestra opinión el problema radica en que simplemente no puede ejecutarse forzosamente una obligación que no es exigible mientras se dilucida y establece la firmeza del acto de determinación. Un correcto entendimiento del asunto supone distinguir entre el acto de determinación de oficio y la obligación tributaria que refiere y documenta. Independientemente de que el acto de determinación se pueda presumir abstractamente legal y veraz, lo cierto es que, por referirse a una obligación dineraria pendiente de discusión administrativa o judicial, la

---

INTI/GRTICERC/DR/ACOT/RET/2008/1492 (...), objeto de impugnación en el presente proceso goza de las condiciones ya explicadas de liquidez y exigibilidad y la suspensión de efectos requerida de manera conjunta al recurso contencioso tributario no ha sido decidida; de todo lo cual se colige que sí constituye la Resolución antes citada, título ejecutivo susceptible de exigir el pago por un monto de (...) (78.281,71 U.T.) por la vía del juicio ejecutivo. Así se declara. Sobre la suspensión de los efectos emanados del acto recurrido conforme al contenido del artículo 263 del Código Orgánico Tributario, este Juzgador observa que habiendo decidido el fondo de la controversia resulta inoficioso pronunciarse sobre la mencionada suspensión”. Sentencia Nro. 0497 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de abril de 2008, caso *Polifilm de Venezuela, S.A.*

<sup>101</sup> “...si bien la suspendibilidad del acto recurrido se observa como tendencia cautelar en el contencioso administrativo, en materia tributaria sin embargo es la propia ley la que impide la ejecución del acto cuando estén pendientes recursos contra este. Se ha consagrado así la suspensión automática de los efectos del acto administrativo por el ejercicio de los recursos, lo cual, en este caso, no atañe a su ejecutoriedad, desde que estos son, como es sabido actos no ejecutorios. Se afecta entonces la eficacia misma del acto tributario, la cual queda suspendida hasta tanto se resuelvan los recursos contra el intentados...”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno del 14 de diciembre de 1999, caso *Justo Páez Pumar et. al. en acción de nulidad del párrafo único del artículo 59 del Código Orgánico Tributario de 1994*, aclaratoria en: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 14 de diciembre de 1999, caso *Justo Páez Pumar et. al. en acción de nulidad del párrafo único del artículo 59 del Código Orgánico Tributario de 1994*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/816-260700-00-0856.HTM>

obligación tributaria no es exigible hasta que la determinación de oficio no devenga firme, esto es, sea conocida con certeza ejecutoriada en su existencia y cuantía y, en consecuencia, devenga en exigible.

Esa exigibilidad se computará retroactivamente desde el vencimiento del plazo para el pago de la obligación determinada definitivamente. Desde ese entonces y hasta la fecha de la firmeza del acto de determinación se computará el interés de mora asociado a los retrasos culpables del deudor, no a los justificados, tales como el que tiene causa en la suspensión del proceso judicial (mora del acreedor)

En este contexto la pretendida ejecución de la obligación tributaria objeto de reparo antes de que el acto determinativo sea formalmente firme supondría la reedición práctica del contra principio *solve et repete*, reconocido atentado inconstitucional a los derechos a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia<sup>102</sup>, comentados anteriormente.

Sin lugar a duda, se trata de un bloqueo ilegítimo al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por la mayor gravosidad que puede significar al derecho de acceso a la justicia para la impugnación del reclamo administrativo y la pendencia del proceso de anulación con la incerteza de las resultas y la prolongación del lance judicial. Ello constituye un subterfugio legal que enerva la eficacia del derecho al acceso a la justicia, a la misma tutela judicial, al debido proceso, a la presunción de inocencia y que puede obligar al contribuyente a allanarse o a sucumbir a un posible viciado reclamo fiscal.

#### **4. EL RÉGIMEN DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES Y DE LAS TRIBUTARIAS EN PARTICULAR**

##### **A. La ejecución judicial de la sentencia firme como garantía de la efectividad de la tutela judicial**

La norma del artículo 253 constitucional ubica en un mismo plano la función de juzgar y ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado y atribuye dichas funciones a los tribunales.

<sup>102</sup> Cfr. Serviliano Abache Carvajal, “La solución determinativa tributaria. Naturaleza jurídica en cuatro argumentos”, en *El mito de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la tutela judicial en el contencioso tributario*, (Coordinadores: Laura Louza y Serviliano Abache Carvajal), Colección Estudios Jurídicos No. 113, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 204.

El enunciado “**ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias**” alude al deber y competencia del tribunal de ejercer control y velar porque sus decisiones firmes se adopten en el seno de un procedimiento de ejecución, razonablemente coherente con el contenido de la resolución que haya de ejecutarse.

Se ha dicho correctamente que, por un lado, el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva supone la necesidad y el derecho a la ejecución judicial de las sentencias, pues de lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intención y, por el otro lado, con la propia existencia del estado de derecho que proclama y presupone la efectividad de la ejecución de las sentencias, pues difícilmente se puede hablar de un estado de derecho si no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes. Ese derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en que el interesado tenga acceso a los tribunales, sino que exige también que el fallo judicial se cumpla.

Corresponde a los jueces la ejecución de sus sentencias con carácter exclusivo en todo tipo de procesos. Esa potestad tiene varias manifestaciones. Primero el juez debe disponer de los poderes concretos de impulso, corrección y sanción que sean necesarios para vencer eficazmente las resistencias de la parte condenada y hacer que esta se ejecute de modo efectivo y, segundo debe obtener también poderes para acordar la ejecución por sustitución.

El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir la resolución judicial y colaborar en la ejecución de lo resuelto. Esta obligación se entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva pues ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica; el incumplimiento del fallo constituye una violación directamente de un derecho constitucional que anula todo acto administrativo en contradicción del fallo firme<sup>103</sup>.

Y en lo que tiene que ver con la ejecución forzosa de bienes y derechos el principio general está en el artículo 1930 del CC de acuerdo con el cual “**los bienes, derechos y acciones, sobre los cuales haya de**

<sup>103</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español 49/2004 de 30 de marzo. Citada en Felipe Alonso Murillo, *La ejecución de sentencias contencioso administrativas firmes en materia tributaria: aspectos conflictivos*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 32.

**llevarse a cabo la ejecución, no podrán rematarse sino después que haya una sentencia ejecutoriada o un acto equivalente.”**

Queda claro que la pendencia de un recurso contencioso tributario implica la no ejecutividad y ejecutoriedad del acto de determinación tributario. Es más, permitir la ejecución forzosa de actos administrativos de determinación tributaria, imposición de sanciones y liquidación de intereses, cuya nulidad ha sido solicitada en vía administrativa o en vía judicial, **“supone un fraude al debido proceso y concretamente el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia...”** (el caso de los actos sancionatorios) y si se trata de actos que han sido atacados ante la justicia tributaria, implica además de la violación de esos derechos, una conculcación flagrante de los derechos de acción y a la tutela judicial efectiva<sup>104</sup>.

La razón precisa es, apunta Fraga, que no puede haber ejecución sin título ejecutivo. Si el contribuyente ataca el título ejecutivo entonces el proceso ejecutivo debe paralizarse porque se discute justamente el presupuesto procesal esencial de la ejecución<sup>105</sup>.

De otro lado, el “acto equivalente” a que alude el artículo 1930 del CC, es el acto de autodeterminación impago y el acto administrativo de liquidación firme por falta de ejercicio de los recursos para su impugnación.

En ningún caso un acto de liquidación no firme es susceptible de ejecución; nunca configura un título ejecutivo.

## **B. La intangibilidad de la cosa juzgada**

El principal efecto del proceso es la intangibilidad de la cosa juzgada: **“la sentencia firme es ley entre las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro”**<sup>106</sup>. En consecuencia, es nulo por ser de ilegal ejecución<sup>107</sup> y por lo tanto impugnable, todo acto administrativo de liquidación en ejecución de la sentencia firme que provea contra lo ejecutoriado, que la modifique de

<sup>104</sup> *Cfr.* Luis Fraga, ob. cit., p. 696.

<sup>105</sup> *Cfr.* Luis Fraga, ob. cit., p. 696.

<sup>106</sup> Artículo 273 CPC.

<sup>107</sup> Artículo 270(3) COT 2020.

manera sustancial o que resuelva sobre puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en él<sup>108</sup>.

El deber de observar la inmodificabilidad de la sentencia y demás resoluciones judiciales firmes es consecuencia también de la garantía procesal de la cosa juzgada material que integra el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Ese derecho subjetivo actúa como límite y fundamento que impide a los jueces y tribunales resolver cuestiones no abordadas ni decididas en el fallo o con la que este no guarda directa o inmediata relación de causalidad, pues de lo contrario se lesiona los derechos de la otra parte al prescindir del debate y de la contradicción del litigio.

La facultad de apreciar si hay una correcta ejecución o una separación irrazonable y arbitraria o errónea en relación con el significado y alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución judicial firme que se ejecuta, exige constatar la pretendida ejecución del fallo sea interpretando de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito.

El estándar de delimitación de la actuación judicial en fase de ejecución consiste en que el tribunal -y mucho menos una administración tributaria- no puede proveer sobre cuestiones no abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde directa e inmediata relación de causalidad.

El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir la resolución judicial y colaborar en la ejecución de lo resuelto. Esta obligación se entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva pues ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica; el incumplimiento del fallo constituye una violación directamente de un derecho constitucional que anula todo acto administrativo en contradicción con el fallo firme.

### **C. La ejecución de la sentencia ejecutoriada**

Por eso la potestad de ejecutar la sentencia firme corresponde a los tribunales con carácter exclusivo y excluyente.

---

<sup>108</sup> Siguiendo el principio del Artículo 312 (3) del CPC.

La competencia corresponde al tribunal que haya conocido del asunto en primera instancia. Ese es el principio que contiene el artículo 523 del CPC<sup>109</sup>, replicado en los COT 1982, 1994 y 2001.

El COT 2014 como el COT 2020 en su esfuerzo por descoyuntar el juicio ejecutivo tributario disponen una regulación inútil, solo para notificar a la parte vencida que efectúe el cumplimiento voluntario<sup>110</sup> bajo apercibimiento de que vencido este la administración tributaria ejecutará forzosamente la sentencia conforme al cuestionado procedimiento de cobro ejecutivo previsto en dicho Código<sup>111</sup>.

En efecto, declarado sin lugar o parcialmente con lugar el recurso ejercido, el tribunal fijará en la sentencia un lapso de 5 días continuos para que la parte vencida efectúe el cumplimiento voluntario. Vencido el lapso para el cumplimiento voluntario sin que este se hubiese producido, la obligación tributaria devendrá exigible y la administración tributaria intimará el pago dentro de los 5 días siguientes a su notificación y ejecutará forzosamente la sentencia conforme al procedimiento de cobro ejecutivo previsto en el Código Orgánico Tributario<sup>112</sup>.

Esta regulación no tiene sentido. Todavía para ejecutar la sentencia deben recalcularse los conceptos de la obligación y accesorios que hayan sido objeto de litigio. Los cálculos de la obligación tributaria que resultan de la determinación firme deben ser producidos por la administración. Ello supone su documentación en nuevas planillas de liquidación y la demostración de los nuevos cálculos según lo decidido en la sentencia ejecutoriada. Ello formará con la sentencia el título ejecutivo que servirá a la ejecución.

En nuestra opinión, la sentencia ejecutoriada debe ponerse en ejecución en el tribunal de primera instancia en el que se tramitó el recurso contencioso de anulación. Ello presupone que la Administración Tributaria deberá recalcular la obligación tributaria y sus accesorios según lo decidido definitivamente y emitir las nuevas liquidaciones que correspondan. Es entonces cuando estas deberán notificarse al deudor para que en un lapso de 5 días continuos la parte vencida

---

<sup>109</sup> Artículo 523 del CPC.

<sup>110</sup> Artículo 307 del COT 2020.

<sup>111</sup> Artículo 308 del COT 2020.

<sup>112</sup> Artículos 222, 227, 307 y 308 del COT 2020.

efectúe el cumplimiento voluntario. En ese momento la obligación devendrá en exigible.

Como veremos más adelante eso no excluye (i) el derecho del contribuyente de oponerse a la ejecución por con las defensas típicas que incumben a un procedimiento de ejecución, ni (ii) los poderes del juez contencioso tributario de controlar la correcta ejecución del crédito tributario conforme a lo decidido en la sentencia con posibilidades de suspender preventivamente la ejecución frente a cualquier exceso y anular cualquier acto o actuación incurrido en exceso de la sentencia firme.

De otro lado no estorba recordar que las partes están obligadas a cumplir las sentencias firmes pues son ley entre las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro<sup>113</sup>. El derecho a la tutela judicial también comprende el derecho a la correcta ejecución de la sentencia.

Cualquier pretendido incumplimiento del dispositivo del fallo y los fundamentos de la sentencia es susceptible del control judicial en vía de ejecución.

Por eso, todo acto de ejecución que decida asuntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en él, provea contra lo ejecutoriado o lo modifique de forma sustancial, es inválido<sup>114</sup>, nulo e ineficaz y obliga a suspenderlo total o parcial con la finalidad de garantizar la efectividad de lo decidido definitivamente.

Se trata de impedir la “ejecución fraudulenta”, esto es, aquella que ocurre en **“...los supuestos en que la administración procede formalmente a la ejecución de la sentencia mediante pronunciamiento actuaciones necesarias, pero con el resultado obtenido no cumple la sentencia en la forma y en los términos en que ya se consagra para llevarla a puro y debido efecto”**.

Es aquí donde el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se traduce en la garantía de que el fallo se cumplirá impidiendo que los derechos en ella reconocidos se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> Artículo 237 del CPC.

<sup>114</sup> Artículo 19(1) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (“LOPA”).

<sup>115</sup> Cfr: Felipe Alonso Murillo, *La ejecución de sentencias contencioso administrativas firmes en materia tributaria: aspectos conflictivos*, Aranzadi, Pamplona 2020, p 32.

Es más, en respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en trámite de ejecución de sentencia, el órgano judicial mantiene la facultad de anular todas aquellas actuaciones administrativas que no se ajusten a lo decidido y resuelto.

De esta manera se evita que, la parte perjudicada por la ejecución indebida del fallo inicie un nuevo proceso contencioso dilatorio e innecesario, con el previo agotamiento de la vía administrativa recursiva, lo cual no solo sería infectivo sino un sacrificio a la justicia del caso.

#### **D. La ejecución del crédito fiscal vs. la ejecución del crédito tributario**

Esta planteada una falsa dicotomía para distinguir las razones que justifican el juicio ejecutivo para el cobro del **“crédito fiscal”** respecto del cobro administrativo del **“crédito tributario”**.

El crédito fiscal se refiere a las acreencias pecuniarias de administraciones públicas contra particulares liquidadas y exigibles, documentadas en actos administrativos firmes, tales como las que se originan en la imposición de multas y otros aranceles. Por su parte, **“crédito tributario”**, representa obligaciones tributarias. Se trata de obligaciones pecuniarias, nacidas en el seno de una relación jurídico-tributaria.

La ejecución forzosa del **“crédito fiscal”** solo puede y debe encauzarse mediante el juicio ejecutivo previsto en el artículo 653 al 659 del CPC. Se dice que estas acreencias no pueden ejecutarse forzosamente directamente por la administración porque no tienen potestades legales para dictar medidas ejecutivas (como embargos muebles, secuestro de bienes inmuebles o prohibiciones de enajenar y gravar) razón por la cual debe acudir a la vía judicial para lograr su cometido, esto es, el cobro de su acreencia vista la contumacia del particular en pagar<sup>116</sup>. A este efecto la administración solo tiene la facultad genérica prevista en el artículo 80 de la LOPA según el cual la ejecución forzosa de actos

<sup>116</sup> Ver sentencias (i) Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de abril de 2018, caso *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs. Francisco José Núñez Bravo*, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abr/209408-00405-11418-2018-2017-0929.HTM>; (ii) Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 3 de Julio 2018, caso *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs Iván Crespo Figueroa*, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/212650-00759-4718-2018-2018-0110.HTML>

por la administración, cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resista a cumplirlos, el particular será constreñido por la administración mediante la aplicación de multas sucesivas mientras el obligado permanezca en rebeldía.

Sobre este particular la Sala Político-Administrativa ha señalado que el juicio ejecutivo fiscal es “...la vía procesal de naturaleza ejecutiva <<idónea>>”, (i) “...una vía expedita para lograr la ejecución judicial de las multas o sanciones impuestas por la administración frente al intento de ésta en hacer cumplir su propio acto y vista la contumacia del particular en pagar” y (ii) “...la solución [...] además garantiza el derecho a la defensa del destinatario del acto, ya que puede oponerse al pago siempre que este invoque alguno de los 3 supuestos de hecho establecidos en el artículo 656 del CPC y en caso que esto último ocurra (oposición) el artículo 657 *eiusdem* prevé claramente que <<seguirá el en lo adelante por los tramites del procedimiento ordinario>>...”.

En el caso del “crédito tributario”, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa parece entender que la administración tributaria está facultada legalmente para accionar el cobro ejecutivo directamente porque esta revestida de potestades ejecutivas positivas y expresas, *ergo*, no necesita activar la vía judicial para el cobro forzoso de sus acreencias tributarias.

Esta posición se alinea con la desjudicialización del cobro ejecutivo tributario analizado en las reformas del COT de 2014 y 2020. Como hemos visto, allí la administración tributaria esta revestida de facultades exorbitantes para pretender ejecutar sus acreencias, no solo producto de autoliquidaciones sino de determinaciones de oficio, hasta el punto potencial de (i) calificar como títulos ejecutivos pretendidas obligaciones tributarias que no son exigibles mientras se tramitan los recursos administrativos o judiciales para el control de su legalidad y no estén suspendidos sus efectos, (ii) se prohíbe al particular la impugnación de esa intimación, (iii) se silencia todo tipo de garantías para oponerse a la ejecución en sede administrativa o judicial y (iv) se le impuso una prohibición alternativa de accionar el juicio ejecutivo fiscal.

Como veremos es una impostura querer ver una diferencia entre el cobro ejecutivo fiscal y el tributario, el primero por vía judicial y el

segundo por vía administrativa. En ambos casos se trata de acreencias de tipo administrativo. Ambas son obligaciones pecuniarias de fuente legal. Las liquidaciones correspondientes no pueden ni deben ejecutarse mientras no estén firmes y documenten obligaciones liquidadas y exigibles y siempre la ejecución forzosa del crédito firme por sentencia ejecutoriada será una competencia judicial exclusiva y excluyente. No existe ninguna razón para justificar un tratamiento diferencial y degradar el cobro ejecutivo tributario a una competencia administrativa. Esta es una solución regresiva, discriminatoria, innecesaria e ineficiente que disminuye inconstitucional e inconventionalmente las posibilidades defensivas del deudor.

Es más, ni siquiera razones recaudatorias podrían justificar una imposición al margen del derecho de defensa del sujeto pasivo de la imposición. Ya desde la Sala Constitucional se justificó la limitada condición *instrumental* del principio de recaudación en el contexto del sistema tributario constitucional: “**La recaudación está al servicio de la capacidad contributiva**”. La recaudación no es fin en sí misma, sino un medio para asegurar la captación de la realidad contributiva y nada más. Como toda función administrativa está al servicio del ciudadano y sometida al derecho. La recaudación por sí sola nunca justifica una tributación inconstitucional, al margen del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica y los demás derechos constitucionales y convencionales del sujeto pasivo de la imposición. Así lo decidió en la Sentencia N° 301/2007 de 27 de febrero:

*“El principio de eficiencia se ordena a un fin superior, que no puede deslastrarse del respeto a la justa distribución de las cargas públicas y con ello obviar la capacidad contributiva”.*<sup>117</sup>

Es más, la razón histórica del distingo “**fiscal**” vs “**tributario**” se debe a que el juicio ejecutivo tributario apareció primero y fue regulado

<sup>117</sup> Sentencia de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia N° 301/2007 de fecha 27 de febrero de 2007, caso *Adriana Vigilanza y Carlos Vecchio en acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la norma de os artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto n° 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 5.390 Extraordinario, de 22 de octubre de 1999, consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>

en el COT 1982 cuando se crearon los tribunales contencioso-tributarios y se les atribuyó a estos la competencia cognitiva y ejecutiva de las materias de su competencia. El juicio ejecutivo fiscal apareció regulado en el CPC de 1986 haciendo expresa reserva que aplicaba solo a cualquier otra materia no tributaria (artículo 653) ya regulada en el COT.

En esencia hay una identidad de razón entre el crédito fiscal y el tributario, razón por la cual degradar el cobro ejecutivo tributario a un procedimiento administrativo, también representa una regresión institucional y un trato discriminatorio sin razón objetiva que lo justifique, pues no añade nada a una mejor posición defensiva de los derechos del sujeto pasivo de la imposición cuando el juicio ejecutivo tributario era la garantía procesal idónea y necesaria para asegurar un equilibrio defensivo. Ese aserto lo confirma la disponibilidad del juicio ejecutivo fiscal para las obligaciones pecuniarias legales no tributarias, tanto para hacer efectivo los derechos de la administración, como el derecho a la defensa del deudor.

Por la misma causa, debe pensarse que, en garantía de la supremacía constitucional y por tratarse de una función exclusiva y excluyente de la jurisdicción, se justifica la aplicación analógica del juicio ejecutivo fiscal para el trámite del cobro ejecutivo del crédito tributario ejecutoriado.

## 5. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL JUICIO EJECUTIVO

Ya hemos dicho que la función de juzgar se extiende a la función de ejecutar lo decidido como garantía de efectividad de la tutela judicial. Así lo comprueba expresamente el segundo párrafo del artículo 253 constitucional:

***“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”<sup>118</sup>.***  
*(subrayado nuestro).*

<sup>118</sup> Artículo 10 Ley Orgánica del Poder Judicial: “Corresponde al Poder Judicial conocer y juzgar, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley, de las causas y asuntos civiles, mercantiles, penales, del trabajo, de menores, militares, políticos, administrativos y fiscales, cualesquiera que sean las personas que intervengan; decidirlos definitivamente y ejecutar o hacer ejecutar las sentencias que dictare”. (Subrayado nuestro).

Como ha sido dicho correctamente, la idea de justicia, en la Constitución, vale decir, el contenido de la función jurisdiccional del Estado, como asunto del Poder Judicial, va desde el ejercicio de la acción, pasando por todos los trámites y sustanciación del proceso, hasta el dictado y ejecución de la sentencia<sup>119</sup>.

Cualquier otra rama del poder público que pretenda arrogarse la atribución de ejecutar las sentencias judiciales y laudos arbitrales estaría obrando de forma inconstitucional, por violación de letra expresa del Texto Fundamental (inconstitucionalidad literal), incurriendo en usurpación de funciones o de autoridad<sup>120</sup> y por menoscabo del principio de separación de Poderes, del principio de supremacía de la Constitución, del derecho a la tutela judicial efectiva y del valor superior de preeminencia de los derechos humanos (inconstitucionalidad teleológica o material)<sup>121</sup>.

La ejecución de sentencias no es una función delegable; es irrenunciable e intransferible. Es una competencia exclusiva y excluyente del juez, que es juez natural para la tutela del derecho de propiedad, la reserva legal tributaria y de la capacidad contributiva del contribuyente frente a la exigibilidad del crédito tributario firme y de todas las diligencias procesales necesarias al debido proceso de la ejecución.

Por eso, la pretendida autosuficiencia ejecutoria del crédito tributario firme por la Administración sin intervención del juez Tributaria *ex* artículos 226 al 238, en concordancia con los artículos 307 y 308 del COT 2020, constituye una usurpación de la función judicial<sup>122</sup> y una consecuente violación del principio de separación de poderes<sup>123</sup>, pues la ejecución administrativa de sentencias constituye la cercenación de una de las más trascendentales atribuciones del Poder Judicial, como lo es la potestad jurisdiccional de cierre del proceso, esto es, el aseguramiento de las resultas de tales sentencias y laudos y la ejecución

<sup>119</sup> Ver Alberto Blanco Uribe Quintero, “Desjudicialización del proceso tributario”, en *Derecho Procesal Tributario vivo*, Serie Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, p. 315.

<sup>120</sup> Artículo 138 Constitucional: “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

<sup>121</sup> *Cfr.* Alberto Blanco Uribe Quintero, “Desjudicialización del proceso tributario”, en *Derecho Procesal Tributario vivo*, Serie Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, p. 375.

<sup>122</sup> Artículo 138 de la Constitución.

<sup>123</sup> Artículo 136 de la Constitución.

forzosa de los actos administrativos de contenido tributario, contentivos de obligaciones pecuniarias, que queden definitivamente firmes en la sede administrativa o judicial.

La ejecución administrativa de créditos tributarios firmes por sentencia ejecutoriada es, en sí misma, también inconstitucional e inconvencional:

- (i) Por violar los *derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva*, pues la desjudicialización del cobro ejecutivo y la prohibición de impugnación de la intimación cercenó al contribuyente el acceso a la justicia, el derecho a la jurisdicción y a intentar las acciones de control de la legalidad de la ejecución de la sentencia y todos los incidentes que se planteen a propósito, incluido el derecho a la ejecución del fallo conforme a lo decidido<sup>124</sup>.
- (ii) Por violar los *derechos a la defensa y al debido proceso* pues la desjudicialización del cobro ejecutivo y la prohibición de impugnación de la intimación, suprimió y vació de contenido las garantías judiciales para ser oído y hacer valer pretensiones legítimas frente a un juez contencioso tributario como juez natural y operador independiente e imparcial establecido con anterioridad<sup>125</sup>, con el objeto de controlar la legalidad del título ejecutivo y el cumplimiento de la cosa juzgada de la sentencia ejecutoriada.
- (iii) Por vulnerar el *derecho al control externo de los actos de la administración pública*, pues la desjudicialización del cobro

<sup>124</sup> Artículo 26 de la Constitución. Ver sentencia de la Sala Político-Administrativa "...la tutela judicial efectiva, que lleva implícito otros derechos que la caracterizan, interpretada de una manera uniforme y pacífica tanto por doctrina como jurisprudencia, como el derecho a obtener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho a la tutela judicial cautelar y el derecho a la ejecución del fallo". Al negarse la ejecución de una decisión de cualquier Tribunal de la República, o al pretender ejecutar una decisión judicial sin atender a los preceptos que al efecto impone el ordenamiento jurídico, se está con ello contrariando un derecho de rango constitucional, el cual es, sin duda alguna, el mencionado derecho a la tutela judicial efectiva": Sentencia No. 1671 del 18 de julio de 2000, Caso *Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (Cantv) vs. Inspectoría del Trabajo del Municipio Libertador*; consultada en: [historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01671-180700-16491.HTM](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01671-180700-16491.HTM)

<sup>125</sup> Artículo 49, numerales 2, y 3 y 4 de la Constitución.

ejecutivo y la prohibición de impugnación de la intimación bloqueó la competencia judicial contencioso administrativa para anular y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa en pretendido cobro ejecutivo<sup>126</sup>.

- (iv) Por ser *regresiva* de los derechos humanos del contribuyente pues la desjudicialización del cobro ejecutivo y la prohibición de impugnación de la intimación son un retroceso institucional que disminuye las posibilidades de la efectiva tutela de los derechos del sujeto pasivo de la imposición, en comparación con las que ya existían desde los COT 82 y 94, ya que el cobro ejecutivo administrativo no persigue una finalidad constitucional imperiosa, ni es adecuado ni necesario a la tutela efectiva y tampoco promueve ningún otro derecho constitucional<sup>127</sup>, ni siquiera fines legítimos.
- (v) Por ser *discriminatoria* pues la desjudicialización del cobro ejecutivo de créditos tributarios restringe desigualmente a esta

<sup>126</sup> Artículo 259 de la Constitución.

<sup>127</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Colombia ha desarrollado un *test* estricto de proporcionalidad si se llega a comprobar que la medida adoptada por el legislador es efectivamente regresiva de derechos humanos. “...Es por ello que se requiere que el Legislador demuestre que, con la medida restrictiva, persigue <una finalidad constitucionalmente imperiosa>, que es <adecuada y necesaria> y que es <estrictamente proporcional en términos costo beneficio>. También ha considerado, como criterio para determinar la justificación, que la medida regresiva haya sido adoptada <luego de un análisis serio de las distintas alternativas posibles dentro de las cuales la escogida resulta ser la menos costosa para el conjunto de derechos que se encuentren involucrados>, siempre que esté soportada en “razones ciertas, claras, suficientes y contundentes.> O también que las medidas regresivas <fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia> bajo la premisa de que <no es necesario que la restricción promueva todos los derechos [del PIDESC].> Igualmente, la Corte ha considerado que las medidas regresivas <no se encuentran justificadas cuando en el trámite legislativo no fueron discutidas las razones por las cuales la medida regresiva era necesaria, o cuando no fueron estudiadas otras alternativas menos lesivas, porque por ejemplo, no <<existen reportes sobre la existencia de un debate, en el curso del trámite legislativo de[la disposición demandada]>> o no <<existan datos precisos sobre la real afectación [del contenido del derecho en cuestión].>> O debido a que <<no se vislumbra que la medida promueva la realización de otros derechos fundamentales>> y que la misma <<no fue acompañada de ninguna justificación de porqué (sic) una medida menos lesiva no podía emplearse para el propósito de descongestión judicial.>>”. C-503-14 Corte Constitucional de Colombia.

categoría de obligaciones, sin razón objetiva, mientras que el ordenamiento procesal mantiene las garantías del juicio ejecutivo fiscal, para cualquier otra acreencia pecuniaria de las administraciones públicas contra particulares, a pesar de la identidad de razón, con una regulación equilibrada, racional y eficiente, tal como el previsto en el CPC (artículos 653 al 659).

- (vi) Por ser *ineficiente* pues la desjudicialización del cobro ejecutivo abulta las tareas de la administración tributaria, distrayéndola de sus cometidos fundamentales para que se ocupe de asuntos para los cuales ya existen órganos especializados en el seno del poder judicial, con dilatada experiencia<sup>128</sup>. Además, la desjudicialización es innecesarias y completamente injustificada porque nunca tuvo dificultades la administración tributaria para ejecutar forzosamente sus actos y obtener la satisfacción oportuna y completa de sus acreencias. La nueva regulación es un motivo para fomentar la arbitrariedad, el uso extorsivo de las potestades tributarias y la corrupción administrativa. “...Este es uno de los casos paradigmáticos donde debió aplicarse con todo rigor la reglas de que <<aquello que funciona bien no debe cambiarse>>”<sup>129</sup>.

Estos imperativos son más acuciantes en un Estado que se autoproclama como de Derecho y de Justicia que exige con mayor razón que un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad, sea quien controle el proceso de ejecución, además en cumplimiento de principios procesales como inmediación, concentración y celeridad, así como equidad procesal e igualdad de armas.

En un Estado de derecho cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio solo colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado<sup>130</sup>. La ejecución de sentencias es función constitucional propia del poder judicial e implica y le corresponde el control externo o de legalidad de

<sup>128</sup> Cfr. Luis Fraga Pittaluga, *La defensa del contribuyente*, Serie Estudios No. 130 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, p. 738.

<sup>129</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>130</sup> Artículo 136 de la Constitución.

todos los actos del poder público. Ese control comprende en la Constitución vigente (dada su supremacía y carácter directamente vinculante) un control de constitucionalidad y también un control de convencionalidad, dado su carácter *pro persona* que privilegia la protección de los derechos humanos.

La separación de poderes es una garantía de la libertad del ciudadano. En ningún caso la colaboración entre poderes implica ni supone una desnaturalización de la función propia que incumbe a cada rama del poder Público. Ello en su caso supondrá una conculcación del orden constitucional y una violación de la libertad individual.

Además, el control externo es necesario incluso en el *iter* de ejecución, que como tal es otra etapa del proceso. Ello convierte a la desjudicialización y la inimpugnabilidad de la llamada intimación del crédito fiscal según el COT 2020 en una frontal antinomia con varios preceptos de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos que regulan de manera distinta e incompatible la misma situación.

Particularmente, la prohibición de impugnar la intimación del cobro ejecutivo, debe ceder frente a la *lex superior*, a las disposiciones constitucionales y a su garantista, legitimador y democrático control externo de la autoridad, porque siempre el ejercicio del Poder Público puede acarrear abuso o desviación de poder e implicar violación de la Constitución o de la ley cuyo control debe recaer sobre los jueces y su potestad de administrar justicia, porque corresponde a los órganos del Poder Judicial que emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley el control inmanente a la separación de los órganos del poder público.

De modo que, la jurisdicción es irrenunciable, inalienable e intransferible, no puede perderse sobrevenidamente. La potestad de administrar justicia corresponde a los órganos del Poder Judicial, lo que implica la competencia para (i) conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, (ii) ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias y (iii) el deber de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia y la obligación de asegurar la integridad de la Constitución y en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, están obligados a aplicar las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

## 6. LA INCONVENCIONALIDAD DE LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL JUICIO DE COBRO EJECUTIVO

El derecho al acceso a la justicia forma parte de las normas inviolables e inderogables del Derecho internacional (*ius cogens*<sup>131</sup>). Lo mismo puede predicarse en el orden interno en función de proteger esa meta garantía del acceso a la justicia como un auténtico de derecho a tener derechos, una garantía transversal, instrumental e institucional. En efecto, en la democracia constitucional sustraerse del Derecho internacional de los derechos humanos o restringir el derecho a la tutela judicial no es algo que los Estados puedan hacer libre y legítimamente, al formar parte de la esfera de lo indecible, y en consecuencia estar protegido por el principio de inderogabilidad de los derechos humanos y por la cláusula de intangibilidad, que inmuniza contra todo desconocimiento o reforma<sup>132</sup>.

La Corte Interamericana en el caso *Goiburú* señaló que: **“El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los estados de adoptar medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros estados que lo hagan o procuren hacerlo”**<sup>133</sup>.

El control de legalidad o control de externo de los actos administrativos o la posibilidad impugnar todos los actos que afecten derechos e intereses de los contribuyentes, no solo es un derecho **fundamental en nuestro derecho interno**, es también una *garantía convencional*.

<sup>131</sup> La evolución del *ius cogens* (derecho imperativo previsto en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969).

<sup>132</sup> Cfr: Eduardo Meier García, “El inconstitucional e inconvenicional retiro de Venezuela de la OEA”, en *Revista Faculdade de Direito* No. 71, jul./dez., UFMG, Belo Horizonte, 2011, p. 107.

<sup>133</sup> Corte IDH. *Caso Goiburú y otros contra Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131. Ver: Eduardo Meier García, “El antinómico <<derecho de denuncia>> y la meta garantía de acceso a la justicia internacional”, *Libro Homenaje al Doctor Pedro Nikken* Tomo I Coordinadores: Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 605.

- (i) Que reconoce que el debido proceso aplica incluso en los procedimientos tributarios administrativos y judiciales, esto es, del derecho de acceder a la justicia, de ocurrir ante los Tribunales de Justicia, o lo que es lo mismo que no se prive a nadie arbitrariamente, ni siquiera normativamente, de la adecuada y oportuna tutela de sus derechos. Incluso, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Así lo consagra el artículo 8 de la Convención Americana. **(Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso).**
- (ii) Que el Poder Judicial debe ejercer un **“control de convencionalidad” *ex officio*** entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>134</sup>.

## 7. LA JURISDICCIÓN ES IRRENUNCIABLE, INALIENABLE E INTRANSFERIBLE

### A. No hay tal pérdida sobrevenida de la jurisdicción contencioso-tributaria

Vengo comentando que la Sala Político Administrativa mantiene una línea de jurisprudencia que justifica que, con la desjudicialización del cobro ejecutivo de créditos fiscales, deriva consecuentemente la imposibilidad de los Jueces Contenciosos Tributarios de conocer y resolver

<sup>134</sup> Corte IDH sentencia de 30 de agosto de 2010, caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

las demandas de ejecución de créditos tributarios, en virtud de **“haber perdido sobrevenidamente [su] jurisdicción”** para tal fin, dada la derogatoria de las normas que les permitían decretar embargos ejecutivos y resolver las incidencias en dichos procedimientos. La Sala Político-Administrativa entiende que la competencia para iniciar e impulsar el “Cobro Ejecutivo” y todas sus incidencias corresponde a la administración tributaria. Esto lo señaló interpretando la disposición del COT de 2014 en su artículo 346 que **los “(...) juicios ejecutivos que estuvieren pendientes para la fecha de [su] entrada en vigencia (...), en los Tribunales Superiores Contencioso Tributarios, serán remitidos a la Administración Tributaria, para su conclusión definitiva”**<sup>135</sup> Esta es una línea de jurisprudencia que los tribunales tributarios entienden para desentenderse del control externo de la legalidad de los actos de ejecución de créditos tributarios de la administración, esto es, justificar **“perder la jurisdicción”** no solo de actos que violen el perímetro de la cosa juzgada recaída sobre los actos de liquidación firmes que constituyen título ejecutivo, sino de cualquier asunto vinculado a la ejecución como si fuera un ámbito de actuación inmune (e impune) a la acción administrativa, vedado a cualquier control sobre la legalidad de su ejecución.

En puridad de conceptos es incorrecto predicar una **“pérdida de la jurisdicción”**. Esta pretendida solución judicial no tiene base constitucional ni procesal. La jurisdicción es improrrogable y en particular la

---

<sup>135</sup> “...Con fundamento en lo anterior, estima esta Superioridad que al conferirse a la Administración Tributaria la competencia para iniciar e impulsar el “Cobro Ejecutivo” y todas sus incidencias, deriva consecuentemente la imposibilidad de los Jueces Contenciosos Tributarios de conocer y resolver las demandas de ejecución de créditos fiscales, en virtud de haber perdido sobrevenidamente la jurisdicción para tal fin, dada la derogatoria de las normas que les permitían decretar embargos ejecutivos y resolver las incidencias en dichos procedimientos; además, el Texto Orgánico Tributario de 2014 estableció en su artículo 346 que los “(...) juicios ejecutivos que estuvieren pendientes para la fecha de [su] entrada en vigencia (...), en los Tribunales Superiores Contencioso Tributarios, serán remitidos a la Administración Tributaria, para su conclusión definitiva”, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 09 de mayo 2017, consultada en: <https://accesoaljusticia.org/wp-content/uploads/2017/05/SPA-N%C2%BA-487-09-05-2017.pdf> Ver sentencia citada, (agregado de este fallo). (Vid., sentencias de esta Sala Político-Administrativa Nos. 00253 de fechas 14 de mayo de 2015, caso: *Aeropostal Alas de Venezuela, C.A.*, y 00675 del 10 de junio de 2015, caso: *Sucesión de María Concepción Gulias Barreiro*).

jurisdicción contencioso-administrativa es obligatoria debido a su plenitud y alcance reparador de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la administración<sup>136</sup>. Sencillamente la jurisdicción (la función judicial) es irrenunciable, inalienable e intransferible.

Esta patológica situación procesal la ejemplifica patéticamente la decisión del Juzgado Superior Contencioso Tributario de la Región Zulia, en sentencia de fecha 7 de junio de 2023, en la cual, justificó que había **“perdido sobrevenidamente [su] jurisdicción”** en esa causa, señalando que la administración tributaria municipal se encontraba habilitada para ejecutar forzosamente la sentencia proferida por ese tribunal y confirmada por la Sala Político Administrativa conforme al procedimiento de cobro ejecutivo previsto en el artículo 226 del Código Orgánico Tributario, citando el precedente de la Sala Político Administrativa No. 543, de fecha 14 de mayo de 2015<sup>137</sup>.

Esta decisión fue emitida después de que la intimación fue objetada por el contribuyente porque la nueva liquidación que emitió la administración municipal se desvió fraudulentamente de lo decidido en la sentencia firme que confirmó parcialmente un reparo en materia de impuesto municipal sobre actividades económicas. La nueva liquidación, en pretendida ejecución de la sentencia, (i) innovó dolarizando el principal de la obligación firme, (ii) determinó sobre base dolarizada una multa nunca discutida en sede administrativa ni judicial y (iii) determinó intereses de mora sobre el principal dolarizado aplicando la tasa de interés de mora del bolívar según el COT de 2020 para las obligaciones tributarias que es 1.2 veces la tasa activa interbancaria fijada por el

<sup>136</sup> Artículo 259. La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

<sup>137</sup> Sentencia de la Sala Político-Administrativa de 12 de mayo de 2015, caso *Aeropostal Alas de Venezuela, C.A.*, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/177314-00543-14515-2015-2012-0187.HTML>; también sentencia de fecha 11 de octubre de 2017, caso *Carbones del Guasare*, consultada en: [historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML)

BCV. Se trató de algo a todas luces fuera de lo decidido, aumentando en 7 mil veces el monto histórico que quedó firme según la sentencia definitiva y ejecutoriada<sup>138</sup>.

No obstante, la fase de ejecución, el tribunal entró a controlar la legalidad y constitucionalidad de la nueva liquidación, al serle solicitada la apertura de una incidencia de ejecución en fase de cumplimiento voluntario, denunciando lo relativo a su desviación de la cosa juzgada.

Insólitamente el Tribunal Superior Contencioso Tributario del Zulia justificó la juridicidad de la pretendida ejecución de créditos tributarios ejecutoriados en los que Municipio pretendió nuevas liquidaciones con corrección monetaria de la cuota a pagar dolarizadas)<sup>139</sup>, la aplicación

<sup>138</sup> Artículo 273 del CPC.

<sup>139</sup> Dijo el Juzgado Zuliano: “Analizado lo anterior, vistos los principios del Estado Social de Derecho y de Justicia, previamente explanados, considera indispensable este juzgador, realizar las siguientes consideraciones respecto a la necesidad de indexación o corrección monetaria de los montos por concepto de impuestos omitidos o no enterados oportunamente a la Administración Tributaria, establecidos en los Reparos Fiscales, lo cual a todas luces representa un desconocimiento al contenido de los artículos 133 y 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cual preceptúan: <<Artículo 133. Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley>>. <<Artículo 316. El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos.>>. Ello así, este Tribunal considera, realizando una aplicación *mutatis mutandi* del criterio expresado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 14 de mayo de 2014, Exp. N°:14-0218, y sin que esto resulte en incongruencia, que el hecho de que no exista un dispositivo legal que ordene expresamente la indexación y corrección monetaria sobre conceptos derivados de una relación jurídico-tributaria, no puede ser justificación para no aplicarse la misma al monto de los reparos impuestos a los contribuyentes, únicamente respecto a tributos dejados de pagar, en el entendido que los tributos omitidos o adeudados constituyen una verdadera obligación, en este caso de carácter tributario, siendo que todas las obligaciones están sujetas a indexación; tal ajuste o indexación no constituye en opinión de quien decide violación alguna del principio de legalidad tributaria, por cuanto no se está creando un tributo, solo se está haciendo justicia al ajustar su valor de compra; siendo de notar además que pareciera que la parte actora confunde los términos establecidos en la normativa aplicable para la determinación de la base imponible de la obligación principal, pues no existe como ella menciona una dolarización de la obligación tributaria, sino que para la determinación de la base imponible es necesario indicar la cantidad correspondiente a los ingresos percibidos en moneda extranjera, en este caso en Dólares Americanos, <<...su conversión en moneda nacional, de acuerdo a lo previsto en los Convenios Cambiarios dictados por el Banco Central de Venezuela, o en

de sanciones no sustanciadas en vía administrativa<sup>140</sup>, el cálculo de sanciones dolarizadas y aplicación de intereses moratorios en bolívares sobre sumas dolarizadas<sup>141</sup>. Reconoció que la dolarización no tiene base legal<sup>142</sup>, pero la justificó por razones de “**justicia social**”. Reconoció

---

su defecto el tipo de cambio aplicable para el pago de los impuestos y tasas arancelarias e importaciones, o el establecido en cualquier normativa que regule la materia cambiaria en divisas, no obstante, cuando las tasas de cambio sean diferentes en los caso planteados, se aplicara el tipo de cambio resultante más elevado en beneficio del Municipio,...>> para luego aplicarle la alícuota confirmada del quince por ciento (15%) según el clasificador de actividades económicas previsto en la referida de la ordenanza, lo cual arroja la obligación tributaria principal convertida en Bolívares. Así se declara”. <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2023/MAYO/792-11-1963-18-083-2023.HTML>

<sup>140</sup> “Con respecto a la objeción de las multas e intereses moratorios, por no haber sido objeto de la decisión proferida por este Tribunal y confirmada por la máxima instancia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, este Tribunal considera que ciertamente a lo señalado por la parte solicitante las mismas no fueron debatidas en la sentencia de mérito por lo que resulta dicha ejecución fuera del alcance de las mencionadas sentencias; no obstante a ello, se debe aclarar que si bien la obligación principal resulta el objeto de la ejecución es esta fase procesal, no es menos cierto que lo mismo no limita el actuar del Municipio de emitir las planillas de liquidación por concepto de multas o intereses moratorios pues al quedar confirmada la obligación tributaria principal nace para ella la facultad o potestad tributaria para perseguir las obligaciones tributarias accesorias, pudiendo el Municipio instar a cualquier procedimiento de cobro a este respecto. Así se declara.

<sup>141</sup> “Por lo declarado con respecto a las multas e intereses moratorios exhortando a la alcaldía del Municipio la Cañada a ser más benevolente y ajustarla a término medio, se aclara que el tribunal fue preciso y claro en su fundamentación al señalar que aun cuando dicho punto no fue controvertido en la sentencia, que lo mismo no escapaba de la posibilidad del actuar del municipio, a través de su potestad y facultades tributarias, para liquidar multas e intereses moratorios pues la obligación principal había quedado confirmada por este Tribunal y nuestra máxima autoridad, por lo que exhorto del verbo instar, mas no puede este Tribunal limitar las facultades constitucionales que le erigen al municipio sobre su Potestad Tributaria para la emisión de nuevas planillas y a adaptar las multas e intereses a un término más benevolente. Así se declara”. Consultada en: <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2023/MAYO/792-18-1963-18-089-2023.HTML>

<sup>142</sup> Sobre la improcedencia de la corrección monetaria de la obligación tributaria y accesorios, la doctrina considera semejante práctica una violación de la legalidad tributaria, del derecho contribuir conforme a la capacidad contributiva efectiva y una falsa aplicación de las normas de los artículos 140 y 259 de la Constitución y 335 del Código Orgánico Tributario, ver Juan Esteban Korody Tagliaferro, ¿Puede el juez contencioso tributario actualizar (indexar) las obligaciones tributarias debidas por los contribuyentes?, en *Contribuciones a la construcción del Derecho Procesal Tributario en Venezuela*, Homenaje al profesor Alberto Blanco-Urbe, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2021, p. 213. También sentencia Sala Político Administrativa de Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de agosto de 2023, caso *Alcaldías de los municipios José Gregorio Monagas y*

que tampoco el Municipio impuso la multa en sede administrativa, ni se discutió en sede judicial y que, a pesar de las garantías del derecho sancionador, señaló que la multa es un accesorio del impuesto y finalmente justificó aplicar intereses de mora a la tasa del bolívar a las sumas dolarizadas de impuesto considerando que el tribunal no podía interferir la potestad tributaria del municipio.

En todo caso, lo importante es que el Tribunal tuvo que ejercer su jurisdicción no solo en garantía del control externo de todos los actos del poder público, sino también en acatamiento de la doctrina jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa en Sentencia No. 1671 el 18 de julio de 2000, Caso *Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV) vs Inspectoría del Trabajo del Municipio Libertador*<sup>143</sup>, que prohíbe la alteración del fallo mediante ejecuciones fraudulentas y simuladas en violación de la efectividad de la tutela judicial y la seguridad jurídica.

Lo denunciado fue lo suficientemente grave para que el juez como garante de la Constitución entrara a conocer y controlar directamente la infracción de la cosa juzgada, no como un asunto nuevo al caso, sino en garantía de la efectividad de lo decidido, pues como fue denunciado la Administración tributaria innovó respecto de lo decidido con máxima lesión de derechos fundamentales sustanciales y procesales del contribuyente. Lamentablemente la juez no suspendió la ejecución, justificó irrazonablemente los excesos de ejecución del Municipio y finalmente declaró que “perdió” su jurisdicción para desentenderse del control de la legalidad de los siguientes incidentes de ejecución planteados por la contribuyente.

Como afirmamos anteriormente, el principal efecto del proceso es la intangibilidad de la cosa juzgada: **“la sentencia firme es ley entre las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro”**<sup>144</sup>. En consecuencia, por principio es ilegal

---

*Fernando de Peñalver del Estado Anzoátegui vs Total Energy de Venezuela, B.V.*, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/328127-00772-10823-2023-2014-1326.HTML>. La Sala Político Administrativo en este caso decidió no legitimar algún ajuste monetario en razón de la extemporaneidad relativa a un ajuste de las obligaciones en base a la UT mediante ampliación de sentencia.

<sup>143</sup> Consultada en: [historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01671-180700-16491.HTM](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01671-180700-16491.HTM)

<sup>144</sup> Artículo 273 CPC.

y por lo tanto impugnabile todo acto administrativo de liquidación en ejecución de la sentencia firme que provea contra lo ejecutoriado, que la modifique de manera sustancial o que resuelva sobre puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en él<sup>145</sup>.

Precisamente porque el contribuyente afectado denunció un desacato a la cosa juzgada, esto es, una diferencia entre lo decidido por la sentencia firme y lo nuevamente liquidado por la administración, no podía ni puede ejecutarse el crédito porque la pretendida ejecución carece de un presupuesto esencial como es la falta de título ejecutivo.

Cualquier diferencia entre lo decidido judicialmente y lo que pretenda ejecutarse sin cobertura ejecutoriada no puede ser considerado un crédito líquido y exigible, ni configurar un título ejecutivo. Solo la sentencia firme atribuye ese efecto a lo decidido definitivamente. No puede haber ejecución sin título y la ejecución debe suspenderse hasta que se resuelva la legitimidad de la diferencia entre lo decidido y lo nuevamente liquidado. El juez natural de control de la ejecución es precisamente el que conoció de la causa en primera instancia<sup>146</sup>.

## **B. ¿Cómo puede defenderse el sujeto pasivo de la imposición frente a una pretendida ejecución de un crédito tributario que no tiene cobertura en el perímetro de la cosa juzgada de la sentencia ejecutoriada?**

### **a. La aplicación supletoria del CPC en materia de ejecución de sentencias y sus incidentes, incluido el juicio ejecutivo fiscal**

El COT de 2020 en sus artículos 307 y 308 se limita a señalar que la Administración tributaria ejecutará forzosamente la sentencia definitivamente firme vencido el lapso para el cumplimiento voluntario que le fije al obligado de cinco días continuos, cuando el recurso ejercido contra el acto que determinen tributos o que aplique sanciones, haya sido declarado sin lugar o parcialmente con lugar. La ejecución forzosa será según el procedimiento administrativo previsto en el COT 2020 en sus artículos 222 al 238.

<sup>145</sup> Siguiendo el principio del artículo 312 (3) del CPC.

<sup>146</sup> Artículo 523 del CPC.

Las normas de los artículos 307 y 308 proponen una ejecución impráctica o sin sentido del crédito tributario ejecutoriado. No toma en consideración la realidad práctica del típico desenlace de un caso definitivo en el que la determinación puede ser totalmente confirmada o parcial o totalmente anulada por el tribunal. En todo caso el monto definitivo debe ser típicamente recalculado según el alcance de la decisión de última instancia. Ese recálculo corresponde a la administración tributaria. Debe servir a la emisión de las nuevas planillas de liquidación para ser notificadas al sujeto pasivo para su cumplimiento voluntario en garantía de seguridad jurídica, respeto a la cosa juzgada y tutela judicial efectiva.

Lo funcional es que la administración tributaria recalculé la obligación tributaria y accesorios y los presente al cobro en nuevas liquidaciones que serán los títulos ejecutivos objeto de intimación. El tribunal debe poner la causa en estado de ejecución y con la notificación de esas nuevas planillas abrir el plazo de cumplimiento voluntario bajo apercibimiento de ejecución forzosa. Previamente el juez debe constatar la satisfacción de los presupuestos procesales generales a la ejecución forzosa que se satisfacen con la presentación del título ejecutivo.

Hemos sostenido y reivindicado que, en la práctica siempre y en todo caso está disponible el derecho del contribuyente a hacer oposición a la intimación del pago ante el tribunal tributario que conoció de la causa en primera instancia. Podrá en este sentido desde (i) probar la extinción del crédito fiscal por pago o cualquier otro medio de cumplimiento de la obligación tributaria, (ii) alegar la prescripción de la acción de ejecución del crédito fiscal, (iii) la inexistencia del título ejecutivo y hasta (iv) la desviación de la nueva liquidación administrativa de la cosa juzgada judicial, así como cualquier acto que en la ejecución administrativa menoscabe los derechos del sujeto pasivo.

Esta oposición podrá tramitarse sea (i) invocando la apertura de una incidencia de ejecución por aplicación supletoria de los 607 del y 249 del CPC, el primero para atender el reclamo de una providencia necesaria para dilucidar las denuncias sobre la inexigibilidad del crédito tributario y las presuntas desviaciones del perímetro de la sentencia firme y el segundo que permite al juez asistirse de peritos para la determinación de cantidades pendientes determinación en la sentencia

firme<sup>147</sup> o (ii) sea invocando la aplicación del procedimiento para la ejecución de créditos fiscales previsto en el CPC (artículos 653 y siguientes) en garantía de la tutela judicial efectiva para que el juez compruebe (a) que el pretendido título ejecutivo cumple o no los requisitos correspondientes a un pretendido título ejecutivo y (b) que el pretendido crédito tributario es o no exigible.

### **b. El amparo constitucional**

Siempre el afectado podrá solicitar también la suspensión de la ejecución de la parte del crédito tributario que no sea exigible por no corresponderse con lo decidido con carácter definitivo, incluido la suspensión cautelar de la ejecución y cualquiera de sus trámites por la parte que se desvió de la cosa juzgada.

Vista la prohibición legal de impugnación de la intimación por los medios previstos en el COT 2020 *ex* artículo 225, entonces el amparo constitucional se revela como la vía procesal más idónea para restablecer la situación jurídica infringida acorde con la protección constitucional de los derechos del contribuyente afectado en su tutela judicial efectiva, el debido proceso y seguridad jurídica

De esta forma el tribunal deberá y podrá restablecer la situación constitucional infringida por el título cuya ejecución se pretende e incluso atender la suspensión de la ejecución del crédito o de la parte de este que no sea exigible mientras se conoce de la legalidad de la diferencia respecto de la liquidación firme objeto de pretendida ejecución forzosa. El tribunal nunca puede desentenderse del control externo de los actos de ejecución de sentencias firmes y mucho menos cuando se denuncian violación de la cosa juzgada de la sentencia firme. Esa es una función esencialmente jurisdiccional de hacer ejecutar lo decidido, pero también para asegurar el respeto de la cosa juzgada, la seguridad jurídica, cuando se considera que implica violación de derechos fundamentales como la legalidad tributaria y el derecho a la defensa. Lo más

---

<sup>147</sup> Así sucedió en el caso *Weatherford Latinoamericana, SCA vs. Municipio la Cañada de Urdaneta del Estado Zulia*, sentencia del Tribunal Superior Contencioso Tributario de la Región Zuliana <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2023/MAYO/792-11-1963-18-083-2023.HTML>

importante que solo puede ejecutarse el crédito fiscal que es ciertamente firme y por lo tanto exigible.

Por supuesto, somos de la opinión que, la pretendida confiscación por el Ejecutivo como legislador delegado y de la llamada Asamblea Nacional Constituyente, de la ejecución de las sentencias judiciales, es en sí misma inconstitucional e inconveniente por violación de (i) derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, (ii) del derecho a la defensa y del debido proceso y (iii) el derecho al control externo de los actos de la administración pública.

Es más, en relación a la prohibición de impugnación de la intimación de la liquidación no cumplida voluntariamente, la Sala Constitucional ha señalado que los jueces no puede renunciar **“al principio de universalidad del control de los actos del Poder Público”** por parte de la función jurisdiccional que, a su vez, se traduce en un detrimento del derecho a defensa y a la tutela judicial efectiva... porque siempre **“...pueden presentarse elementos de inmotivación o de falso supuesto, de arbitrariedad o desproporcionalidad, condicionamiento de la negativa a cambio de otros actos del contribuyente que, en su totalidad, pueden englobar una serie de posibilidades que ameritarían el control de los tribunales de la República, sin que obstaculice su función por estar comprendido el ejercicio de una potestad discrecional cuyo margen libertario de actuación no es óbice para evitar su análisis mediante el ejercicio de los recursos administrativos y las garantías judiciales”**<sup>148</sup>.

*“...implementar normativamente una disposición nugatoria del control de ciertos actos de la función jurisdiccional, no solo comprende una contravención a la tutela judicial sobre los actos del Poder Público, como lo advirtió la sentencia 1.815/2004; también implica un atentado contra el derecho a la defensa, en su acepción de acceso a la justicia, y a la tutela judicial efectiva de los administrados, en el sentido dispuesto en la sentencia núm. 1343 del 16 de*

<sup>148</sup> Sentencia N°1250 del 7 de octubre de 2014 “...que ordena la nulidad parcial de la primera oración del tercer párrafo del artículo 46 del Código Orgánico Tributario de 2001 que prohibió”. Consultado en: [historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/169392-1250-71014-2014-11-0410.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/169392-1250-71014-2014-11-0410.HTML)

*octubre de 2013 (caso: Parmerio Sotero Zambrano), que ratificó el sentido y alcance del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el marco de las garantías condicionantes de todos los procedimientos administrativos”.*

## CONCLUSIONES

1. La ejecución administrativa de sentencias firmes en el contencioso tributario y la prohibición de impugnación de la intimación correspondiente, constituyen privilegios injustificados que desnaturalizan la función ejecutiva del crédito tributario firme.
2. La desjudicialización del cobro ejecutivo del crédito tributario firme es inconstitucional, pues esa función corresponde a la jurisdicción quien tiene la competencia exclusiva tanto para decidir como para ejecutar lo juzgado (artículo 252). También infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y del debido proceso, derecho al control externo de los actos de la administración pública, que corresponde a la jurisdicción contencioso-tributaria; es también regresiva, discriminatoria, desproporcionada e ineficiente.
3. La desjudicialización del cobro ejecutivo del crédito tributario firme es también inconvencional por violación del artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos
4. Pese a la pretendida desjudicialización en comento, el juez tributario mantiene el control de la legalidad de los actos de ejecución administrativo del crédito tributario firme por sentencia judicial, con facultades de suspensión de la ejecución administrativa y de anulación total o parcial del acto de liquidación firme del crédito tributario y sus accesorios objeto de ejecución en todo lo que signifique una desviación de la cosa juzgada judicial, así como en todo lo relativo al control de proporcionalidad y razonabilidad de la actividad administrativa en la ejecución del crédito tributario.
5. Frente al secuestro del control judicial de la ejecución de sentencias firmes en el contencioso tributario y la prohibición de impugnación de la intimación, sólo quedan los remedios de la

justicia constitucional, la obligación del juez de la primera instancia de asegurar la integridad de la Constitución en caso de incompatibilidad entre la Constitución y el COT:

- (i) la aplicación preferente de las disposiciones constitucionales mediante la desaplicación al caso concreto de las normas sobre ejecución administrativa del crédito tributario firme por sentencias judicial y
  - (ii) asumir directamente la ejecución forzosa, siguiendo para ello en esa fase, las normas pertinentes del CPC sobre ejecución de sentencia e incidencias de la ejecución de sentencias, incluso invocar la aplicación analógica del procedimiento de ejecución de créditos fiscales allí previsto por ser el más idóneo por identidad de razón, con el fin de asegurar la integridad de la Constitución por incompatibilidad entre esta y el COT 2020.
6. La prohibición de impugnación del llamado acto de intimación del crédito tributario es inconstitucional porque todo acto de la administración es susceptible de control judicial.

## BIBLIOGRAFÍA

ABACHE CARVAJAL, Serviliano, *La atipicidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso contencioso tributario*, Colección Estudios Jurídicos No. 93, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

\_\_\_\_\_, “¿Hacia el reinado de la autotutela administrativa? Análisis crítico del cobro ejecutivo en el Código Orgánico Tributario de 2014”, en *Revista de Derecho Tributario* No. 154, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017 .

\_\_\_\_\_, “La solución determinativa tributaria. Naturaleza jurídica en cuatro argumentos”, en *El mito de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la tutela judicial en el contencioso tributario*, (Coordinadores: Laura Louza y Serviliano Abache Carvajal), Colección Estudios Jurídicos, No. 113, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.

- ALONSO MURILLO, Felipe, *La ejecución de sentencias contencioso administrativas firmes en materia tributaria: aspectos conflictivos*, Aranzadi, Pamplona, 2020.
- AYALA CORAO, Carlos, *Hacia una justicia constitucional internacional de los Derechos Humanos (la internacionalización de las constituciones y la constitucionalización de los tratados)*, Tirant Lo Blanch, México DF, 2024.
- BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra Editores, Segunda Edición, Lima, 2010.
- BALZAN, José A., *De la ejecución de la sentencia, De los juicios ejecutivos, De los procedimientos especiales contenciosos*, Mobil Libros, Caracas, 1990.
- BLANCO URIBE QUINTERO, Alberto, “Juicio ejecutivo o enrevesamiento jurídico. Violación sistemática de derechos humanos”, en *Derecho Procesal Tributario vivo*, Serie Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.
- , “Desjudicialización del proceso tributario”, en *Derecho Procesal Tributario vivo*, Serie Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.
- BREWER CARÍAS, Allan Randolph, “Sobre la no exigibilidad de tributos que se encuentran en proceso de impugnación administrativa o judicial” en *Allan Brewer Carías tributarista: sus aportaciones al derecho tributario venezolano*, Humberto Romero-Muci (editor), Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023.
- CEBADA ROMERO, Alicia. “Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 4, junio, 2002, consultada en: [www.reei.org](http://www.reei.org)
- FRAGA PITTALUGA, Luis J., *La defensa del contribuyente*, Serie Estudios No. 130 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

- \_\_\_\_\_, “La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso tributario”, en *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, No. 5, Caracas, 2004.
- GANDARILLAS MARTOS, Santos, *La ejecución de sentencias y resoluciones en el derecho tributario*, (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2021 (mimeo).
- KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban, ¿Puede el juez contencioso tributario actualizar (indexar) las obligaciones tributarias debidas por los contribuyentes?, en *Contribuciones a la construcción del Derecho Procesal Tributario en Venezuela*, Homenaje al profesor Alberto Blanco-Urbe, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2021.
- MEIER GARCÍA, Eduardo, “El antinómico <derecho de denuncia> y la meta garantía de acceso a la justicia internacional”, en *Libro Homenaje al Doctor Pedro Nikken* Tomo I Coordinadores: Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.
- \_\_\_\_\_, “Aproximación a la Teoría Analítica del Derecho Tributario”, en *Libro homenaje a Humberto Romero Muci*, (Rafael Badell Madrid, et. al., editores), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2023.
- \_\_\_\_\_, “El inconstitucional e inconveniente retiro de Venezuela de la OEA”, en *Revista Facultade de Direito* No. 71, jul./dez., UFMG, Belo Horizonte, 2011.
- PEREZ DE VEGA, Leonor, *La iniciación del procedimiento de apremio de las deudas tributarias*, Editorial Ex Nova, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- PÉREZ TORRES, Eusebio y SÁNCHEZ CASCADO, Elisa de la Nuez, *Revisión de actos y solución de conflictos tributarios*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000.
- RIBES RIBES, Aurora, *La tutela judicial efectiva en el ámbito tributario*, Aranzadi, Pamplona, 2020.
- RIVERA MORALES, Rodrigo, “El proceso ejecutivo fiscal”, en *Revista Tributum*, No. XIX, Universidad Católica del Táchira, Enero-Diciembre 2010, San Cristóbal, 2010.

- ROMERO-MUCI, Humberto, “(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social”, en *Memorias de las XVIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2019.
- , “Lesión del derecho humano al mínimo vital por la subestimación del ajuste de la Unidad Tributaria en el impuesto sobre la renta”, en *Anuario Venezolano de Derechos Humanos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2023.
- , *Prólogo al libro del Dr. Juan Cristóbal Carmona Borjas, Distopía parafiscal del siglo XXI*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023.
- , “Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias”, en *Libro homenaje a la profesora Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021; y en *Derecho y Sociedad* No 21, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, Caracas, 2021.
- , “El Petro venezolano: Reflexiones sobre una falacia monetaria y pretendida unidad de cuenta”, Trabajo y discurso de incorporación en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, Octubre de 2023, en *Revista de Derecho Público*, No. 175 y 176, julio diciembre de 2023, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas
- ROGER CASTRO, Iris, *La ejecución del crédito tributario y el derecho de prelación de cobro de la administración tributaria*, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2017.
- TORREALBA SANCHEZ, Miguel A., “Comentarios sobre el nuevo juicio ejecutivo establecido en la Reforma Parcial del Decreto-Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat”, en *Revista de Derecho Público* N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.
- WEFFE HERNÁNDEZ, Carlos, “De la naturaleza del acto determinativo tributario. <Nuevas> reflexiones sobre viejos problemas”, en *El mito de la presunción de legitimidad del acto administrativo*

*y la tutela judicial en el contencioso tributario*, (Coordinadores: Laura Louza y Serviliano Abache Carvajal), Colección Estudios Jurídicos, No. 113, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.

### **Sentencias**

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 14 de diciembre de 1999, caso *Justo Páez Pumar et. al. en acción de nulidad del párrafo único del artículo 59 del Código Orgánico Tributario de 1994*, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/816-260700-00-0856.HTM>

Sentencia de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia N° 301/2007 de fecha 27 de febrero de 2007, caso *Adriana Vigilancia y Carlos Vecchio en acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la norma de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto n° 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, publicado en la Gaceta Oficial n° 5.390 Extraordinario, de 22 de octubre de 1999*, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>

Sentencia N°1250 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 7 de octubre de 2014 “...*que ordena la nulidad parcial de la primera oración del tercer párrafo del artículo 46 del Código Orgánico Tributario de 2001*” [historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/169392-1250-71014-2014-11-0410.HTML](http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/169392-1250-71014-2014-11-0410.HTML)

Sentencia No 0696 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 7 de junio de 2023, caso *Weatherford Latinoamérica, SCA en acción de inconstitucional contra la reforma de la ordenanza sobre actividades económicas de industria comercio o servicio e índole similar del Municipio La Cañada de Urdaneta del Estado Zulia*, consultada <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/325967-0696-9623-2023-18-0679.HTML>

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 8 de diciembre de 2022, caso *CARDÓN IV, S.A vs Municipio Carirubana del Estado Falcón*, en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/321659-1101-81222-2022-22-0987.HTML>

- Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No. 1671 el 18 de julio de 2000, Caso *Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (Cantv) vs. Inspectoría del Trabajo del Municipio Libertador*, consultada en: [historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01671-180700-16491.HTM](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01671-180700-16491.HTM)
- Sentencia Sala Político-Administrativa de Tribunal Supremo de Justicia de fecha 11 de marzo de 2008, caso PDVSA PETRÓLEO, S.A, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00317-12308-2008-2006-1106.HTML>
- Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 12 de mayo de 2015, caso *Aeropostal Alas de Venezuela, C.A.*, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/177314-00543-14515-2015-2012-0187.HTML>
- Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 11 de octubre de 2017, caso: *Carbones del Gua-sare*. Consultada en: [historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML); también,
- Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de abril de 2018, caso *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs. Francisco José Núñez Bravo*, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/209408-00405-11418-2018-2017-0929.HTML>
- Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 3 de Julio 2018, caso *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs Iván Crespo Figueroa*, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/212650-00759-4718-2018-2018-0110.HTML>
- Sentencia Sala Político-Administrativa de Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de agosto de 2023, caso *Alcaldías de los municipios José Gregorio Monagas y Fernando de Peñalver del Estado Anzoátegui vs Total Energy de Venezuela, B.V.*, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/328127-00772-10823-2023-2014-1326.HTML>
- Sentencia de la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de octubre de 2009, caso *Rafael Bastiadas Rodríguez vs Tracto Caribe, C.A.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC.00587-271009-2009-09310.HTML>

Sentencia del Juzgado Superior Contencioso Tributario de la Región Zuliana, fecha 11 de mayo de 2023, caso *Weatherford Latinoamericana, SCA vs Alcaldía Municipio La Cañada de Urdaneta*, consultado en: <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2023/MAYO/792-11-1963-18-083-2023.HTML>

Sentencia del Juzgado Superior Contencioso Tributario de la Región Zuliana, fecha 7 de junio de 2023, caso *Weatherford Latinoamericana, SCA vs Alcaldía Municipio La Cañada de Urdaneta*, consultado en: <http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/instituciones.asp?instituto=640&id=024&ano=2023>

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombiana C-503-14, consultada en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-503-14.htm#:~:text=C%2D503%2D14%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Correspondi%C3%B3%20a%20la%20Sala%20determinar,personas%20de%20la%20tercera%20edad>

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia del 30 de agosto de 2010, caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (el estado es responsable por violación de los derechos y garantías a la protección judicial en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), consultada en: [http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=338](http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338)

# ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y SU LIBERTAD DE EXPRESIÓN\*

CARLOS AYALA CORAO\*\*

## Sumario

Introducción. I. El principio de la independencia de los fiscales. II. Las garantías judiciales aplicables a los procesos disciplinarios contra los fiscales. 1. El principio de legalidad sancionatoria. 2. Las garantías del debido proceso. 3. Las demás garantías del debido proceso. 4. El requisito de la motivación de las sanciones. 5. El derecho a un recurso judicial efectivo. 6. Los estándares relativos al derecho a la defensa y el principio de congruencia. III. Los estándares internacionales de reparación de la violación a la independencia de los fiscales. IV. Los límites del Estado a las restricciones de la libertad de expresión de los fiscales. 1. Los posibles límites derivados del respeto a los derechos o la reputación de los demás. 2. Los límites derivados de la presunción de inocencia.

## INTRODUCCIÓN

Los fiscales del Ministerio Público forman parte del sistema de justicia. En este sentido, los fiscales son “*miembros esenciales de la administración de justicia*”<sup>1</sup> y operadores del sistema de justicia de los

---

\* El presente trabajo tuvo su origen en un peritaje solicitado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y rendido por el autor como experto internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante Corte IDH), en cumplimiento de la resolución adoptada por dicha Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*: Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*. Convocatoria a audiencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de marzo de 2022, punto resolutivo 2.B. y *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2022. Serie C No. 477, párr.19, nota 9.

\*\* Profesor Titular de Derecho Constitucional UCAB. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas. Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>1</sup> ONU. *Directrices sobre la función de los fiscales, adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. Cuba.

Estados, y, por lo tanto, deben gozar de las garantías judiciales esenciales de la justicia.

Los fiscales cumplen la función de dirigir la investigación de los hechos punibles (delitos), para comprobar los hechos e identificar los presuntos responsables, a fin de incoar cuando resulte procedente la acción penal en nombre del Estado, ante los tribunales competentes. En este sentido, los fiscales desempeñan un papel activo en el procedimiento penal, incluida la iniciación del procedimiento y, “*en la investigación de delitos, la supervisión de la legalidad de esas investigaciones, la supervisión de la ejecución de fallos judiciales y el ejercicio de otras funciones como representantes del interés público*”<sup>2</sup>. Esas funciones deben ser cumplidas por los fiscales “*con imparcialidad, firmeza y prontitud*”, debiendo “*respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal*”<sup>3</sup>.

## I. EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA DE LOS FISCALES

Los Estados deben garantizar que las investigaciones penales sean independientes y objetivas, lo cual requiere que dicha fase goce de independencia de jure y de facto, por lo que las exigencias del debido proceso previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo adelante también e indistintamente “Convención Americana”, “CADH” o simplemente “Convención”), así como los criterios de independencia y objetividad, se extienden también en lo pertinente a los órganos a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial<sup>4</sup>. En este sentido, los fiscales al desempeñar funciones

---

27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, párr. 3, disponible en: [https://www.unodc.org/documents/congress/Previous\\_Congresses/8th\\_Congress\\_1990/028\\_ACONF.144.28.Rev.1\\_Report\\_Eighth\\_United\\_Nations\\_Congress\\_on\\_the\\_Prevention\\_of\\_Crime\\_and\\_the\\_Treatment\\_of\\_Offenders\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/8th_Congress_1990/028_ACONF.144.28.Rev.1_Report_Eighth_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf) y en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/guidelines-role-prosecutors>

<sup>2</sup> ONU. *Directrices sobre la función de los fiscales*, cit., párr. 11.

<sup>3</sup> ONU. *Directrices sobre la función de los fiscales*, cit., párr. 12.

<sup>4</sup> Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419, párrs. 70-71.

como operadores de justicia, requieren gozar de garantías de estabilidad laboral como condición elemental de su independencia para el debido cumplimiento de sus funciones, y además, con el fin de salvaguardar su independencia y objetividad, el Estado debe garantizar un adecuado sistema de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la protección frente a presiones externas<sup>5</sup>.

En consecuencia, el Estado debe garantizar, en primer lugar, que el proceso de selección y nombramiento de los fiscales se haga con criterios objetivos de transparencia, preparación, honestidad, aptitud y capacidad profesional, sin preferencias ni discriminaciones por razones de género, políticas o de otra naturaleza equivalente. En este sentido, las Directrices de la ONU sobre la Función de los Fiscales (“Directrices de la ONU”) disponen que, “[l]as personas designadas como fiscales serán personas probas e idóneas, con formación y calificaciones adecuadas”<sup>6</sup>. Al respecto, los Estados están obligados a garantizar que los fiscales sean independientes y objetivos, otorgándoles estabilidad y permanencia en el cargo, como garantía para el buen desempeño de su función<sup>7</sup>. Adicionalmente, el sistema de ascenso de los fiscales se debe basar en factores objetivos, especialmente en su idoneidad, capacidad, probidad y experiencia, y las decisiones que se adopten al respecto se atenderán a un procedimiento equitativo e imparcial<sup>8</sup>. Estos principios deben aplicarse a todos los fiscales y con relación a la más alta autoridad del órgano fiscal, deben prevalecer los mismos principios en la selección y nombramiento de personas probas e idóneas, con formación y calificaciones adecuadas, mediante procedimientos objetivos, transparentes y participativos. Finalmente, la decisión que dispone la finalización del nombramiento de los fiscales debe siempre estar precedida de un debido proceso, respetar el principio de legalidad sancionatoria y estar debidamente motivada<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*, sentencia cit., párrs. 78-79 y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párrs. 94-95.

<sup>6</sup> ONU. *Directrices sobre la función de los fiscales*, cit., párr. 1.

<sup>7</sup> Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 81 y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, sentencia cit., párr. 97.

<sup>8</sup> ONU. *Directrices sobre la función de los fiscales*, cit., párr. 7.

<sup>9</sup> Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 81.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que en sociedades democráticas, no solo los jueces sino también las autoridades de instrucción deben permanecer libres de cualquier presión política<sup>10</sup>. Asimismo, ha señalado que las destituciones de los fiscales antes de la culminación de sus mandatos “*difícilmente pueden conciliarse con la consideración particular que debe darse a la naturaleza de la función jurisdiccional como rama independiente del poder del Estado y al principio de independencia de los fiscales, el cual [...] es un elemento clave para el mantenimiento de la independencia judicial*”<sup>11</sup>.

El Consejo de Europa también ha recomendado a los gobiernos tomar medidas apropiadas para facilitar que los fiscales puedan ejecutar su misión sin injerencias injustificadas y sin riesgo de incurrir, más allá de lo razonable, en responsabilidad civil, penal o de cualquier otra clase<sup>12</sup>. Además, las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales, establecen la obligación de los Estados de garantizar “*que los fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole*”<sup>13</sup>.

De esta forma, la garantía de la independencia para los fiscales requiere el cumplimiento de determinados principios básicos, entre ellos, (i) no estar sometidos en el ejercicio de sus funciones a influencias o a presiones, cualquiera que sea su origen, externas al Ministerio Público; y (ii) estar protegidos por la ley, en cuando a su selección inicial, su carrera profesional, su seguridad en el ejercicio de sus funciones -comprendiendo en ella la garantía de inamovilidad, de modo que el traslado de funciones solo pueda efectuarse con arreglo a la Ley, o con el consentimiento de la persona afectada-, y su remuneración<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> TEDH. *Caso Guja Vs. Moldavia*. No. 14277/04. Sentencia de 12 de febrero de 2008, párr. 86 y *Caso Makaratzis Vs. Grecia*. No. 50385/99. Sentencia de 20 de diciembre de 2004, párr. 73.

<sup>11</sup> TEDH. *Caso Kövesi Vs. Rumania*. No. 3594/19. Sentencia de 5 de agosto de 2020, párr. 208.

<sup>12</sup> Consejo de Europa. *Recomendación 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal*. 6 de octubre de 2000, párr. 11.

<sup>13</sup> ONU. *Directrices sobre la función de los fiscales*, cit., párr. 4.

<sup>14</sup> Consejo Consultivo de Jueces Europeos y el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos. *Jueces y fiscales en una sociedad democrática*. 2009, párr. 8, disponible en: <https://rm.coe.int/1680747742>

En el sistema acusatorio que se ha venido estableciendo en la mayoría de los sistemas jurídicos penales, el fiscal representa la autoridad titular de la acción pública, y a veces hasta el monopolio del ejercicio de toda acción penal. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante también e indistintamente la “Corte IDH”, “Corte Interamericana” o simplemente “Corte”), ha afirmado que los fiscales tienen el deber y la obligación de dirigir la investigación los hechos punibles con objetividad, seriedad y diligencia, a fin de identificar las personas presuntamente responsables, para ejercer la acusación ante los tribunales penales competentes, a fin de que luego de un debido proceso, el juez establezca las responsabilidades y aplique las penas legales<sup>15</sup>.

Debido a la delicada función pública que cumplen los fiscales, éstos al igual que los jueces, deben gozar de las garantías de competencia, independencia e imparcialidad consagradas en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Se trata de garantías esenciales que debe garantizar el Estado a los fiscales, a fin de que puedan cumplir de manera libre y efectiva sus funciones en el sistema de justicia. Por el contrario, un fiscal sujeto a presiones externas ya sea de sus superiores, de los propios investigados, de otras autoridades o funcionarios, o incluso de sectores sociales o económicos, no es un fiscal independiente. De allí que el ingreso, la permanencia y la terminación de la función de los fiscales debe gozar de las garantías de estabilidad y protección, necesarias para que puedan cumplir sus funciones.

La independencia de los fiscales también opera no sólo respecto de sus entes nominadores o de nombramiento o elección, sino respecto a los que pueden ejercer un control disciplinario. De no existir la inamovilidad de los fiscales como garantía frente a las presiones externas, los Estados podrían remover a los fiscales e intervenir la justicia, generando en los demás fiscales el temor a ser destituidos arbitrariamente, y, por tanto, fomentando a que sigan sus instrucciones con obediencia o se abstengan de controvertir tanto al ente nominador como al sancionador. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado lo siguiente

<sup>15</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 181 y *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 34.

respecto a los jueces, aplicable a los fiscales como funcionarios u operadores de la justicia:

*81. Como se puede observar, los jueces cuentan con varias garantías que refuerzan su estabilidad en el cargo con miras a garantizar la independencia de ellos mismos y del sistema, así como también la apariencia de independencia frente al justiciable y la sociedad. Como ya lo ha reconocido este Tribunal, la garantía de inamovilidad debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella. Ello es así puesto que de lo contrario los Estados podrían remover a los jueces e intervenir de ese modo en el Poder Judicial sin mayores costos o control. Además, esto podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados aún cuando la destitución fue arbitraria. Dicho temor también podría afectar la independencia judicial, ya que fomentaría que los jueces sigan las instrucciones o se abstengan de controvertir tanto al ente nominador como al sancionador [...]»<sup>16</sup>. (Resaltados añadidos).*

En ese sentido, la Corte IDH ha precisado asimismo, que la falta de garantía de inamovilidad de las y los fiscales, al hacerlos vulnerables frente a represalias por las decisiones que asuman, conlleva violación a la independencia que garantiza, precisamente, el artículo 8.1 de la Convención<sup>17</sup>. Al respecto, dicha Corte se ha remitido a sus sentencias de los casos *Martínez Esquivia Vs. Colombia* y *Casa Nina Vs. Perú* en las cuales estableció, que la independencia que se reconoce a las y los fiscales configura la garantía de que no serán objeto de presiones políticas o injerencias indebidas en su actuación, ni de represalias por las decisiones que objetivamente hayan asumido, lo que exige, precisamente, la garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 81.

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párrs. 110 y 119; y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de septiembre de 2021. Serie C No. 438, párr. 128.

<sup>18</sup> Corte IDH. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, sentencia cit., párr. 96, y *Casa Nina Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 72; *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 128 y *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párr. 58.

La Corte Interamericana ha precisado, que el derecho de toda persona consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana a la protección o a ser juzgado por un juez independiente, debe analizarse no sólo desde la dimensión de la persona del justiciable; sino también, desde la dimensión de la persona del propio juez (en este caso del fiscal), quien debe contar con las garantías que hagan posible su independencia judicial. Esta última dimensión debe analizarse, a la luz de los derechos convencionales del *fiscal como titular de las garantías de independencia judicial*, incluyendo aquellos casos en que por una decisión estatal se ve afectada arbitrariamente su inamovilidad y estabilidad. En este sentido, la Corte ha afirmado:

*153. Los anteriores elementos permiten precisar algunos aspectos de la jurisprudencia de la Corte. En efecto, en el caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, el Tribunal señaló que el derecho a un juez independiente consagrado en el artículo 8.1 de la Convención sólo implicaba un derecho del ciudadano de ser juzgado por un juez independiente. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que **la independencia judicial no sólo debe analizarse en relación con el justiciable, dado que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial. La Corte considera pertinente precisar que la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el período de su nombramiento. En tal sentido, la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo**<sup>19</sup>. (Resaltados añadidos).*

De esta forma, la Corte Interamericana ha establecido que la independencia judicial (que incluye a la independencia fiscal), es una garantía judicial esencial del debido proceso, de la cual el fiscal también

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 153. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párrs.191 y 197.

es titular, y por lo cual, tiene derecho a que el Estado respete su estabilidad en el cargo. Dicha garantía incluye además el derecho subjetivo del fiscal a que cualquier separación del cargo obedezca a las causales expresamente establecidas en la ley y mediante un debido proceso; o en su caso, por el cumplimiento del término del período de su mandato. En este sentido, las Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales disponen que las faltas de carácter disciplinario cometidas por los fiscales, estarán previstas en la ley; y las reclamaciones contra los fiscales en las que se alegue que han actuado “*claramente fuera del marco de las normas profesionales*” se “*sustanciarán pronta e imparcialmente con arreglo al procedimiento pertinente. Los fiscales tendrán derecho a una audiencia imparcial*”<sup>20</sup>. Estas actuaciones disciplinarias contra los fiscales “*garantizarán una evaluación y decisión objetivas*”, de conformidad con “*la ley, el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas establecidas y teniendo presentes estas Directrices*”.<sup>21</sup> En todo caso, las decisiones disciplinarias contra los fiscales “*estarán sometidas a revisión independiente*”.<sup>22</sup>

La Corte se ha pronunciado de manera reiterada sobre en relación con la garantía de la independencia y la garantía de estabilidad o inamovilidad en el cargo<sup>23</sup>, en relación con los procesos de destitución de jueces, juezas<sup>24</sup> y fiscales<sup>25</sup>. De modo que el respeto y garantía de este derecho se cumple cuando los criterios y procedimientos para el

<sup>20</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 21.

<sup>21</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 22.

<sup>22</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 21.

<sup>23</sup> En el caso *Martínez Esquivia Vs. Colombia* la Corte IDH concluyó que la garantía de estabilidad e inamovilidad de juezas y jueces, dirigida a salvaguardar su independencia, resulta aplicable a las y los fiscales en razón a la naturaleza de las funciones que ejercen. Corte IDH. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, sentencia cit., párrs. 95 y 96. Ver también, *Caso Casa Nina Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 69; *Caso Moya Solís Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 425, párr. 109 y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 160.

<sup>24</sup> Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 138; *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 93; *Caso Moya Solís Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 109 y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 160.

<sup>25</sup> Corte IDH. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, sentencia cit., párr. 115; *Caso Casa Nina Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 97; *Caso Moya Solís Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 109 y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 160.

nombramiento, ascenso, suspensión y destitución de jueces, juezas y fiscales son razonables y objetivos, y las personas no son objeto de discriminación en su ejercicio<sup>26</sup>. Por lo cual, cuando un Estado viola una de estas garantías de la inamovilidad fiscal, viola su obligación de respetar y garantizar la independencia judicial. En este sentido, la Corte Interamericana ha expresado:

*79. De todo esto se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial<sup>27</sup>. (Resaltados añadidos).*

Específicamente con relación a los fiscales, la Corte ha concluido afirmando que “la garantía de estabilidad e inamovilidad de juezas y jueces, dirigida a salvaguardar su independencia, resulta aplicable a las y los fiscales debido a la naturaleza de las funciones que ejercen” (resaltados añadidos)<sup>28</sup>.

Por otro lado, la independencia judicial trasciende la dimensión individual de la persona del fiscal, para proyectarse en toda la sociedad y en su dimensión institucional como elemento esencial del Estado de Derecho y la democracia. De allí que exista una relación directa entre la independencia judicial y el derecho de los fiscales a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de la garantía de su estabilidad funcional. Así, la Corte Interamericana ha sostenido al respecto:

*194. La Corte ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema,*

<sup>26</sup> Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 138 y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 160

<sup>27</sup> Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 79.

<sup>28</sup> Corte IDH. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, sentencia cit., párrs. 95 y 96; *Caso Casa Nina Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 69; *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 123 y *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párr. 57.

*así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El Tribunal estima pertinente precisar que la dimensión institucional se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. **Por ello, esta dimensión institucional trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión institucional de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad**<sup>29</sup>. (Resaltados añadidos).*

Finalmente, en los casos en los cuales la Corte Interamericana ha encontrado una violación del derecho a la independencia de los jueces y fiscales, por violación de la garantía a la estabilidad en el cargo, ha establecido que con ello los Estados además violan el derecho político de los fiscales a permanecer en sus cargos en condiciones de igualdad, y su derecho al trabajo.

En este sentido, cuando el Estado de manera arbitraria vulnera la estabilidad o permanencia de un fiscal en su cargo, no sólo se viola el derecho a la independencia judicial del artículo 8.1 de la Convención Americana, sino además viola el *derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público*, establecido en el artículo 23.1.c de dicha Convención<sup>30</sup>. Sobre el particular, en el caso de que un fiscal haya sido destituido arbitrariamente, la Corte ha declarado:

*95. El artículo 23.1.c) de la Convención establece el derecho a acceder a funciones públicas en condiciones generales de igualdad. Al respecto, esta Corte ha interpretado que el acceso en condiciones de igualdad es una garantía insuficiente si no está acompañada por la protección efectiva de la **permanencia en aquello a lo que se acce-***

<sup>29</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 194.

<sup>30</sup> Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr.199.

*de, lo que indica que los procedimientos de nombramiento, ascenso, suspensión y destitución de funcionarios públicos deben ser objetivos y razonables, es decir, deben respetar las garantías del debido proceso aplicables.*

[...]

*97. Establecido lo anterior, la Corte encuentra que, tal como se evidencia en el presente caso (supra párrs. 76 y 91), la remoción del señor Nissen Pessolani de su cargo como Fiscal por medio del juzgamiento por parte del JEM desconoció las garantías del debido proceso, lo que afectó de forma arbitraria su permanencia en su cargo como Fiscal. En consecuencia, este Tribunal considera que el Estado afectó indebidamente su derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad, en violación del derecho consagrado en el artículo 23.1.c)<sup>31</sup>. (Resaltados añadidos).*

Al mismo tiempo, cuando el Estado de manera arbitraria vulnera la estabilidad o permanencia de un fiscal en su cargo, también viola su derecho al trabajo reconocido en el artículo 26 de la Convención. En este sentido, más recientemente la Corte Interamericana ha venido desarrollando la justiciabilidad internacional de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales<sup>32</sup>, a través de la cláusula de los derechos de reconocimiento y desarrollo progresivo del artículo 26 de la Convención Americana y que derivan de las normas de la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en los siguientes términos:

<sup>31</sup> Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párrs. 95 y 97.

<sup>32</sup> Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 y 145. En similar sentido: *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párrs. 142 y 143; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 220; *Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párr. 84, *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 155; *Caso Casa Nina Vs. Perú*, supra, párr. 104; *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, supra, párr. 128; *Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 87 y *Caso Mina Cuero Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 135.

*101. La Corte recuerda que el derecho al trabajo ha sido un derecho reconocido y protegido a través del artículo 26 de la Convención en diferentes precedentes. En lo que concierne los derechos laborales específicos protegidos por el citado artículo 26, la Corte ha señalado que los términos de este precepto indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”). En tal sentido, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen normas que refieren al derecho al trabajo. Adicionalmente, la Corte ha indicado en su Opinión Consultiva OC-10/89, que los Estados Miembros han entendido que la Declaración Americana contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA. En este sentido, el artículo XIV de la referida Declaración dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Asimismo, el artículo 29.d de la Convención Americana dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Además, la Corte indicó que el corpus iuris internacional establece el referido derecho<sup>33</sup>.*

Con base al contenido esencial del derecho al trabajo como un derecho protegible y tutelable, la Corte ha precisado que si bien la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, si exige respetar este derecho, entre otras medidas, “*otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido, se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a lo cual el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes deberán verificar que las*

<sup>33</sup> Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párr. 101.

*causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho*<sup>34</sup>; y además ha indicado, que el Estado incumple con su obligación de garantizar el derecho al trabajo y, por ende, a la estabilidad laboral, “*cuando no protege a sus funcionarios estatales de separaciones arbitrarias de su empleo*”<sup>35</sup>.

Aplicando estos criterios al caso de los fiscales, la Corte ha establecido que dada la garantía de estabilidad laboral que requieren los fiscales para desempeñar sus funciones judiciales con independencia, su remoción arbitraria por no cumplir las garantías del debido proceso configura al mismo tiempo una violación de su derecho a la estabilidad laboral comprendida en el derecho al trabajo:

*103. Como ha sido referido en esta Sentencia, las y los fiscales, al desempeñar funciones de operadoras y operadores de justicia, requieren gozar de garantías de estabilidad laboral como condición elemental de su independencia para el debido cumplimiento de sus funciones (supra párr. 58). En el presente caso, la Corte concluyó que la decisión del JEM de remover al entonces Fiscal Nissen Pessolani fue arbitraria, al no cumplir con las garantías del debido proceso, lo que configuró también una violación al derecho a la estabilidad laboral, como parte del derecho al trabajo, que como trabajador del Ministerio Público del Paraguay le asistía durante el tiempo que durara el ejercicio del cargo.*

*104. De conformidad con lo anterior, el Estado es responsable por la violación del derecho a la estabilidad laboral, reconocido en el artículo 26 de la Convención*<sup>36</sup>. (Resaltados añadidos).

De allí, entonces, la importancia de que los Estados establezcan en su Derecho interno, las regulaciones necesarias y apropiadas para ser aplicadas en los procedimientos disciplinarios contra los fiscales del ministerio público, a fin de salvaguardar su independencia y las demás garantías del debido proceso.

<sup>34</sup> Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 150 y *Caso Mina Cuero Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 134.

<sup>35</sup> Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 221. Ver también, *Caso Mina Cuero Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 134.

<sup>36</sup> Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párrs. 103 y 104.

## II. LAS GARANTÍAS JUDICIALES APLICABLES A LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS CONTRA LOS FISCALLES

Conforme ha quedado dicho *supra*, la inamovilidad de los fiscales provee así una protección a la independencia judicial, compuesta por las siguientes garantías: (i) la permanencia en el cargo, (ii) un proceso de ascensos adecuado, y (iii) la interdicción del no despido injustificado o por libre remoción discrecional. Por lo cual, las faltas de carácter disciplinario cometidas por los fiscales deberán estar previstas en la ley; y las denuncias contra los fiscales en las que se alegue que han actuado “*claramente fuera del marco de las normas profesionales*” se “*sustanciarán pronta e imparcialmente con arreglo al procedimiento pertinente. Los fiscales tendrán derecho a una audiencia imparcial*”<sup>37</sup>. Estas actuaciones disciplinarias contra los fiscales “*garantizarán una evaluación y decisión objetivas*”, de conformidad con “*la ley, el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas establecidas y teniendo presentes estas Directrices*”<sup>38</sup>, recordando que en todo caso, las decisiones disciplinarias contra los fiscales “*estarán sometidas a revisión independiente*”<sup>39</sup>.

La Corte Interamericana ha reiterado en su jurisprudencia, que los Estados están obligados a garantizar el derecho a un debido proceso en los procedimientos administrativos sancionatorios, señalando que “*el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas*”<sup>40</sup>. En ese sentido ha señalado, que “*las*

<sup>37</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 21.

<sup>38</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 22.

<sup>39</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 21.

<sup>40</sup> Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74, párrs. 103-104; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 82; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 116-117 y *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 147.

*sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas” (resaltados añadidos)*<sup>41</sup>.

En consecuencia, en los procesos disciplinarios seguidos contra los fiscales resultan plenamente aplicables las garantías mínimas del debido proceso establecidas en el artículo 8, y el principio de legalidad establecido en el artículo 9, ambos de la Convención Americana.

## 1. El principio de legalidad sancionatoria

Sobre los procesos disciplinarios de carácter sancionatorio a los operadores judiciales (jueces y fiscales), la jurisprudencia interamericana ha reconocido la importancia no solo de los estándares del debido proceso, sino de las garantías desprendidas del *principio de legalidad* reconocido en el artículo 9 de la Convención. La Corte IDH, haciendo referencia también a los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial redactados por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial<sup>42</sup>, ha señalado que “*tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a jueces y juezas, el cumplimiento con el principio de legalidad es aún más importante ya que constituye una garantía contra presiones externas a los jueces y, por ende, de su independencia*”<sup>43</sup>. Desarrollando dicho principio de legalidad, la Corte ha sido expresa al afirmar que se extiende su vigencia y la protección que brida también en jurisdicción disciplinaria, con las variaciones propias de la materia y del conflicto que está destinado a resolver<sup>44</sup>.

En su propia definición del principio de legalidad, la jurisprudencia interamericana ha establecido que la calificación de un hecho como

<sup>41</sup> Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, sentencia cit., párr. 106; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 170 y *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 111.

<sup>42</sup> *Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial* redactados por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, anexados a la Resolución 2006/23 de 27 de julio de 2006 del Consejo de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas.

<sup>43</sup> Corte IDH. *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 131.

<sup>44</sup> Corte IDH. *Caso Rico Vs. Argentina*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C. No. 383, párr. 102.

ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos, deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor<sup>45</sup>. En ese sentido, respecto a la tipificación de las normas que contienen consecuencias punitivas, la Corte ha establecido que: “*Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y nítida que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa*”<sup>46</sup>. (Resaltados añadidos).

En consecuencia, el primer requisito para que el Estado ejerza el control de responsabilidad disciplinaria de los fiscales es que las faltas disciplinarias de éstos deben estar tipificadas en la *ley*, lo cual comporta el *principio de legalidad sancionatoria*. Este requisito como hemos visto *supra*, también es reconocido expresamente en las Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales<sup>47</sup>.

Ahora bien, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la acepción de ley debe tomarse en ambos sentidos, tanto formal como material. Es decir, conforme a la dimensión formal, la ley que contiene las faltas que pueden cometer los fiscales en el ejercicio de sus funciones, deben estar establecidas previamente en una ley emanada del órgano legislativo representante de la voluntad popular, mediante el procedimiento constitucional para la tramitación, aprobación y publicación de las leyes. Y, además, la ley en sentido material o sustancial significa que, en cuanto a su contenido en materia sancionatoria, la ley debe tipificar con precisión debida aquellas conductas de los fiscales que configuran una infracción o falta disciplinaria. En ese sentido, la Corte ha expresado:

*63. [...] cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restric-*

<sup>45</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 183.

<sup>46</sup> Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 219, *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 90 y *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 162.

<sup>47</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párrs. 21-22.

*ción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la **tipificación** penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben **formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa**. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. [...]*<sup>48</sup>. (Resaltados añadidos).

Por otro lado, las leyes sancionatorias deben asignar a una determinada falta una sanción también determinada y proporcional, es decir, no arbitraria. El Derecho sancionatorio exige, por tanto, que el legislador al establecer la sanción disciplinaria aplicable a determinada conducta actúe de manera racional, razonable, proporcional y bajo el principio de gradualidad. De tal manera, que a las faltas menores le asigne sanciones menores; y a medida que la falta sea más grave, le asigne gradualmente sanciones más severas. Así, en materia sancionatoria disciplinaria, las conductas que configuren faltas menores podrán ser sancionadas con amonestaciones verbales; y a medida que la falta vaya aumentando su gravedad, el legislador debe graduar progresivamente la gravedad asignada a las sanciones, desde amonestaciones escritas, luego suspensiones por un lapso determinado; y en los casos de mayor gravedad, con la destitución del cargo.

En ese sentido, la Corte Interamericana ha señalado que el control disciplinario tiene como objeto valorar la *conducta, idoneidad y desempeño* del funcionario público, por lo que cuando se trate de imponer una sanción contra operador judicial -y por ende algún fiscal- se debe analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción<sup>49</sup>. Por lo cual, se debe evaluar la conducta del fiscal con el fin de analizar el tipo de infracción cometida, y en consecuencia, justificar la aplicación de la sanción legalmente prevista. En este sentido, por ejemplo, el órgano disciplinario debe analizar de manera cuidadosa los elementos

<sup>48</sup> Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 63.

<sup>49</sup> Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 86 y *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 120.

de hecho y las pruebas del expediente, a fin de decidir motivadamente si la infracción cometida por el fiscal es por misma es lo suficientemente grave que afecta de manera determinante su idoneidad y desempeño, como para acarrear la máxima sanción disciplinaria que es la destitución; ya que en caso contrario, el acto sancionatorio será arbitrario y estará viciado de nulidad. En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que los jueces, y por ende los fiscales, “*podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia, de conformidad con procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad establecidos en la Constitución o en la ley*” (resaltados añadidos)<sup>50</sup>. De igual forma, el principio N° 18 de los precitados *Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura*, prevé que los jueces y por ende los fiscales, sólo podrán ser separados de sus cargos “*por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones*”<sup>51</sup>.

De lo antes transcrito, se evidencia que para la destitución de un fiscal no se requiere un simple incumplimiento de la legislación, sino que se debe atender al grado mayor de gravedad, es decir, lo suficientemente grave para justificar la sanción mayor. En este sentido, tal como lo ha expresado el Comité de Derechos Humanos, los jueces, y por ende los fiscales, no pueden ser penalizados por errores de buena fe, determinando así que “*la posibilidad, prevista por ley, de que se tomen medidas disciplinarias contra ellos [los jueces] por la comisión de errores judiciales [constituye una circunstancia que] exponen a los jueces a la presión política y menoscaban su independencia e imparcialidad*”<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> ONU. Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 32*. 23 de agosto de 2007, párr. 19.

<sup>51</sup> ONU. *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

<sup>52</sup> ONU. Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Vietnam*, Documento de la ONU CCPR/CO/75/VNM, párr. 10.

## 2. Las garantías del debido proceso

El segundo requisito, para que el Estado ejerza el control de responsabilidad disciplinaria de los fiscales exige que la autoridad disciplinaria que impone las sanciones debe brindar las *garantías del debido proceso*, bajo los estándares del artículo 8.1 de la Convención.

La autoridad disciplinaria debe ser independiente e imparcial, en el sentido de que no puede estar sujetas a las presiones externas, incluidas las provenientes de otros órganos del Estado o de los mismos sujetos investigados. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que en los procedimientos instados contra autoridades judiciales como es el caso de los fiscales, de los que eventualmente pueda derivar su remoción, la garantía de inamovilidad que las ampara, en salvaguarda de su independencia, “*exige que tales procedimientos se tramiten y decidan con objetividad e imparcialidad, es decir, como lo exigen las garantías del debido proceso*”<sup>53</sup>.

La Corte ha precisado que la imparcialidad personal o subjetiva del juzgador debe presumirse, a menos que exista prueba en contrario, por ejemplo, en la demostración de que algún miembro del tribunal o la autoridad competente guarda prejuicios o parcialidades de índole personal en contra de una parte. Y con relación a la denominada “prueba objetiva”, la Corte se refiere a la determinación de si la autoridad cuestionada brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona<sup>54</sup>. En ese sentido, la Corte ha señalado que la “recusación” es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial, a la vez que busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la jurisdicción<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párrs. 57-59 y 66.

<sup>54</sup> Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 56; *Manuela y otros Vs. El Salvador*, sentencia cit., párr. 131 y *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párr. 65.

<sup>55</sup> Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 63; *Caso Ríos Ávalos y otro Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2021. Serie C No. 429, párr. 119 y *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párr. 65.

De allí la importancia de que los órganos encargados de la disciplina y sanción de los fiscales, estén integradas por funcionarios independientes, que a pesar de ser designados por otros órganos (por ejemplo, cortes supremas o parlamentos) no estén integrados por “representantes” de estos órganos; y mucho menos, por miembros de éstos (diputados, senadores, ministros o magistrados).

Por otro lado, también pueden llegar a configurar presiones externas que afecten la imparcialidad -e incluso la independencia- del órgano de control disciplinario, ciertas afirmaciones graves realizadas por grupos políticos, económicos y sociales, de acuerdo con su peso y gravedad. Mas no así, cuando sean manifestaciones de ideas u opiniones críticas en ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En ese sentido, la Corte ha afirmado, que incluso las declaraciones de autoridades o funcionarios de otros poderes del Estado sobre una investigación o un proceso en curso, afectan las garantías de independencia e imparcialidad de los jueces encargados de decidir:

*131. La Corte ha reiterado numerosas veces la importancia que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, especialmente aquella referida a asuntos de interés público (Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 112 y 113; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 82 y 83, y Caso Kimel, supra nota 8, párr. 87). Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones (Cfr. Caso Kimel, supra nota 8, párr. 54), en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención (Cfr. Caso Kimel, supra nota 8, párr. 56). Por lo anterior, no sólo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto a constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones (Cfr. Caso Kimel, supra nota 8, párr. 79), y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en atención al alto grado de credibilidad de la que gozan y en*

*aras a evitar que los ciudadanos reciban una versión manipulada de los hechos (Cfr. Caso Kimel, supra nota 8, párr. 79). Además, deben tener en cuenta que **en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas** y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos. Del mismo modo, **los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador** (En este punto resulta relevante la declaración del señor Param Curawasmay (supra nota 59, folio 830) quien afirmó que “[s]i bien la crítica pública constructiva de fallos o decisiones de los jueces en un lenguaje moderado sería permisible incluso cuando proviene de las fuerzas políticas, cuando dicha crítica se expresa en un lenguaje virulento, inmoderado, amenazante e intimidador y en mala fe, se considerará como una amenaza o una interferencia a la independencia judicial”<sup>56</sup>. (Resaltados añadidos).*

Más recientemente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue aún más directo al respecto, al afirmar que mediante ciertas declaraciones de funcionarios públicos incluso se viola el derecho a la presunción de inocencia de toda persona que está siendo investigada o acusada:

*9.4 El Comité toma nota del argumento del autor de que diversas autoridades públicas construyeron una presunción de culpabilidad en su contra mediante **declaraciones públicas** que lo declaraban culpable del delito por el cual se encontraba procesado, en violación del artículo 14, párrafo 2 del Pacto. [...] El Comité recuerda que “[t]odas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado” (Observación general núm. 32, párr. 30). **El Comité considera que no es necesario que las autoridades estén directamente***

<sup>56</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, sentencia cit., párr. 131.

***vinculadas al proceso en cuestión para configurar una violación al derecho, así como tampoco lo es que sus comentarios sean presentados como elementos para la imputación del procesado.***

9.5 [...] *En ausencia de información del Estado parte que refute las alegaciones del autor, y no existiendo en el momento de verterse las referidas declaraciones de autoridades públicas sentencia alguna que determinara la responsabilidad penal del autor, el Comité considera que, con base en la información que tiene ante sí, se vulneró el principio de presunción de inocencia del autor, recogido en el artículo 14, párrafo 2 del Pacto (Cedeño c. Venezuela (CCPR/C/106/D/1940/2010), párr. 7.4)*<sup>57</sup>. (Resaltados añadidos).

Como hemos visto *supra*, la estabilidad como garantía esencial de la independencia judicial, supone el principio de estabilidad de los jueces y fiscales, y su consecuente inviolabilidad, sometida a una serie de garantías y requisitos de forma y de fondo. De allí que el principio general consiste en que, durante el ejercicio de sus funciones, los jueces y fiscales no pueden ser removidos ni destituidos de sus cargos, sin el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) causal legal previamente establecida, conforme a los principios de tipicidad, gradualidad y proporcionalidad; (ii) procedimiento previo, que respete las garantías del debido proceso, incluidas la presunción de inocencia y el derecho a la defensa; y (iii) el derecho a un recurso judicial efectivo ante jueces y tribunales competentes, imparciales e independientes.

Sobre este particular, como fue dicho *supra*, las denuncias o acusaciones contra los fiscales en las que se alegue que han actuado “*claramente fuera del marco de las normas profesionales*” se “*sustanciarán pronta e imparcialmente con arreglo al procedimiento pertinente*” en el cual “[*l*]os fiscales tendrán derecho a una audiencia imparcial”<sup>58</sup>. Estas actuaciones disciplinarias contra los fiscales “*garantizarán una evaluación y decisión objetivas*”, de conformidad con “*la ley, el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas establecidas y teniendo presentes estas Directrices*”<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> ONU. *Allan Brewer Carías vs. Venezuela*, Dictamen de fecha 18-10-2021, Comité de Derechos Humanos, doc. CCPR/C/133/D/3003/2017.

<sup>58</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 21.

<sup>59</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 22.

De allí la necesidad de llevar a cabo un *test de alto escrutinio* o un examen riguroso en los casos y procedimientos a través de los cuales se llevan a cabo los procesos de separación del cargo de los fiscales, ya sean disciplinarios o de otra naturaleza.

Los Principios Básicos citados por la Corte Interamericana, precisan lo siguiente, con relación a las medidas disciplinarias, incluidas las de suspensión o separación del cargo de juez, que resultan aplicables a los fiscales<sup>60</sup>:

17. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.
18. Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones.

Con base en las citas de los principios 17 y 18 invocados por la Corte Interamericana y de las interpretaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General No. 32, la Corte Interamericana ha afirmado que los jueces y por ende los fiscales, únicamente pueden ser destituidos “por conductas claramente reprochables” como son “razones graves de mala conducta o incompetencia”<sup>61</sup>. Por ello, la posibilidad de destitución debe obedecer al “principio de máxima gravedad”, dado que la protección de la independencia judicial exige, que la destitución de jueces y fiscales “sea considerada como la *ultima*

<sup>60</sup> Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 147. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr.191 y *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr.198.

<sup>61</sup> Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 147. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr.191; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 198 y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párrs. 196, 198, 199 y 259.

*ratio* en materia disciplinaria judicial”<sup>62</sup>. En este sentido, los jueces y los fiscales sólo pueden ser removidos “*por faltas disciplinarias graves o incompetencia y acorde a procedimientos con debidas garantías o cuando se cumpla con el periodo de su cargo*”, por lo que, “*la destitución no puede resultar una medida arbitraria*”, lo cual debe analizarse “*a la luz del marco jurídico nacional existente y las circunstancias del caso concreto*”<sup>63</sup>.

La Corte ha considerado, además, que, en virtud de la garantía de estabilidad judicial, las razones por las cuales los jueces -y por ende fiscales- pueden ser removidos de sus cargos “*deben estar clara y legalmente establecidas*”. Por lo cual, teniendo en cuenta que la destitución o remoción de un cargo es la medida más restrictiva y severa que se puede adoptar en materia disciplinaria, “*la posibilidad de su aplicación deber ser previsible, sea porque está expresa y claramente establecida en la ley la conducta sancionable de forma precisa, taxativa y previa o porque la ley delega su asignación al juzgador o a una norma infra legal, bajo criterios objetivos que limiten el alcance de la discrecionalidad*”<sup>64</sup>.

Asimismo, citando los Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África<sup>65</sup>, la Corte se ha referido en específico a la no procedencia de la remoción de jueces -y en lo aplicable de fiscales- en el contexto de la revocatoria de sus fallos, o incluso, de ser sometidos a otros procedimientos disciplinarios o administrativos, únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 259.

<sup>63</sup> Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 200.

<sup>64</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 259.

<sup>65</sup> Unión Africana. *Principios y Directrices relativos el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África*, adoptados como parte del informe de actividades de la Comisión Africana en la 2ª Cumbre y Reunión de Jefes de Estado de la Unión Africana celebrada en Maputo del 4 -12 de julio de 2003, Principio A, numeral 4, literal n (2), publicados en *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de los jueces, abogados y fiscales*, ob. cit., 2007, pp. 213 a 223. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/International-Principles-on-the-Independence-and-Accountability-of-Judges-Lawyers-and-Prosecutors-No.1-Practitioners-Guide-2009-Spa.pdf>.

<sup>66</sup> Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 149. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr.193.

La Corte Interamericana además ha desarrollado las diferencias entre las distintas sanciones aplicables a los jueces -y por ende a los fiscales-, dependiendo de la gravedad de la falta, citando otros estándares internacionales como los contenidos en el principio VI de las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces<sup>67</sup>. Con base en los principios y en las interpretaciones autorizadas invocadas por la Corte Interamericana, ésta ha sostenido que la “destitución” como sanción máxima, debe obedecer a conductas “bastante graves”; mientras que las “otras sanciones” menores, pueden contemplarse ante eventos como “negligencia o impericia”<sup>68</sup>.

En el caso de las sanciones y especialmente en casos de destitución, la autoridad a cargo “debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”<sup>69</sup>. Ello supone, además, que para que la investigación de la denuncia sea efectiva, “las personas encargadas de la misma deben de ser independientes, tanto jerárquica e institucionalmente como en la práctica”, especialmente de “aquellas personas implicadas en los hechos que se investigan”<sup>70</sup>.

En conclusión, conforme en los estándares desarrollados por la Corte Interamericana, ésta ha rechazado de plano la libre remoción o las remociones arbitrarias de los jueces, y por ende fiscales, dado que ello viola la independencia judicial, en virtud de que fomenta abiertamente la “*posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias*”<sup>71</sup>. De allí que, como lo sostuvimos antes, la

<sup>67</sup> Consejo de Europa. *Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces* (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 en la 58ª sesión de viceministros), disponible en: <https://rm.coe.int/1680747c9c>.

<sup>68</sup> Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 140. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párrs.191-192.

<sup>69</sup> Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 78. En el mismo sentido: *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr.99; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 189 y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 196.

<sup>70</sup> Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 120.

<sup>71</sup> Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 78. En el mismo sentido: *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 99; *Caso del Tribunal*

Corte haya ratificado las garantías de la independencia judicial en sentido institucional y subjetivo, relativas al principio de la inviolabilidad de la estabilidad en el cargo, sometida estrictamente a los siguientes requisitos del régimen disciplinario o sancionatorio de los jueces: (i) causal legal previamente establecida, conforme a los principios de tipicidad y proporcionalidad; (ii) procedimiento previo, que respete las garantías del debido proceso incluido el derecho a la defensa; y (iii) el derecho a un recurso judicial efectivo ante jueces y tribunales competentes, imparciales e independientes.

Como garantía de un procedimiento y una decisión imparcial, en caso de que alguno de los jueces disciplinarios de un fiscal esté incurso en una causal de inhibición y no se haya inhibido, el fiscal investigado tiene derecho a recusarlo. En ese caso, la recusación debe ser decidida por los demás jueces que disponga la ley. Respecto a la figura de la recusación en los procedimientos disciplinarios, la Corte Interamericana ha establecido los principios que deben regirla, en los siguientes términos:

*63. Al respecto, el Tribunal considera que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales<sup>72</sup>.*

---

*Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 189 y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 196.

<sup>72</sup> Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 63.

En fin, el respeto a las garantías del debido proceso marca la pauta de la validez y legitimidad de los procedimientos disciplinarios seguidos contra los fiscales (y jueces) y en ese sentido ha sido tutelado por la propia Corte IDH. De allí que cuando la Corte ha identificado una violación a la garantía de imparcialidad, por su gravedad, ha declarado que ella implica que todo el procedimiento seguido en contra de un fiscal “*se encuentra viciado e implicó la arbitrariedad de su destitución*”, e incluso ha considerado innecesario entrar a analizar las otras violaciones al debido proceso y a otros derechos conexos alegados, concluyendo que con ello se vulneró en perjuicio del fiscal el derecho a contar con una autoridad imparcial, garantizado por el artículo 8.1 de la Convención Americana<sup>73</sup>.

### 3. Las demás garantías del debido proceso

En tercer lugar, el procedimiento sancionatorio disciplinario debe regirse por las demás garantías específicas del *debido proceso* contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana. En ese sentido, las Directrices de la ONU establecen que la decisión que dispone la finalización del nombramiento de los fiscales debe siempre estar precedida de un debido proceso<sup>74</sup>. En efecto, por tratarse de un procedimiento sancionatorio, cuya consecuencia puede resultar en la aplicación de restricciones temporales o permanentes a los derechos del fiscal denunciado/acusado, es necesario extremar el cumplimiento de las garantías judiciales.

En consecuencia, el fiscal investigado tiene derecho particularmente a las siguientes garantías durante el proceso disciplinario:

- (i) ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (art. 8.1);
- (ii) que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.2);
- (iii) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada (art. 8.b.2.b);
- (iv) concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 8.b.2.c);

<sup>73</sup> Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párrs. 76-77.

<sup>74</sup> Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 81.

- (v) defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (art. 8.b.2.d);
- (vi) interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (art. 8.b.2.f);
- (vii) no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (art. 8.b.2.g);
- (viii) recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (art. 8.2.h);
- (ix) que la confesión del inculpado solamente sea válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza (art. 8.3); y
- (x) que de ser absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (art. 8.3).

#### **4. El requisito de la motivación de las sanciones**

En cuarto lugar, la autoridad disciplinaria deberá expresar los motivos de hecho y de derecho en los cuales se fundamenta, mediante una *motivación* suficiente contenida en el acto que decida el procedimiento sancionatorio. En ese sentido, las Directrices de la ONU establecen que la decisión que dispone la finalización del nombramiento de los fiscales debe estar “debidamente motivada”<sup>75</sup>. Esta motivación, como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es fundamental para controlar la legalidad del acto, para conocer la congruencia con lo alegado y probado durante el procedimiento; y así, poder impugnar dicho acto en caso de que contenga algún vicio. Por lo cual, una decisión sancionatoria disciplinaria contra un fiscal que no esté debidamente motivada en cuanto a los motivos de hecho y los fundamentos de derecho, está viciada de nulidad por violación del debido proceso.

Respecto al deber de motivar los actos de sanción disciplinaria a los jueces y fiscales, la Corte Interamericana en su jurisprudencia ha afirmado que es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia. Por ello, la decisión que adopte la autoridad disciplinaria deberá expresar los motivos de hecho y de derecho en los cuales se

<sup>75</sup> Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 81.

fundamenta, mediante una motivación contenida en el acto que decida el procedimiento sancionatorio. En palabras de la Corte Interamericana, al hacer referencia a las sanciones disciplinarias en materia judicial<sup>76</sup>, “*las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias*”<sup>77</sup>.

La motivación es por tanto fundamental para controlar la legalidad del acto sancionatorio, para conocer la congruencia con lo alegado y probado durante el procedimiento; y así poder impugnar dicho acto en caso de que contenga algún vicio de nulidad. En ese sentido, la argumentación contenida en la motivación de una decisión sancionatoria, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado y además demostrar a las partes que “*éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores*”<sup>78</sup>.

En consecuencia, la imposición de una sanción de naturaleza administrativa o disciplinaria a un fiscal, está sujeta estrictamente al *principio de motivación* en los términos específicos que ha sentado la Corte en su jurisprudencia:

*77. La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”*

<sup>76</sup> Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, sentencia cit., párrs. 77-78.

<sup>77</sup> Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, sentencia cit., párrs. 152-153, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párrs. 107. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. *Cfr. Hadjianastasiou v. Grecia*. Decisión del 16 de diciembre de 1992, p. 8, § 23.

<sup>78</sup> *Cfr. Suominen Vs. Finlandia*, No. 37801/97. Decisión del 01 de julio de 2003, § 34. Por su parte el Comité de Derechos Humanos consideró que cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Hamilton Vs. Jamaica*, Comunicación No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 de marzo de 1994).

(Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107.*) **El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia** (Así lo ha establecido la Corte Europea en el *Caso Suominen*: “[l]a Corte reitera entonces que, de acuerdo con su jurisprudencia constante y en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan” (traducción de esta Corte). Cfr. *Suominen v. Finland, no. 37801/97, § 34, 1 July 2003*), **que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra**, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

78. **El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias** (Cfr. *Caso Yatama, supra nota 63, párrs. 152 y 153*, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra nota 83, párr. 107*. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. *Hadjianstassiou v. Greece, judgment of 16 December 1992, Series A no. 252, p. 8, § 23*). En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, **la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores** (Cfr. *Suominen v. Finland, supra nota 84*. Por su parte el Comité de Derechos Humanos consideró que cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Hamilton v. Jamaica, Communication No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 de marzo de 1994*). Por todo ello, **el deber de motivación es una de las “debidas garantías”**

***incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso***<sup>79</sup>. (Resaltados añadidos).

La Corte IDH ha incluido expresamente dentro del deber de motivación de los actos correspondientes a los procedimientos sancionatorios, la obligación de establecer en el acto de su notificación, los recursos a que tiene derecho el interesado, el plazo de su interposición y la autoridad competente para conocerlos. Esta derogación del principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su incumplimiento, la cual es común en el Derecho administrativo sancionador democrático, la Corte la justificó en el carácter técnico de la materia sancionatoria que puede convertirse en una barrera de acceso a los recursos para impugnar dichos actos. En ese sentido la Corte ha afirmado:

*86. Asimismo, de acuerdo con su jurisprudencia más reciente, la Corte ha considerado que la resolución que notifica la sanción disciplinaria adoptada, al igual que aquella que notifica el inicio de la investigación y los cargos, debe establecer los recursos a que tiene derecho el interesado, el plazo de su interposición y la autoridad competente para su conocimiento. Lo anterior, porque el acceso a las garantías judiciales exige que la persona que pueda verse afectada en sus derechos comprenda plenamente los recursos disponibles y cómo accionar. La Corte entiende que la materia sancionatoria es generalmente técnica y si no se conocen los recursos al alcance de la persona sancionada, su desconocimiento se puede convertir en una barrera del acceso a los medios de impugnación previstos en el ordenamiento interno*<sup>80</sup>.

En conclusión, las decisiones sancionatorias disciplinarias contra un fiscal que no estén debidamente motivada en cuanto a los motivos de hecho y los fundamentos de derecho, y los recursos que proceden en su contra, violan el artículo 8 de la Convención Americana.

<sup>79</sup> Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *Vs. Venezuela*, sentencia cit., párrs. 77-78.

<sup>80</sup> Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párr. 86 y *Caso Mina Cuero Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 92.

## 5. El derecho a un recurso judicial efectivo

En quinto lugar, como acto sancionatorio que afecta los derechos del fiscal y sus garantías de independencia e imparcialidad, la decisión de imponer una sanción disciplinaria -y aún más la de destitución-, debe estar sujeta a un recurso judicial sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo, ante los jueces o tribunales competentes, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención (art. 25). En este sentido, las Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales, disponen que toda violación de los derechos de los fiscales independientes previstos ellas, debe someterse a “*otras autoridades u órganos competentes, con facultades en materia de revisión o recurso*”; y en todo caso, las decisiones disciplinarias contra los fiscales “*estarán sometidas a revisión independiente*”<sup>81</sup>. Dicha revisión independiente conforme a la Convención Americana, incluye necesariamente un recurso judicial efectivo ante jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales (arts. 8 y 25).

Ahora bien, respecto a la tutela judicial efectiva, conforme a los estándares de la Convención, los Estados tienen la obligación de: (i) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (art. 25.2.a); (ii) desarrollar las posibilidades de recurso judicial (art. 25.2.b); y (iii) garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (art. 25.2.b). Evidentemente, este derecho a la tutela o protección judicial efectiva también debe cumplir con los estándares del debido proceso referidas a las garantías mínimas de todo proceso, particularmente el derecho del fiscal a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones (art. 8.1).

Por lo tanto, no se cumple con el estándar de protección judicial efectiva, por el solo hecho de que el recurso esté previsto en el ordenamiento legal del Estado, si no tiene posibilidades reales de ser efectivo

<sup>81</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 21.

para proteger a los fiscales sancionados de manera arbitraria. Tampoco se cumple con esta obligación internacional del Estado, si el recurso judicial previsto en el ordenamiento no permite revisar integralmente la sanción disciplinaria impuesta, o si permitiéndolo, el tribunal se limita a hacer un análisis superficial o incompleto del recurso presentado, para desecharlo. Por lo cual, el recurso efectivo que debe brindar el Estado frente a las decisiones disciplinarias contra los fiscales, “no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas”<sup>82</sup>.

De allí que no cumplen con el deber del Estado de brindar un recurso idóneo y efectivo, aquellos recursos judiciales que por su naturaleza y configuración legal, no permiten una revisión integral de las decisiones disciplinarias, ni permiten alegar violaciones a los derechos al debido proceso<sup>83</sup>.

En ese sentido, los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* (Principios Básicos) han sido citados reiteradamente en los informes y decisiones tanto por la CIDH como por la Corte Interamericana<sup>84</sup>, son una interpretación autorizada y aceptada de las normas convencionales sobre la independencia judicial, los cuales establecen los siguientes principios relevantes al respecto<sup>85</sup>:

<sup>82</sup> Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párr. 91.

<sup>83</sup> Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párr. 88.

<sup>84</sup> Vgr. CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 73; *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 45; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, sentencia cit., párrs. 71, 75-77, 80; *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 100; *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 186; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., 146; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 190 y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 170. Además, ver CIDH: *Garantías para la Independencia de las y los Operadores De Justicia. Hacia El Fortalecimiento Del Acceso A La Justicia y el Estado de Derecho en las Américas*, documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 445 diciembre 2013, Original: Español.

<sup>85</sup> ONU. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, disponibles en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>.

1. "Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo" (principio 2);
2. "La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley" (principio 3);
3. "No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial", y las decisiones judiciales de los tribunales sólo estarán sujetas a "revisión judicial" (o de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas, de conformidad con lo dispuesto en la ley) (principio 4);
4. "Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos", por lo cual, no se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas "para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios" (principio 5);
5. "El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes" (principio 6); y
6. Cada Estado "proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones".

Por lo tanto, cuando se afecta la independencia judicial, no sólo se afectan respecto al juez o el fiscal las garantías del debido proceso reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana, y el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de dicha Convención; sino que además, respecto a los justiciables y ciertamente respecto al fiscal mismo también se afecta el propio derecho a la protección judicial efectiva,

reconocido en el artículo 25 de la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado:

*155. Teniendo en cuenta los estándares señalados anteriormente, la Corte considera que: i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana.<sup>86</sup> (Resaltados añadidos).*

En consecuencia, no se cumple con el estándar de protección judicial efectiva, por el solo hecho de que el recurso esté previsto en el ordenamiento legal del Estado, si éste no tiene posibilidades reales de ser efectivo para proteger a los fiscales sancionados de manera arbitraria. Tampoco se cumple con esta obligación internacional del Estado, si el recurso judicial previsto en el ordenamiento no permite revisar integralmente la sanción disciplinaria impuesta, o si permitiéndolo, el tribunal se limita a hacer un análisis superficial o incompleto del recurso presentado, para desecharlo. Por lo cual, el derecho a la protección judicial efectiva frente a un acto sancionatorio disciplinario impuesto a un fiscal, exige la posibilidad real de impugnar dicho acto ante un juez competente, independiente e imparcial, conforme a los estándares del debido proceso de la Convención, a fin de que dicho juez pueda analizar

<sup>86</sup> Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 155. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr.191; *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 200 y *Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 237, párr. 105.

los méritos (fondo) del recurso y analizar de manera integral la legalidad del acto incluso por desviación de poder, y, en caso de identificar los vicios del acto, decida amparar al fiscal recurrente para restablecerlo en el goce y ejercicio de sus derechos violados.

## **6. Los estándares relativos al derecho a la defensa y el principio de congruencia**

Como expusimos *supra*, el estándar relativo a los derechos de defensa de los fiscales sometidos a un proceso disciplinario, son las garantías mínimas a que hicimos referencia, contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana, fundamentalmente el derecho a: ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (art. 8.1); que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.2); comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada (art. 8.b.2.b); concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 8.b.2.c); defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (art. 8.b.2.d); interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (art. 8.b.2.f); y no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (art. 8.b.2.g).

Es importante resaltar, que el derecho a contar con medios adecuados para la defensa, recogido en el literal 8.2.c de la Convención Americana, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, se extiende a la obligación del Estado a *permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra* y, en ese mismo sentido, se debe respetar el *principio del contradictorio*. Ello permite la intervención del inculpado en el análisis de la prueba, como garantía procesal fundamental. También incluye la garantía bajo el literal 8.2.b, que refiere al conocimiento de una acusación mediante notificación previa y detallada *indispensable para el ejercicio de la defensa*<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 54.

Sobre los procesos disciplinarios sancionatorios de los operadores de la justicia, la Corte Interamericana, en el caso del Juez *Urrutia Laubreaux vs Chile*, aplicable al caso de los fiscales, hizo una explicación extensiva en la necesidad del conocimiento previo de una acusación penal mediante notificación previa y detallada de su contenido, en virtud de “*que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia*”. Continúa la Corte argumentando, que este derecho aplica “*tanto en materia penal como en los otros órdenes señalados en el artículo 8.1 de la Convención, a pesar de que la exigencia en los otros órdenes puede ser de otra intensidad o naturaleza (...)*”<sup>88</sup>. Y haciendo énfasis en su conclusión respecto a procesos disciplinarios, la Corte afirmó:

*Cuando se trata de un proceso disciplinario sancionatorio el alcance de esta garantía puede ser entendido de manera diversa, pero en todo caso implica que se ponga en conocimiento del sujeto disciplinable cuales son las conductas infractoras del régimen disciplinario que se le imputan*<sup>89</sup>. (Resaltados añadidos).

Por lo cual, en caso de que un fiscal sea denunciado ante la autoridad competente de haber cometido una falta legal, quien acusa (denuncia) tiene la carga de probar sus cargos, ya sea aportando la prueba directamente (como en el caso de las pruebas documentales) o solicitando a la autoridad disciplinaria la admisión de pruebas legales y pertinentes, a fin de que se ordene su evacuación. En todo caso, las pruebas deben estar sometidas al principio de control y por ello deben poder ser controvertidas por las partes (denunciante y fiscal acusado).

Frente a los alegatos y pruebas promovidas por el denunciante, la autoridad disciplinaria debe garantizar el derecho a la defensa del fiscal investigado. Para ello el fiscal debe imponerse cabalmente del contenido de la denuncia, contar con el tiempo suficiente y razonable para preparar su defensa, y plantear su articulación probatoria en el procedi-

<sup>88</sup> Corte IDH. *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*, sentencia cit., párr. 113.

<sup>89</sup> Corte IDH. *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*, sentencia cit., párr. 113.

miento sancionatorio. Ello incluye -mas no se limita- a la oportunidad para que el fiscal denunciado de contestación para aceptar o contradecir total o parcialmente la denuncia, para producir (documentales) y promover sus pruebas, y para oponerse a las pruebas producidas y promovidas por el denunciante por ser impertinentes o ilegales.

Del mismo modo, en caso de que el órgano disciplinario decida promover de oficio alguna prueba necesaria para esclarecer los hechos, el fiscal acusado/investigado tiene derecho a conocer la prueba y a que se le brinde una oportunidad para controlar la prueba y para defenderse frente a ella.

En todo caso, la decisión del órgano o juez sancionatorio debe respetar el *principio de congruencia*, es decir, que debe guardar la coherencia entre lo alegado y probado en la denuncia o acusación y durante el procedimiento llevado a cabo con debido proceso. Es decir, el órgano decisor, actuando con objetividad e imparcialidad, debe analizar todos los alegatos y pruebas contenidos en el expediente, tanto del denunciante como del fiscal denunciado, para así poder adoptar una decisión ajustada a Derecho. En el campo sancionatorio, el poder del órgano decisor no es discrecional, ni subjetivo ni por tanto arbitrario, sino reglado, es decir, debe ajustarse estrictamente al principio de legalidad. Para ello, el órgano decisor debe analizar la conducta del fiscal bajo las pruebas aportadas y apreciarlas bajo reglas estrictas, para analizar debidamente en qué medida se subsume en el tipo legal sancionatorio.

En ese sentido, en caso de que el órgano decisor concluya en su análisis que el fiscal acusado/denunciado/investigado ha incurrido sin lugar a duda en alguna falta prevista en la ley, tiene la obligación de “*analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción*”, tomando en cuenta “*las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir en el caso*”<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> En similar sentido esta Corte IDH ordenó que una pena fuera aplicada en forma proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se perseguía, tomando en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir en el caso. *Cfr. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

### III. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE REPARACIÓN DE LA VIOLACIÓN A LA INDEPENDENCIA DE LOS FISCALES

En caso de que ocurra una violación al derecho a la independencia de los fiscales mediante su remoción o destitución disciplinaria arbitraria, el deber del Estado consiste en adoptar las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales internos, que fueren necesarias para garantizar dicho derecho (art. 2, CADH). En el caso de que el fiscal destituido haya hecho uso del recurso judicial efectivo previsto en el ordenamiento jurídico, la obligación del Estado consistirá en tramitar dicho recurso conforme a las garantías del debido proceso y decidir las pretensiones sobre los méritos, de manera que se permita una decisión reparadora que la ampare en los derechos violados.

Los fiscales que han sido víctimas de remociones o destituciones arbitrarias de sus cargos, tienen derecho a ser protegidos en el Derecho interno mediante un recurso judicial efectivo. Este recurso judicial debe ser efectivo, para amparar al fiscal y repararlo de manera integral, incluida su reincorporación al cargo del cual fue arbitrariamente privado. Es decir, la protección efectiva debe restablecer al fiscal en el ejercicio del cargo, en virtud del principio de inamovilidad. De allí que la estimación con lugar de un recurso judicial contra la destitución arbitraria de un fiscal, debe necesariamente disponer como reparación su reincorporación al cargo, además de las demás reparaciones de los daños materiales y morales causados. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido lo siguiente respecto a los jueces, que resulta plenamente aplicable a los fiscales:

*81. Como se puede observar, los jueces cuentan con varias garantías que refuerzan su estabilidad en el cargo con miras a garantizar la independencia de ellos mismos y del sistema, así como también la apariencia de independencia frente al justiciable y la sociedad. Como ya lo ha reconocido este Tribunal, **la garantía de inamovilidad debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella. Ello es así puesto que de***

***lo contrario los Estados podrían remover a los jueces e intervenir de ese modo en el Poder Judicial sin mayores costos o control. [...] Por tanto, un recurso que declara la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación. En el presente caso, el recurso de nulidad era el idóneo porque declaró la nulidad y, como lo afirma la propia SPA, hubiera podido llevar a la reincorporación de la señora Reverón Trujillo. La pregunta que surge de esto es si las razones adelantadas por la SPA para no reincorporarla (el proceso de reestructuración judicial y su condición de jueza provisoria) eximían a la SPA de reordenar dicha reparación<sup>91</sup>. (Resaltados añadidos).***

Específicamente respecto a los fiscales, la Corte IDH ha sostenido que ante una remoción arbitraria de fiscal, la reparación que procede es su reincorporación inmediata:

*113. De acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal, ante una remoción arbitraria de un juez lo que procede es su reincorporación. En efecto, se considera que el reintegro inmediato ante una remoción arbitraria constituye la medida menos lesiva para satisfacer tanto las necesidades de buen servicio como la garantía de inamovilidad inherente a la independencia judicial. Esta medida de reparación también es aplicable a las y los fiscales cuando son removidos de su cargo con violación de las garantías judiciales [...].<sup>92</sup> (Resaltados añadidos).*

Así, respecto al contenido de la reparación integral, la propia Corte en los casos de fiscales destituidos arbitrariamente que han llegado a su conocimiento, ha dispuesto la adopción de las siguientes medidas por los Estados<sup>93</sup>:

En primer lugar, la reincorporación inmediata del fiscal destituido a su cargo. En este sentido, la Corte ha afirmado, que ante una remoción arbitraria de fiscal (o juez) lo que procede es su reincorporación, ya que

<sup>91</sup> Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 81.

<sup>92</sup> Corte IDH. *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párr. 113.

<sup>93</sup> Ver, Corte IDH. *Cfr. Martínez Esquivia Vs. Colombia*, sentencia cit., párr. 154 y puntos resolutivos y *Caso Nissen Pessolani Vs. Paraguay*, sentencia cit., párrs. 113 y ss. y puntos resolutivos.

constituye la medida menos lesiva para satisfacer tanto las necesidades de buen servicio como la garantía de inamovilidad inherente a la independencia judicial. Sin embargo, en caso de que dicha reposición no sea justificadamente posible o si el fiscal no solicita su reincorporación, la Corte fija una indemnización.

En segundo lugar, el pago de una indemnización por el daño material de las remuneraciones dejadas de percibir por el fiscal (o juez) mientras haya estado fuera del cargo. En tercer lugar, el pago de una indemnización por el daño inmaterial (moral) causado. En cuarto lugar, eliminar cualquier registro público de la sanción o condena. En quinto lugar, que la sentencia de la Corte constituye, por sí misma, una forma de reparación, lo cual abarca a su vez la necesidad de realizar las publicaciones del fallo de la Corte (en la prensa y en el boletín oficial). En séptimo lugar, el pago de las costas y los gastos.

Y en octavo lugar, dependiendo del análisis que haga la Corte del ordenamiento jurídico del Estado, ésta puede además adoptar medidas de no repetición de carácter general, como requerir al Estado la adopción las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento a la Convención Americana en los términos que disponga dicho Tribunal, o adoptar otras medidas de carácter general o estructural (por ej. manuales, jurisprudencia, cursos de capacitación, políticas públicas, etc.).

#### **IV. LOS LÍMITES DEL ESTADO A LAS RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS FISCALES**

En términos generales, los titulares de los derechos humanos son todas las personas; y excepcionalmente, como en el caso ciertos derechos políticos, pueden ser únicamente los ciudadanos de un Estado. De allí que, como principio general, los jueces y los fiscales, como personas y además como ciudadanos, son titulares y puedan ejercer los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, especialmente la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación y los derechos políticos, ya que estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático<sup>94</sup>.

<sup>94</sup> Estos derechos junto con los derechos políticos fueron invocados por la Corte IDH en Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Un elemento importante de las garantías de la independencia de los jueces en una sociedad democrática es la *libertad de expresión*. Esta es definida en la Carta Democrática Interamericana, como uno de los *componentes fundamentales* del ejercicio de la democracia<sup>95</sup>.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 13 de la Convención Americana, ha sido desarrollada ampliamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como una piedra angular para la existencia de una sociedad democrática, tanto en su dimensión individual, de quien ejerce el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones de toda índole, sin censura previa; como en su dimensión social, del derecho colectivo de la sociedad a recibir informaciones y opiniones de toda índole, sin censura previa<sup>96</sup>.

Conforme a las *Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales, los fiscales, al igual que los demás ciudadanos, “gozarán de libertad de expresión, creencias, asociación y reunión”*. En particular, tendrán derecho a *“tomar parte en debates públicos sobre cuestiones relativas a las leyes, la administración de justicia y el fomento y la protección de los derechos humanos y a adherirse a organizaciones locales, nacionales o internacionales o constituir las y a asistir a sus reuniones, sin que sufran relegación profesional por razón de sus actividades lícitas o de su calidad de miembros de organizaciones lícitas. En el ejercicio de esos derechos, los fiscales procederán siempre de conformidad con las leyes y los principios y normas éticas reconocidos en su profesión.”*<sup>97</sup> (resaltados añadidos).

Si bien el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y está sujeto a restricciones, la Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido, siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, y por ello, deben: (i) estar previstas en ley; (ii) perseguir un fin legítimo; y (iii) cumplir con los

---

Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 140. En el mismo sentido: *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 160.

<sup>95</sup> OEA. Carta Democrática Interamericana, 11 de septiembre de 2001, art. 4.

<sup>96</sup> Ver, Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 16: Libertad de Pensamiento y de Expresión*. San José, Costa Rica, 2021.

<sup>97</sup> ONU. *Directrices sobre la función de los fiscales, adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, cit., párr. 8.

requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad<sup>98</sup>. En el caso de los fiscales, debido a sus funciones en la administración de justicia, en condiciones normales del Estado de Derecho, “*pueden estar sujetos a restricciones distintas y en sentidos que no afectarían a otras personas, incluyendo a otros funcionarios públicos*”<sup>99</sup>. De allí que, conforme a esos principios, la finalidad de proteger la independencia y la imparcialidad de la justicia como un derecho o libertad de los demás, pueda justificarse la “restricción de ciertas conductas” de los fiscales<sup>100</sup>. En todo caso, la facultad de los Estados de regular o restringir estos derechos “no es discrecional”; por lo que, cualquier limitación a los derechos consagrados en la Convención “*debe interpretarse de manera restrictiva*”<sup>101</sup>.

No obstante, el espectro de la libertad de expresión se ve ampliado frente a las restricciones incluso legítimas a este derecho, a las que podría estar sometido un fiscal en condiciones normales. La Corte Interamericana, citando los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, ha afirmado que, pueden existir situaciones donde un juez -y por ende un fiscal-, como ciudadano parte de la sociedad, considere que tiene un deber moral de expresarse<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> Cfr. Corte IDH. *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra*, párrs. 35 y 37, y *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 273. Ver también, sobre el derecho a la libertad de expresión: *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 43 y **Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 127, citados en la sentencia de la Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras**, sentencia cit., párr. 168.

<sup>99</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 169.

<sup>100</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 171.

<sup>101</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 172.

<sup>102</sup> Cfr. ONU, *Comentarios relativos a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, elaborados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2013, párrs. 65 y 140. Al respecto, el Código Iberoamericano de Ética Judicial establece que “[e]l juez tiene el derecho y el deber de denunciar cualquier intento de perturbación de su independencia”. Código Iberoamericano de Ética Judicial de 2006, artículo 6. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/CodigoEtico.pdf>, consultado en fecha 19 de enero de 2021.

Al respecto, en el caso *López Lone y otros*, la Corte citó entre los fundamentos de su decisión, la afirmación Leandro Despouy (ex Relator para la independencia de jueces y abogados de las Naciones Unidas 2003-2009) perito en ese caso, quien señaló que puede constituir un deber para los jueces -y por ende de los fiscales- pronunciarse “*en un contexto en donde se esté afectando la democracia, por ser los funcionarios públicos[,] específicamente los operadores judiciales, guardianes de los derechos fundamentales frente a abusos de poder de otros funcionarios públicos u otros grupos de poder*”<sup>103</sup>. En dicho caso, la Corte Interamericana concluyó, que, en momentos de graves crisis democráticas, “*no son aplicables a las actuaciones de los jueces y de las juezas en defensa del orden democrático las normas que ordinariamente restringen su derecho*” a la participación en política, la libertad de expresión, el derecho de reunión y de manifestación<sup>104</sup>.

Los fiscales, al igual que otros ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión; no obstante, en el ejercicio de este derecho, los fiscales al igual que los jueces, deberán expresarse de conformidad con la ley, los estándares y las normas éticas de su profesión<sup>105</sup>. En este sentido, se ha reconocido que, en el caso de los funcionarios públicos, el ejercicio de la libre expresión tiene ciertas características especiales, pues ellos comunican a la sociedad asuntos de interés público y relevantes para la sociedad en su conjunto.

Al referirse a la libertad de expresión de los funcionarios públicos, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha señalado que, bajo ciertas circunstancias, la libertad de expresión no es solo un derecho sino también un deber<sup>106</sup>, especialmente cuando se refiere a la investigación de actos de corrupción. Al respecto, las Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales establecen que los fiscales prestarán la debida atención “*al enjuiciamiento de los funcionarios públicos*

<sup>103</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 173.

<sup>104</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 174.

<sup>105</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Cuba. 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, párrs. 8-9.

<sup>106</sup> Corte IDH., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 139

*que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional y, cuando lo autoricen las leyes o se ajuste a la práctica local, a la investigación de esos delitos”.*<sup>107</sup>

Respecto de la libertad de expresión, la Corte Interamericana inicia su análisis resaltando la existencia de un consenso regional sobre la necesidad de limitar o restringir la expresión y la participación de los jueces -y por ende los fiscales- en las actividades político-partidarias. Sin embargo, seguidamente, reconoció que *“pueden existir situaciones donde un juez, como ciudadano parte de la sociedad, considere que tiene un deber moral de expresarse”*. A partir de ello, la Corte ha concluido que esas manifestaciones no pueden considerarse un incumplimiento a sus obligaciones funcionales, ni, por lo tanto, como infracciones disciplinarias, pues deben entenderse como *“un ejercicio legítimo de sus derechos como ciudadanos a participar en política, la libertad de expresión y el derecho de reunión y de manifestación”*<sup>108</sup>.

Por otro lado, la Corte ha establecido que ciertas restricciones a la libertad de expresión de los jueces y de los demás funcionarios públicos -como los fiscales- que prestan servicios en el Poder Judicial, son necesarias en todos los casos donde la autoridad e imparcialidad de la judicatura pudieran ser cuestionadas<sup>109</sup>. En ese sentido, ha considerado que el deber de lealtad y discreción de los funcionarios públicos, y específicamente del poder judicial, exige que la difusión de información, aun veraz, se realice con moderación y decoro, teniendo que considerarse en algunos casos si las expresiones realizadas por algunos funcionarios resultan excesivas en vista de su estatus judicial<sup>110</sup>.

En este sentido, bajo determinadas circunstancias y cuando estén dadas las condiciones para sustraer del conocimiento público cierta información bajo el control del Estado, los empleados o funcionarios de

<sup>107</sup> ONU. Directrices sobre la función de los fiscales, cit., párr. 25.

<sup>108</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 170.

<sup>109</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 170 y TEDH. *Caso Wille Vs. Liechtenstein*. No. 28396/95. Decisión del 28 de octubre de 1999, párr. 64 y *Caso Kudeshkina Vs. Rusia*. No. 29492/05. Decisión del 26 de febrero de 2009, párr. 86.

<sup>110</sup> TEDH. *Caso Kudeshkina Vs. Rusia*. No. 29492/05. Decisión del 26 de febrero de 2009, párr. 93.

una institución tienen un deber de guardar confidencialidad, entendiendo que incluso en determinados casos, el incumplimiento del deber de confidencialidad puede causar responsabilidades administrativas, civiles o disciplinarias para quien lo incumpla<sup>111</sup>. No obstante, es necesario aclarar que **el deber de confidencialidad no abarca la información relativa a la institución o a las funciones que ésta cumple, cuando dicha información ya se ha hecho pública**<sup>112</sup>.

La Declaración Conjunta sobre Libertad de expresión y administración de justicia establece aplicable a fiscales, afirma que “derecho de los jueces a la libertad de expresión y a formular comentarios sobre asuntos de interés público sólo debe estar sometido a restricciones claramente delimitadas conforme sea necesario para proteger su independencia e imparcialidad”<sup>113</sup>. En ese sentido, los Principios Básicos invocados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, establecen que al igual que los demás ciudadanos, los jueces y por ende los fiscales, “gozan de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión”, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que se “preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura” (principio 8)<sup>114</sup>.

Por último, la Corte Interamericana, invocando su precedente en el caso *Uzcátegui y otros* ha señalado que los procesos sancionatorios pueden generar “*un efecto intimidador o inhibitorio en el ejercicio de su libertad de expresión, contrario a la obligación estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de este derecho en una sociedad democrática*”<sup>115</sup>, sometiendo la aplicación de esta consideración a los hechos

<sup>111</sup> Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 77. CIDH y RELE. *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. 2010, párrs. 213-214.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> Relator Especial de la ONU sobre la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de Prensa y el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión. *Declaración Conjunta sobre Libertad de expresión y administración de justicia, Comercialización y libertad de expresión, y Difamación penal*, 2002.

<sup>114</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 170.

<sup>115</sup> Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249, párr. 189, citado en *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 176.

particulares de cada caso<sup>116</sup>. Además de ello, a pesar de no tratarse de procesos penales, la Corte ha considerado que en determinadas circunstancias, el mero hecho de “iniciar un proceso disciplinario” en contra de los jueces -y por ende también a fiscales- por sus actuaciones, “podría tener el efecto intimidante”, y por lo tanto, constituir una restricción indebida a sus derechos<sup>117</sup>.

Por otro lado, la Corte ha establecido que ciertas restricciones a la libertad de expresión de los jueces y de los funcionarios públicos -como los fiscales- que prestan servicios en el poder judicial, son necesarias en todos los casos donde la autoridad e imparcialidad de la judicatura pudieran ser cuestionadas<sup>118</sup>. En ese sentido, ha considerado que el deber de lealtad y discreción de los funcionarios públicos, y específicamente del poder judicial, exige que la difusión de información, aun veraz, se realice con moderación y decoro, teniendo que considerarse en algunos casos si las expresiones realizadas por algunos funcionarios resultan excesivas en vista de su estatus judicial<sup>119</sup>.

Bajo determinadas circunstancias y cuando estén dadas las condiciones para sustraer del conocimiento público cierta información bajo el control del Estado, los empleados o funcionarios de una institución tienen un deber de guardar confidencialidad, entendiéndose que incluso en determinados casos, el incumplimiento del deber de confidencialidad puede causar responsabilidades administrativas, civiles o disciplinarias para quien lo incumpla<sup>120</sup>. No obstante, es necesario aclarar que **el deber de confidencialidad no abarca la información relativa a la institución o a las funciones que ésta cumple, cuando dicha información ya se ha hecho pública**<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> Cfr. *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 189, citado en *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 176.

<sup>117</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 176.

<sup>118</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 170 y TEDH. *Caso Wille Vs. Liechtenstein*. No. 28396/95. Decisión del 28 de octubre de 1999, párr. 64, y *Caso Kudeshkina Vs. Rusia*. No. 29492/05. Decisión del 26 de febrero de 2009, párr. 86.

<sup>119</sup> TEDH. *Caso Kudeshkina Vs. Rusia*. No. 29492/05. Decisión del 26 de febrero de 2009, párr. 93.

<sup>120</sup> Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 77; y CIDH y RELE. *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. 2010, párrs. 213-214.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

Por otro lado, es deber de los funcionarios públicos asegurarse de que al ejercer su libertad de expresión no estén causando consecuencias adversas o el desconocimiento de derechos fundamentales. En palabras de la Corte Interamericana, “*deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos*”<sup>122</sup>. En consecuencia, los funcionarios públicos no pueden, por ejemplo, vulnerar el principio de presunción de inocencia al señalar directamente a través de medios de comunicación o de periodistas, a personas como culpables de delitos que no han sido establecidos judicialmente.

De esta forma, los fiscales también tienen el deber de asegurarse que sus pronunciamientos no constituyan una injerencia arbitraria, directa o indirecta, en los derechos de quienes contribuyen a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento. Asimismo, los funcionarios públicos también tienen el deber de asegurarse que con sus pronunciamientos no lesionen los derechos de los fiscales y de aquellos otros, que contribuyen a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento, tales como periodistas y medios de comunicación. A este respecto, la Corte Interamericana ha indicado que los funcionarios deben atender al contexto en el cual se expresan para asegurarse de que sus expresiones no constituyen, “*formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento*”. Este deber de los funcionarios se acentúa en situaciones en las que se presenta, “*conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política*”, debido a los riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado<sup>123</sup>.

Por su lado, los funcionarios públicos están en el deber de garantizar que, al ejercer su libertad de expresión, no están interfiriendo sobre

<sup>122</sup> Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) *Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 131.

<sup>123</sup> Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 139 y *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 151.

el adecuado funcionamiento de las demás autoridades en perjuicio de los derechos de las personas, en particular sobre la autonomía e independencia judicial. Para la Corte Interamericana, “*los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador*”, puesto que ello afectaría los derechos correlativos a dicha independencia de los que son titulares los ciudadanos<sup>124</sup>.

Por ello, al iniciarse un proceso, no se debe actuar con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por el contrario, establecer que la carga de la prueba es de quien acusa y cualquier duda deberá ser usada en beneficio del acusado<sup>125</sup>. La Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo vs Perú*, sostuvo que no debe condenarse informalmente a una persona o emitir un juicio ante la sociedad que contribuya a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley, la responsabilidad penal del imputado<sup>126</sup>. Ello, como se establece en la observación general 32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con el fin de que todas las autoridades públicas, cumplan el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado, por lo que los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia<sup>127</sup>.

Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que las exhibiciones del imputado por parte de funcionarios

<sup>124</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, sentencia cit., párr. 131.

<sup>125</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 184 y TEDH. *Caso Barberà, Messegué y Jabardo vs Spain*. Decisión del 06 de diciembre de 1988, párrs. 77 y 91.

<sup>126</sup> Corte IDH. *Caso Loyza Tamayo Vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, párr. 33.

<sup>127</sup> ONU. Comité de Derechos Humanos, *Observación General núm. 32*, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 30.

públicos, violan la presunción de inocencia. El Tribunal Europeo ha sancionado casos donde los fiscales o policías hacen referencia, sin reservas, mediante conferencias de prensa, a la culpabilidad por delitos graves del imputado. Las presentaciones del detenido ante medios de comunicación pueden resultar lesivas en dos sentidos: a) por violar los derechos de la persona presentada como culpable, y b) por atentar contra la independencia judicial<sup>128</sup>.

En este orden, el Consejo de Europa emitió la Recomendación REC (2003)13 del Comité de Ministros sobre la provisión de información a través de los medios noticiosos en relación con el procedimiento penal. Esta directiva reconoce como principio del derecho a recibir información sobre la actuación de la autoridad del sistema justicia penal, y, en consecuencia, el derecho de los periodistas y medios a informar libremente sobre el funcionamiento del sistema. En esos casos, la información proporcionada a través de los medios debe respetar la presunción de inocencia, la exactitud de la información el acceso de información en condiciones de igualdad para todos los periodistas, la protección a la privacidad, y el derecho a réplica, entre otros<sup>129</sup>.

Con relación a los límites del derecho a la libertad de expresión de un agente fiscal en la etapa procesal correspondiente a la investigación, es pertinente resaltar que el Tribunal Europeo ha establecido que “*los asuntos que conciernen al funcionamiento del sistema judicial constituyen cuestiones de interés público, cuyo debate goza de la protección del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos*”<sup>130</sup> (resaltados añadidos). En ese sentido, si bien el Tribunal Europeo reconoció que los funcionarios judiciales están sometidos a especiales deberes de recato en aquellos casos en los que la imparcialidad e independencia del poder judicial pueda ser puesta en duda, **también**

<sup>128</sup> Stephnie Erin Brewer, “Hacia un proceso penal constitucional. Elementos para entender y aplicar la presunción de inocencia en México”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2014, pp. 24-36.

<sup>129</sup> Consejo de Europa, *Recomendación REC (2003)13 del Comité de Ministros sobre la provisión de información a través de los medios noticiosos en relación con el procedimiento penal*, disponible en: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805df617](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805df617)

<sup>130</sup> TEDH. *Caso Kudeshkina Vs. Rusia*. No. 29492/05. Decisión del 26 de febrero de 2009, párr. 86.

**consideró que el hecho de que un determinado asunto tenga implicancias políticas no es por sí solo motivo suficiente para prevenir a un funcionario emitir opinión sobre ello**<sup>131</sup>.

Asimismo, en el caso de los funcionarios públicos, el ejercicio de la libre expresión tiene ciertas características especiales, pues ellos comunican a la sociedad asuntos de interés público y relevantes para la sociedad en su conjunto. Al referirse a la libertad de expresión de los funcionarios públicos, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha señalado que, bajo ciertas circunstancias, *la libertad de expresión no es solo un derecho sino también un deber*<sup>132</sup>, especialmente cuando se refiere a la investigación de actos de *corrupción*. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe de Fondo del caso, *Nissen Pessolani vs. Paraguay* ha establecido que “*los fiscales a cargo de investigaciones por la presunta comisión de actos de corrupción tienen el derecho y el deber de informar a la sociedad, a través de la prensa, sobre la naturaleza de las investigaciones a su cargo y las implicancias que estas pueden tener para la sociedad y el Estado en su conjunto*”<sup>133</sup>.

Aunado a ello, la Corte ha sostenido, por ejemplo, que la trascendente función democrática de la libertad de expresión exige que, en determinados casos, los funcionarios públicos efectúen pronunciamientos sobre asuntos de interés público en cumplimiento de sus atribuciones legales<sup>134</sup>, por lo que no sólo es legítimo, sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público<sup>135</sup>.

No obstante, la libertad de expresión de los operadores de justicia está sujeta a que los mismos se conduzcan preservando la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura

<sup>131</sup> TEDH. *Caso Kudeshkina Vs. Rusia*. No. 29492/05. Decisión del 26 de febrero de 2009, párr. 95.

<sup>132</sup> Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 139

<sup>133</sup> CIDH. Informe No. 301/20. Caso 12.963. *Caso Nissen Pessolani y Paraguay*. 29 octubre 2020, párr. 92.

<sup>134</sup> Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 151.

<sup>135</sup> Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) *Vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 131 y CIDH. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*, 5 de diciembre de 2013, párr. 171.

incluyendo “*el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas*”<sup>136</sup>.

Ahora bien, para analizar la determinación de cuándo las expresiones de un operador de justicia no se encuentran amparadas por la libertad de expresión, es necesario verificar (i) el cumplimiento del principio expreso de reserva de *ley*, (ii) que la limitación esté orientada a *fin*es imperiosos autorizados por la Convención, y (iii) que la limitación sea *necesaria* en una sociedad democrática para el logro de los fines que se buscan, idónea para lograr el objetivo que pretende lograr y estrictamente *proporcional* a la finalidad perseguida<sup>137</sup>.

En este sentido, las causales de faltas disciplinarias que establecen en términos amplios y ambiguos como “atentar contra la dignidad del cargo”, la prohibición “de intervención pública” de las y los operadores de justicia “o “la realización de actos de carácter público” que atenten contra “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral públicas”, son causales que por su imprecisión, permiten un alto grado de discrecionalidad al no cumplir el principio de legalidad estricta. Este tipo de causales vagas por imprecisas no se ajustan al principio de tipicidad legal, por lo que de ser utilizadas para sancionar indebidamente la libre expresión de las y los operadores de justicia, violan la independencia judicial (art. 13) y la independencia judicial (art. 8.1)<sup>138</sup>.

## **1. Los posibles límites derivados del respeto a los derechos o la reputación de los demás**

El artículo 13.2 de la Convención establece que:

[...] 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulterio-

<sup>136</sup> ONU. *Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985. Principio No. 8.

<sup>137</sup> CIDH. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*, cit., párr. 174.

<sup>138</sup> CIDH. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*, cit., párr. 175.

res, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas [...]

Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido reiteradamente que las expresiones concernientes a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie un debate amplio y democrático<sup>139</sup>, siendo que:

*[...] es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.*<sup>140</sup>

Con relación al artículo 13.2, es importante precisar que el umbral de protección de la libertad de expresión frente al honor o reputación de las personas es mayor cuando se trata de funcionarios públicos o de temas de interés público; y al mismo tiempo, el umbral de protección para el derecho al honor de los funcionarios públicos y de las personas que se dedican a actividades públicas, es menor que el de los simples particulares. La Corte ha establecido que esta diferenciación no obedece a la calidad del sujeto como funcionario público, “sino en el interés público de las actividades que realiza”<sup>141</sup>; y ha señalado que por ello, “los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público”<sup>142</sup>, ello por su propia voluntad, de tal modo que “sus

<sup>139</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia cit., párr. 98; *Caso Kimel Vs. Argentina* sentencia cit., párr. 86 y *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, sentencia cit., párr. 115.

<sup>140</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia cit., párr. 98 y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 82.

<sup>141</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia cit., 103 y *Caso Kimel Vs. Argentina*, sentencia cit., párr. 86.

<sup>142</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia cit., párr. 103 y *Caso Kimel Vs. Argentina*, sentencia cit., párr. 86.

*actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público*”<sup>143</sup>.

Asimismo, en el caso *Álvarez Ramos*, la Corte fue muy clara al señalar que, es inconveniente el uso del Derecho penal para proteger el derecho a la honra de un funcionario público, frente a expresiones realizadas sobre actos realizados en el ejercicio de sus funciones<sup>144</sup>.

En ese sentido, las leyes de calumnias e injurias son, en muchas ocasiones, leyes que en lugar de proteger el honor de las personas son utilizadas para atacar o silenciar, el discurso que se considera crítico de la administración pública<sup>145</sup> o en definitiva la crítica o cuestionamiento de la actuación de los funcionarios públicos. Con ello, se pretende acallar la crítica democrática con la protección irrazonable del honor de los funcionarios en asuntos de interés públicos.

Ahora bien, las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión están sometidas a los estándares -además de legalidad- de la *necesidad en una sociedad democrática, mínima intervención, razonabilidad y proporcionalidad*<sup>146</sup>. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido categórica en cuanto a las exigencias del principio de legalidad con relación a la responsabilidad por los posibles abusos en el ejercicio de la libertad de expresión. Asimismo, cualquier responsabilidad no sólo debe atender a la legitimidad de los fines perseguidos, sino además que esa restricción sea necesaria para asegurar esos fines en una sociedad democrática<sup>147</sup>.

Los parámetros convencionales para el establecimiento válido de las limitaciones legítimas a la libertad de expresión, así como de la

<sup>143</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia cit., párr. 103 y *Caso Kimel Vs. Argentina*, sentencia cit., párr. 86.

<sup>144</sup> Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párrs. 119-122.

<sup>145</sup> CIDH. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Seguimiento de la Legislación Interna De Los Estados Miembros, Legislación y libertad de Expresión*, párr. 5-8, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=598&IID=2>.

<sup>146</sup> Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*, sentencia cit., párrs. 77, 78 y 83. CIDH. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico Interamericano Sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*, 2010, párr. 107.

<sup>147</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Artículos 13 y 19 Convención Americana de Derechos Humanos), cit., párr. 39 y *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia cit., párr. 120.

responsabilidad ulterior que ellas pueden comportar, han sido expuestos desde hace décadas por la Corte Interamericana, en los siguientes términos:

*El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:*

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,*
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,*
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y*
- d) Que esas causales de responsabilidad sean «necesarias para asegurar» los mencionados fines.*

*Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2<sup>148</sup>.*

En consecuencia, para que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión puedan dar lugar a la imposición de sanciones, corresponde a la autoridad competente del Estado, demostrar que todas esas cuatro (4) condiciones han sido cumplidas. Además, todos los cuatro (4) requisitos enunciados deben concurrir simultáneamente, para que las responsabilidades impuestas no sean violatorias a la Convención Americana.

Con relación al requisito de la *legalidad*, como ya lo hemos desarrollado más extensamente varias veces en este dictamen a lo cual nos remitimos, se ha establecido que las restricciones a la libertad de expresión deben estar previamente fijadas en la ley formal y material, como medio para asegurar que las mismas no queden al arbitrio del poder sancionatorio del Estado. Para esto, la tipificación legal de la conducta debe ser clara y precisa<sup>149</sup>.

En segundo lugar, respecto a la *finalidad* legítima y la idoneidad de la limitación, la Corte ha reconocido que el derecho a la honra, consa-

<sup>148</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cit., párr. 39.

<sup>149</sup> Corte IDH. Caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, sentencia cit., párrs. 119 a 122.

grado en el artículo 11 de la Convención, también ampara a los funcionarios públicos, al igual que a cualquier otra persona<sup>150</sup>.

Ahora bien, la forma idónea de reparación del honor y la reputación, cuando resulte procedente, debe ser mediante el *derecho de rectificación o respuesta*, máxime cuando se trate de funcionarios públicos y en asuntos de interés público. De manera que sólo cuando éste haya sido insuficiente para reparar un daño a derechos ajenos, y únicamente en casos extremos y justificados, pueden ser mecanismos de responsabilidad civil, pero de manera limitada, proporcional y razonable, ya que de lo contrario las condenas civiles pueden resultar más punitivas incluso que las penales. En este sentido, la Corte ha establecido que el “*temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal*”, “*con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público*”<sup>151</sup>. En este sentido, en cuanto a las sanciones civiles, los Relatores para la Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y OESCE, han afirmado que cuando éstas resulten procedentes (test tripartito), las mismas no deben tener un efecto inhibitorio y la ley debe dar prioridad a la utilización de una forma de reparaciones no pecuniarias<sup>152</sup>.

En tercer lugar, en cuanto se refiere a la *necesidad* de la medida y exigencia del grado de diligencia, los Estados que de alguna manera restrinjan la libertad de expresión mediante la aplicación de responsabilidades ulteriores, están obligados a demostrar que ésta es necesaria en una sociedad democrática, para el logro de los objetivos imperiosos que se persiguen<sup>153</sup>. El adjetivo “necesarias” no equivale a “útil”, “razona-

<sup>150</sup> Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, sentencia cit., párr. 71.

<sup>151</sup> Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, sentencia cit., párr. 129 y *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*, sentencia cit., párr. 74.

<sup>152</sup> CIDH. Relatoría para la Libertad de Expresión, “*Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión*,” 2000, disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=142&IID=2>

<sup>153</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia cit., párr. 120-123. Corte IDH., *Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación obligatoria de periodistas*, cit., párr. 46.

ble” ni “oportuna”<sup>154</sup>; por lo cual, para que la restricción sea legítima, debe obedecer a una *necesidad social imperiosa* o a un *interés social imperativo* en una *sociedad democrática*<sup>155</sup>. De allí que el requisito de “necesidad” implica, entre otras cosas, que el derecho a la libertad de expresión no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del mismo<sup>156</sup>.

Las restricciones y responsabilidades ulteriores deben ser además estrictamente *proporcionales* al fin legítimo que las justifica, y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo de tal libertad<sup>157</sup>. Para determinar la estricta proporcionalidad de la medida de limitación, ha de determinarse si el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen<sup>158</sup>.

De igual forma, la práctica reiterada en países de la región, consiste como regla general en la prohibición de censura previa, y la determinación de responsabilidad ulterior en casos en que se afecte el honor de alguna persona o de asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, en el marco de la interpretación del artículo 13.2 de la Convención conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>159</sup>.

<sup>154</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación obligatoria de periodistas*, cit., párr. 46; *Caso Herrera Ulloa*, sentencia cit., párr. 122.

<sup>155</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia cit., párr.122; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111., párr. 96 y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia cit., párr. 92.

<sup>156</sup> Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*, sentencia cit., párr. 83; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, sentencia cit., párr. 85; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia cit., párrs. 121-122 y Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas*, cit., párr. 46.

<sup>157</sup> Corte IDH. *Caso Kimel*, sentencia cit., párr. 83; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, sentencia cit., párr. 85.; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia cit., párr. 123. CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*.

<sup>158</sup> Corte IDH. *Caso Kimel vs Argentina*, sentencia cit., párr. 83 y CIDH. *Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Título IV: Conclusión. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995. Aprobado en el 88° período ordinario de sesiones.

<sup>159</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. *Sentencia T-391/07. 2007*, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm> ; Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. *Sentencia T-145/19. 2019*, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-145-19.htm> ; Corte Constitucional de Ecu-

## 2. Los límites derivados de la presunción de inocencia

La prudencia del ejercicio de la función fiscal obliga a sus funcionarios expresarse con especial cautela respecto a personas sujetas a investigación penal, a fin de no afectar su honor y reputación, además de la presunción de su inocencia. Para ello, los fiscales deben expresarse respecto a las “personas investigadas” en esos términos, o como “presuntamente responsables” de un hecho ilícito. Sin embargo, nos remitimos a lo tratado *supra* en este trabajo, con relación a los principios sobre presunción de inocencia, libertad de expresión de los funcionarios públicos, asuntos de interés públicos, asuntos propios de la función de los fiscales, y las informaciones que la prensa haya podido hacer públicas mediante fuentes alternativas, que ya sean del dominio público.

Habría que tomar en cuenta entonces, si es el caso que en una sociedad existe un debate público sobre la corrupción u otros delitos, resultará entonces evidente que cualquier investigación que se abra al respecto, será objeto de un legítimo interés público. Recordemos que conforme a los principios contenidos en las Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales, al igual que los demás ciudadanos, los fiscales gozan de libertad de expresión, y en particular, tienen “*derecho a tomar parte en debates públicos sobre cuestiones relativas a las leyes, la administración de justicia y el fomento y la protección de los derechos humanos*” y en el ejercicio de este derecho, “*los fiscales procederán siempre de conformidad con las leyes y los principios y normas éticas reconocidos en su profesión*”<sup>160</sup>.

---

dor. Sentencia No. 282-13-JP/19. 04 de septiembre de 2019, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/archivostemporales/665-caso-n%C2%BA-282-13-jp/file.html>; Suprema Corte de México. *Acción de Inconstitucionalidad 29/2011*, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=132774&SeguimientoID=549>; Suprema Corte de México. *Amparo Directo en Revisión 2044/2008*, 17 de junio de 2009, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-02/ADR%202044-2008.pdf>; y Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro Distrito de Belford Roxo. Tribunal Penal Especial Adjunto al Segundo Tribunal Penal del Distrito de Belford Roxo. *Caso No. 0013156 -07.2015.8.19.0008*. Sentencia de 4 de julio de 2016, disponible para consulta en: <http://emporiododireito.com.br/juiz-do-tjrj-faz-controle-de-convencionalidade-do-crime-de-desacato/>

<sup>160</sup> ONU. Principios sobre la función de los fiscales, cit, párr. 8.

Este derecho impone a los fiscales un deber de informar sobre especialmente sobre asuntos de interés público, de una manera acorde con sus funciones de investigación y justicia, y sin violar los derechos de los investigados o terceros, incluyendo la presunción de inocencia. Por ello, es cónsono que en sus expresiones públicas use términos como “presunto hecho punible” o que existen “presuntos responsables” o “aparentes partícipes” o simplemente “investigados”, “imputados” o en su caso “acusados”. En todo caso, las expresiones inconvenientes de un fiscal deben analizarse bajo las causales legales taxativas, para hacer una “evaluación objetiva”<sup>161</sup> a fin de determinar si configuran una actuación “*claramente fuera del marco de las normas profesionales*”<sup>162</sup> “*de conformidad con la ley, el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas establecidas y teniendo presentes estas Directrices*”<sup>163</sup>, que amerite la apertura de un procedimiento disciplinario de conformidad con la gravedad de la falta.

De allí que si los periodistas y medios de comunicación hacen pública la información relativa a una investigación fiscal, los fiscales encargados del asunto deben ser cautelosos a la hora de dar informaciones, para no afectar el curso de las investigaciones y la justicia, así como la presunción de inocencia. Sin embargo, es necesario tener presente que en el uso de la libertad de expresión y de informar, los periodistas y los medios pueden libremente complementar, exagerar o adjetivar las informaciones recibidas que sean objeto de atención por la opinión pública. Por lo que, a veces es necesario y legítimo, que los periodistas utilicen (a través de los medios de comunicación social) un lenguaje fuerte para llamar la atención de sus lectores o escuchas. De allí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya afirmado que “*la libertad periodística también comprende el recurso posible a cierto grado de exageración o inclusive de provocación*”<sup>164</sup>. Esto es particularmente

<sup>161</sup> ONU. Principios sobre la función de los fiscales, cit, párr. 22.

<sup>162</sup> ONU. Principios sobre la función de los fiscales, cit, párr. 21.

<sup>163</sup> ONU. Principios sobre la función de los fiscales, cit, párr. 22.

<sup>164</sup> TEDH, *Prager and Oberschlick Vs. Austria*, Decisión del 26 de abril de 1995, párr. 38; También, *Thoma Vs. Luxemburg*, Decisión del 29 de marzo de 2001, párr. 46. (“...journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation”; “...la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d’exagération, voire de provocation.”)

válido cuando se trata de la emisión de información o ideas sobre temas relacionados con el interés público, sobre los cuales tiene máxima importancia atraer la atención de la colectividad. Ello es necesario tenerlo presente, a la hora de pretender imputarle a un fiscal todos los términos con los cuales la prensa pueda reseñar sus declaraciones.

Por otro lado, es necesario tener presente, que el Estado debe garantizar la plena independencia de los fiscales encargados de este tipo de casos sensibles que pueden afectar a funcionarios y autoridades, de manera que puedan cumplir cabalmente sus funciones con diligencia y objetividad. En estos casos, la apertura de una investigación disciplinaria a un fiscal en estas condiciones, o la exclusión de determinado caso bajo su conocimiento por el hecho de afectar a una autoridad o funcionario o persona influyente, debe observarse bajo una fuerte sospecha o presunción de intromisión en la independencia del fiscal.

Frente a ello, le corresponde al Estado demostrar que la actuación contra dicho fiscal, se justifica objetivamente en la comisión de una falta muy grave, conforme a los estándares analizados. Y para ello es necesario, en todo caso, que previamente se cumpla con un procedimiento disciplinario que como hemos expuesto en este dictamen, respete todos los requisitos de un debido proceso: (i) que la conducta esté tipificada como falta grave por una ley anterior en sentido formal y material (art. 9, Convención); (ii) que la sanción esté precedida de un procedimiento ante una autoridad independiente e imparcial, que respete el derecho a la defensa del fiscal con las garantías del artículo 8 de la Convención, y que termine con una decisión razonable, proporcional, congruente y motivada en los hechos y en el derecho; y (iii) la posibilidad real de ejercer un recurso judicial efectivo, que permita una revisión integral del acto sancionatorio, ante un juez competente, independiente e imparcial.

A tales efectos, la autoridad competente para sancionar a los fiscales, debe ser independiente e imparcial para además respetar el derecho a la presunción de inocencia, el cual implica: (i) *“que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa”*<sup>165</sup>; y, en ese exacto sentido (ii)

<sup>165</sup> Corte IDH. *Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387; *Caso*

“exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”<sup>166</sup>. De manera que dejarse de referir ante la opinión pública como “presunto agente responsable” a un fiscal investigado o acusado, al que no se le ha declarado responsable por una decisión judicial obtenida a través de un proceso con todas las garantías, también podrá comprometer tanto la imparcialidad del órgano disciplinario como la presunción de inocencia del fiscal.

Sobre esto, ya la Corte Interamericana había determinado que, “[e]l derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo [8.2 (...)], exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”<sup>167</sup>.

---

*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, sentencia cit., párr. 184 y *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 387.

<sup>166</sup> Corte IDH. *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala*, sentencia cit., y *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 160 y *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*, sentencia cit., párr. 388.

<sup>167</sup> Corte IDH. *Caso Ruano Torres y Otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 127; *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C 275, párr. 235 y *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, sentencia cit., párr. 160.



# IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL\*

RAFAEL BADELL MADRID\*\*

## SUMARIO

1. Introducción. 2. Consideración general sobre la importancia del Derecho Procesal Constitucional. 3. Medios de impugnación. 4. El derecho procesal constitucional y su importancia para el Estado de derecho. 5. El derecho procesal constitucional y su importancia para la democracia. 6. El derecho procesal constitucional y su importancia para la protección de los derechos constitucionales. 7. Consideraciones finales. 8. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los organizadores del IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional han escogido este año 2023 mi nombre como su epónimo, lo cual agradezco infinitamente, me honra y me compromete a seguir colaborando con la prestigiosa Universidad Monteávila y con los Estudios de Posgrado en Derecho Procesal Constitucional.

Mis palabras de agradecimiento sinceras van dirigidas al señor Rector Dr. Guillermo Fariñas y demás autoridades de la Universidad Monteávila y, particularmente, al reconocido profesor Gonzalo Pérez Salazar, Director de los Estudios de Posgrado en Derecho Procesal Constitucional, y eficiente organizador de este evento que se ha venido

---

\* Conferencia dictada el 02 de noviembre de 2023, en el IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: Impacto del Derecho Procesal en el Ordenamiento Jurídico, celebrado en Homenaje a Rafael Badell Madrid. Universidad Monteávila, Caracas.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Jefe de Cátedra de Derecho Procesal Constitucional. Titular de la Cátedra Andrés Bello en el St. Antony's College de la Universidad de Oxford. (1998-1999). Senior Associate Member en el St. Antony's College de la Universidad de Oxford (2006-2008). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Socio fundador de Badell & Grau Despacho de Abogados. 1985.

repitiendo anualmente, en los últimos nueve años, con notable éxito y provecho para el Derecho Procesal Constitucional y para la comunidad jurídica nacional e internacional.

También agradezco a los notables profesores venezolanos y a los distinguidos profesores que nos visitan de México, Perú y Bolivia y que están participando en este evento, por sus generosos comentarios y por sus enjundiosos estudios sobre este tema tan importante como lo es la “Justicia Constitucional”, consolidación de una antigua idea, que junto con la separación de poderes, el principio de la legalidad y el del respeto de las situaciones jurídicas subjetivas, es hoy uno de los elementos esenciales del Estado Constitucional, Democrático y de Derecho, cuya aparición y posterior desarrollo, evolución y consolidación es uno de los aspectos más notables del derecho en los últimos tiempos.

El IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional se dedica este año a analizar el impacto que tiene el Derecho Procesal Constitucional dentro del ordenamiento jurídico y, dentro de este contexto, me corresponde hacer referencia a la importancia que ha alcanzado el derecho procesal constitucional, que en efecto ha tenido un desarrollo particular desde que el término fue usado por primera vez por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y luego tuvo un desarrollo enorme debido a la contribución de Calamandrei, Couture, Cappelletti y Héctor Fix-Zamudio quien, en 1955, lo “*define y le otorga los contornos científicos a la disciplina, determina su naturaleza jurídica, la conceptualiza dentro del derecho procesal inquisitorial, le otorga un contenido específico, y la distingue de lo que es propio del derecho constitucional*”<sup>1</sup>.

La consolidación del Derecho Procesal Constitucional como materia autónoma, que guarda estrecha relación con el derecho constitucional, pero que a la vez tributa de la dogmática procesal, ha pasado por una extraordinaria evolución que ha permitido que hablemos en la actualidad del derecho a la Constitución, del derecho a la supremacía constitucional y de una multiplicidad de modulaciones del control de la constitucionalidad ideados para proteger dicha Constitución, sus principios, valores y disposiciones.

---

<sup>1</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El origen científico del Derecho procesal constitucional (1928-1956)*, Editorial Ferrer Mac-Gregor, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2018. p.134.

Entendemos que el Derecho Procesal Constitucional puede considerarse una rama autónoma del derecho que comprende el estudio sistemático de las instituciones, los procesos y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales de la Constitución y que tiene por objeto reparar esas violaciones constitucionales y preservar la supremacía de la Constitución.

Reconocemos que es una materia que se encuentra en la confluencia y límite de los derechos procesal y constitucional y que, por tanto, requiere el apoyo conjunto y constante de los cultivadores de ambas disciplinas<sup>2</sup>. Así pues, aunque se trata de una disciplina de carácter esencialmente procesal, su contenido no puede limitarse, a la mera exposición de las características del órgano encargado de impartir justicia constitucional y de las fases del proceso de los distintos recursos sin mención a la finalidad que tales recursos persiguen, que es, precisamente, la sustancia del derecho procesal constitucional<sup>3</sup>.

Han sido muchos los esfuerzos doctrinarios, jurisdiccionales y legislativos, para desarrollar esta rama del derecho, a la que en la actualidad se le reconocen diversas funciones, mucho más allá de su utilidad originaria que era garantizar que una norma legal no contrariase lo dispuesto por la Constitución.

Originalmente, las discusiones doctrinarias iniciales que se centran en la clasificación del control de la constitucionalidad fueron útiles para comprender la trascendencia del derecho procesal constitucional, pero eso hoy ha sido ya superado.

Ya no se habla de modelos judicialistas y no judicialistas ni del control de la constitucionalidad con efectos en el caso concreto o con efectos generales; tampoco se discute si el derecho procesal constitucional es una rama del derecho procesal o del derecho constitucional, ni se distingue estrictamente los sistemas difusos de los concentrados.

<sup>2</sup> Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

<sup>3</sup> Manuel Fondevila Marón, “El auge del derecho procesal constitucional en Latinoamérica”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad* Nº 8, Diciembre 2014, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, Zaragoza, España, 2014. p. 105.

Hoy resulta muy difícil mantener esa dicotomía entre el modelo concentrado o kelseniano y el modelo difuso o norteamericano, ya que la misma división se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven, y a veces se integran, con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de la constitucionalidad. Esa ruptura de los cánones tradicionales de la justicia constitucional se produce, muy significativamente, en América Latina<sup>4</sup>.

En la actualidad lo relevante no es cómo está organizada la justicia constitucional, sino que sea eficaz e independiente y esa eficacia e independencia pueden alcanzarse desde cualquier modelo.

Vamos entonces a formular algunas consideraciones sobre la importancia que se le atribuye hoy al derecho procesal constitucional.

## **2. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

En primer lugar, el derecho procesal es uno de los elementos esenciales del Estado Constitucional, Democrático y de Derecho. La gran importancia del Derecho Procesal Constitucional radica en que es una garantía del Estado de derecho, de la supremacía constitucional, de los principios, normas y valores constitucionales que en la actualidad impregnan todo el ordenamiento jurídico de los estados modernos y sin los cuales sería imposible sostener dicho Estado.

Sin Constitución no hay Estado. Sin Constitución no hay democracia, no hay derechos, no hay libertades, no hay separación de poderes, no hay organización ni límite del ejercicio del poder público. En fin, la garantía de la Constitución, en la actualidad, es la garantía del Estado. La Constitución asume el significado de norma constitutiva y reguladora de la vida política asociada, de pacto social, de ley fundamental capaz de conformar la vida constitucional.

---

<sup>4</sup> Pablo Pérez Tremps, “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, Nro. 2, abril-junio 2003, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España, pp. 66-81. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/30044088.pdf>

Siempre señalamos que, desde el punto de vista material y sustantivo, la justicia constitucional es el conjunto de técnicas destinadas a asegurar la supremacía de la Constitución, así como su interpretación a través de mecanismos jurisdiccionales diversos.

En segundo lugar, el derecho procesal constitucional es fundamental para la protección y promoción de la democracia, ya que sirve como herramienta para velar porque el poder constituido no vulnere lo decidido por el poder constituyente, que es el pueblo en expresión de su soberanía. En otras palabras, garantiza que la representación del pueblo se atenga a la voluntad del mismo pueblo. Asimismo, el derecho procesal constitucional representa la garantía más expedita, más directa e inmediata del sistema político y jurídico del Estado ante las crisis democráticas, crisis de legitimidad de las instituciones, en fin, ante cualquier manifestación que ponga en riesgo el sistema democrático de un Estado.

En tercer lugar, el derecho procesal constitucional tiene una importancia extraordinaria para la protección de los derechos y libertades fundamentales, desde que se han desarrollado varios medios especialmente creados para la tutela inmediata y directa de los derechos constitucionales, e incluso de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales. Ciertamente, comoquiera que la tendencia es a la mundialización de esos derechos que son reconocidos y desarrollados en tratados o acuerdos internacionales, se alude también a la justicia constitucional como mecanismo de protección y supremacía de esas normas supranacionales relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos y que conforman el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos (Bloque de la convencionalidad).

En cuarto lugar, el derecho procesal constitucional sirve también para resolver los conflictos de los órganos constitucionales del Estado y, en los Estados políticamente descentralizados, soluciona igualmente los conflictos entre el poder central y las entidades, estados o comunidades políticamente descentralizadas.

Además, en quinto lugar, a través de la jurisprudencia que produce la justicia constitucional cuando resuelve un caso concreto se interpreta, explica, adecúa, enriquece y actualiza el contenido de la Constitución. La interpretación constitucional es indispensable, como lo es también la interpretación de todas normas jurídicas.

En efecto, no puede haber desarrollo de la jurisdicción constitucional, sin exégesis de los dispositivos constitucionales. La interpretación constitucional, *lato sensu*, que resulta del ejercicio de la jurisdicción constitucional, busca vivificar, actualizar, la norma contenida en los preceptos constitucionales para garantizar su vigencia y sentido en el tiempo. En efecto, la Constitución, como máximo instrumento jurídico, para conservar su carácter normativo y vigencia material, debe ser actualizada y ajustada de conformidad con las circunstancias históricas que se presenten con el pasar de los años, y para ello sirve la interpretación constitucional plasmada en la jurisprudencia de las cortes o salas constitucionales.

### 3. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Todo sistema procesal está indisolublemente conectado con el derecho sustantivo y a la inversa, usando las palabras del maestro Moles Caubet: “*Cada derecho sustantivo genera su propio derecho adjetivo*”<sup>5</sup>. El Derecho Procesal Constitucional define los cauces a través de los cuales se concreta la tutela constitucional.

Para llevar adelante su misión, que como se observa es muy relevante y abundante, desde el punto de vista adjetivo se han creado diversos mecanismos procesales o medios de impugnación. Es decir que el conjunto de cometidos que tiene el derecho procesal constitucional se concreta a través de diversos medios de impugnación.

Son los distintos medios de impugnación los que garantizan el resguardo de la supremacía constitucional; la existencia de mecanismos de control constitucional representa un claro avance en la protección y verdadero respeto a la supremacía constitucional. Este es el sentido de los medios de impugnación que contempla la Constitución y desarrolla el órgano legislativo y en algunos casos la jurisprudencia.

Dentro de esos medios de impugnación destacan el control difuso de constitucionalidad, el control concentrado y otros mecanismos de control de constitucionalidad, como son, el control previo, la omisión

<sup>5</sup> Antonio Moles Caubet, cit. en Armando Rodríguez, “Medios de impugnación”, en *XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”. Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo III, Tribuna Jurídica de Venezuela, Barquisimeto, 1993. p. 145.

legislativa, el recurso de revisión constitucional, el amparo constitucional y el control de convencionalidad.

Además de los clásicos modelos de control de la constitucionalidad: el control difuso, que permite la desaplicación de normas de rango legal por contrariar normas de rango constitucional, el control concentrado, que supone la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley o disposición de rango sublegal, vista su colisión con el texto fundamental, y el amparo constitucional, medio por excelencia para el restablecimiento de los derechos fundamentales, se han creado otros procedimientos dirigidos a tutelar la Constitución frente a cualquier actuación de los órganos que ejercen el poder público.

A los medios de control de constitucionalidad tradicionales se añaden: el control previo sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y el carácter orgánico de la ley o la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación, la solución de colisión de leyes, la de controversias entre órganos del poder público, y los recursos de omisión legislativa, de revisión constitucional y de interpretación constitucional.

Además, dentro de esta pluralidad de mecanismos de control interno de la constitucionalidad se ha abierto camino de manera vigorosa el control de convencionalidad, que es la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como nacionales y a otros órganos del Estado, para verificar la correspondencia entre los actos internos de un Estado, como por ejemplo las constituciones, leyes, reglamentos, etc., con las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos que conforman el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos; así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el “*bloque de la convencionalidad*”.

### **3.1. Control difuso de la constitucionalidad**

El control difuso es un tipo de control de la constitucionalidad, de rango constitucional en Venezuela, en virtud del cual cualquier juez de la República -sin importar su jerarquía- tiene la facultad de desaplicar una norma -legal o sublegal- que viole el texto constitucional, en el caso

concreto que decide, con efectos inter partes y *ex tunc*, que puede ser ejercido de oficio o a solicitud de parte, de forma incidental y especial, con el fin de asegurar la efectividad de la Constitución.

El control difuso cuyo origen se remonta a 1803, con la histórica y conocida decisión del juez Marshall<sup>6</sup> en el caso “Marbury vs Madison”, es una de las formas en las que se ha manifestado el sistema de control o adecuación de la constitucionalidad, conforme a la cual corresponde a todos los jueces de la República, cuando la ley cuya aplicación se solicita colidiere con una norma constitucional, aplicar esta última con preferencia sobre aquélla.

En efecto, recordemos que el control difuso de la constitucionalidad es entendido en la actualidad como el mecanismo de control de constitucionalidad que ordena a todos los jueces, haciendo abstracción de su jerarquía, asegurar la integridad de la Constitución, es decir, hacer respetar su preeminencia sobre los demás actos del poder público, especialmente respecto de las disposiciones legislativas, pudiendo decidir sobre su constitucionalidad al desaplicarlas para casos concretos.

En Venezuela, el control difuso de constitucionalidad está consagrado en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>7</sup> (la Constitución), en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil<sup>8</sup> (CPC) y en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal<sup>9</sup> (COPP), los cuales ordenan a todos los jueces del país, independientemente de su jerarquía, asegurar la integridad de la Constitución, es decir, hacer respetar su preeminencia sobre los demás actos del poder público, pudiendo decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, al desaplicarlas con ocasión de un proceso determinado, y con efectos inter partes.

De manera que el control difuso se aplica no sólo a las leyes formales, sino también a cualquier acto normativo con rango o fuerza de ley,

---

<sup>6</sup> John Marshall (24 de septiembre de 1755 - 6 de julio de 1835), originario de Virginia en Estados Unidos de América. Fue líder del partido federalista. Juez Presidente (*Chief Justice*) de la Corte Suprema de Justicia, desde el 4 de febrero de 1801 hasta su muerte. Disponible en: <https://web.archive.org/web/20110529193355/http://www.johnmarshall-foundation.org/john-marshall/life-legacy/>

<sup>7</sup> Gaceta Oficial número 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

<sup>8</sup> Gaceta Oficial número 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

<sup>9</sup> Gaceta Oficial número 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

como es el caso de los decretos-leyes, así como a las leyes regionales, es decir las dictadas por los estados, provincias o comunidades y a las leyes locales o municipales. También están incluidos dentro del control difuso los actos normativos de rango sublegal, tales como, los reglamentos, resoluciones, instructivos y providencias administrativas.

Recordemos también que la jurisprudencia nacional ha establecido que de conformidad con el artículo 334 constitucional, el control difuso corresponde a todos los jueces, incluso los de la jurisdicción alternativa, a quienes compete también la función de asegurar la integridad de la Constitución, a través del llamado control difuso. Ello con motivo de que, a partir de la Constitución de 1999, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 253 y 258 de la Constitución.

En ese sentido se pronunció la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sentencia número 833/2001 del 25 de mayo de 2001, y particularmente en sentencia número 702 de fecha 18 de octubre de 2018, mediante la cual dispuso que:

A modo de conclusión, resulta de aplicación extensiva a los árbitros el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar esta con preferencia (*ex* artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

De esta forma, la SC reconoció que, al igual que ocurre en el Poder Judicial, a través del arbitraje se imparte justicia y se ejerce la función jurisdiccional, *“De allí que los árbitros tengan la obligación de privilegiar la vigencia del Texto Fundamental, sobre cualquier otra disposición cuya aplicación pudiera lesionar su supremacía, lo que incluye, claro está, el deber de ceñirse a los criterios vinculantes sentados por esta Sala”*.

Recientemente, mediante sentencia número 971 del 27 de julio de 2023, la SC del TSJ ratificó su criterio establecido en sentencia número 702 del 18 de octubre de 2018, conforme al cual *“resulta de aplicación*

*extensiva a los árbitros el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta con preferencia (ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Es por ello que los laudos arbitrales definitivamente firmes contentivos de alguna desaplicación por control difuso han de ser sometidos a la consulta obligatoria a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.* (Negritas nuestras).<sup>10</sup>

### **3.2. Control concentrado de la constitucionalidad**

De otra parte, el control concentrado de la constitucionalidad, ideado por Hans Kelsen, es una modalidad de la justicia constitucional, por medio de la cual un órgano especializado se encarga de forma exclusiva de garantizar la preeminencia constitucional, a través de una acción concentrada, en la que el juez tiene la competencia para anular, total o parcialmente, una ley o cualquier acto dictado por el Poder Público en ejecución directa de la Constitución, por ser contraria a esta, con efectos *erga omnes*.

La Constitución de 1999 reguló esta modalidad de control concentrado por un órgano especializado y creado para ello, cuando incluyó entre sus normas una SC dentro del TSJ y dispuso en el artículo 334 que a ella corresponde en forma exclusiva ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, manifestado en la potestad de anular las leyes y demás actos con rango de ley o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por la Asamblea Nacional (AN), el Ejecutivo Nacional o por cualquier órgano estatal en ejercicio del poder público que resulten contrarios a ésta.

En efecto, el ordenamiento jurídico venezolano consagra el control concentrado de la constitucionalidad en los artículos 203, 214, 334, 335, 336 y 339 de la Constitución y 25 de la Ley Orgánica del Tribunal

---

<sup>10</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 971 del 27 de julio de 2023.

Supremo de Justicia<sup>11</sup> (LOTSJ), como aquél ejercido por la SC, como órgano constitucional especializado que concentra la jurisdicción constitucional, y que supone la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley o disposición de rango sublegal, vista su colisión con el texto fundamental, con efectos *erga omnes*, y que además admite otras facultades como declarar la omisión, interpretación y revisión constitucional, para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y su uniforme interpretación y aplicación.

En ese sentido, el control concentrado de constitucionalidad se ejerce cuando el juez constitucional declara la nulidad por inconstitucionalidad de:

- (i) las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la AN (artículo 336.1 de la Constitución);
- (ii) las constituciones y leyes estatales, ordenanzas municipales, y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (artículo 336.2 de la Constitución);
- (iii) los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional (artículo 336.3 de la Constitución); y
- (iv) los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público (artículo 336.4 de la Constitución).

### **3.3. Otros medios de impugnación**

La Constitución consagra también otras modalidades del control de la constitucionalidad, que se ejercen por el juez constitucional, dirigidas a asegurar la supremacía constitucional de forma previa:

- (i) cuando la actuación de la SC sea un requisito para su validez o vigencia (v.g. verificar la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación, artículo 336, numeral 5 de la Constitución; emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley pronta a ser promulgada, artículo 214 de la Constitución;

---

<sup>11</sup> Gaceta Oficial número 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022.

- determinar, igualmente antes de su promulgación, la constitucionalidad del carácter orgánico que la AN haya concedido a determinada ley, artículo 203 de la Constitución); y declarar la constitucionalidad de los decretos de estados de excepción, su contenido y prórrogas (artículo 339 de la Constitución);
- (ii) cuando la SC deba pronunciarse sobre la ausencia misma del acto, caso de la omisión legislativa del poder legislativo municipal, estatal o nacional, establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección (artículo 336, numeral 7 de la Constitución y numeral 7 del artículo 25 de la LOTSJ); y
  - (iii) cuando en su labor de interpretación, la SC deba fijar efectos que en el tiempo incidirán en los actos por venir en la ejecución de la norma interpretada (numeral 17 del artículo 25 de la LOTSJ y 335 de la Constitución).

### 3.4. Amparo constitucional

El amparo constitucional es un medio de control de la constitucionalidad que sirve para garantizar, junto con el control concentrado, el control difuso y otros medios de protección de la Constitución, la supremacía constitucional establecida en el artículo 7 de la Constitución, pero también es calificado como “*el instrumento procesal más importante de defensa ante el Tribunal Constitucional de los Derechos y libertades de los ciudadanos*”.

Pérez Tremps señala que el amparo constitucional “*cumple una doble misión; por una parte, sirve como remedio último interno de protección de los derechos del ciudadano; por otra, tiene una función objetiva de defensa de la constitucionalidad al servir de interpretación de los derechos fundamentales*”<sup>12</sup>.

En cuanto a su función de proteger los derechos del ciudadano, el amparo constitucional es, según la Constitución y la ley, un medio judicial de protección de todos los habitantes de la República frente a acciones de los órganos de los poderes públicos o de los particulares que puedan perturbar el goce y ejercicio de los derechos o garantías constitucionales.

<sup>12</sup> AA.VV., *Tribunal Constitucional*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2007.

En efecto, este mecanismo de protección está dispuesto para que cualquier persona, sea natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, nacional o extranjera, residente o transeúnte, pueda hacer valer aquel derecho o garantía que se le esté vulnerando por normas, actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares, sentencias, resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales, actuaciones materiales, vías de hecho abstenciones y omisiones de las autoridades o particulares, entre otras.

Pero para la real consagración del amparo constitucional, como mecanismo constitucional de tutela judicial reforzada de los derechos humanos, debe haber independencia de los jueces que garantice la capacidad y libertad de decidir y hacer ejecutar las medidas necesarias para la protección y el restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales.

El amparo constitucional requiere de una especial autonomía e independencia de los jueces para hacer frente a las posibles amenazas y lesiones constitucionales que puedan presentarse, inclusive por parte de los órganos y entes que ejercen el poder público.

Recordemos además que los poderes del juez en la decisión del amparo constitucional van más allá de mandamientos de dar, de hacer o deshacer, o no hacer, por cuanto el juez puede además sustituir con su decisión cualquier actividad adicional por parte de otro sujeto de derecho o autoridad para el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

### **3.5. Control de la convencionalidad**

Ya no es suficiente el bloque de la legalidad, desde que puede haber leyes contrarias a los derechos humanos, en Venezuela hay un puñado de ellas; tampoco es suficiente el bloque de la constitucionalidad que surge después de la segunda guerra mundial, pues el alcance e inteligencia de los derechos humanos está en pleno desarrollo a través de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.

La evolución natural del Estado de derecho que se ha ido conformando a partir de la Revolución Francesa es, precisamente, el bloque de la convencionalidad que se impone como parámetro de validez y

legitimidad del ordenamiento jurídico de los Estados parte, el cual, en caso de incumplimiento o violación de dicho bloque, estará sujeto al control de la convencionalidad.

El bloque de convencionalidad abarca desde las convenciones internacionales sobre derechos humanos, sus protocolos, y tratados, más la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es decir, a todo ese “bloque de normas y resoluciones” internacionales, que conforma el *corpus iuris* de los derechos humanos<sup>13</sup>.

Ahora bien, para preservar ese bloque de convencionalidad ha surgido el control de la convencionalidad que tiene por finalidad armonizar el ordenamiento jurídico del Estado parte con la convención de que se trate y de esta forma, asegurar su efectividad a través de la desaplicación o el desconocimiento, en un caso concreto, de las normas o actos internos contrarios a las convenciones internacionales.

El control de la convencionalidad es la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como nacionales y a otros órganos del Estado, de verificar la correspondencia entre los actos internos de un Estado (como por ejemplo las constituciones, leyes, reglamentos), con las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y protección de los derechos humanos, lo que conforma el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos, así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el “*bloque de la convencionalidad*”.

Con el control de la constitucionalidad se garantiza la armonía entre el ordenamiento constitucional y el Estado de derecho interno, el

---

<sup>13</sup> Gerardo Eto Cruz, “El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconvencionales”. Ponencia presentada en el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, “Trayectoria y porvenir del constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a la Constitución de Querétaro en su centenario”, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entre otros, a realizarse en el Palacio de la Minería, Ciudad de México, del 1 al 3 de febrero de 2017. Disponible en: [https://www.academia.edu/38534021/Las\\_normas\\_constitucionales\\_inconvencionales?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/38534021/Las_normas_constitucionales_inconvencionales?email_work_card=view-paper)

denominado bloque de la constitucionalidad; mediante el control de la convencionalidad se protege el ordenamiento jurídico supranacional y el bloque de la convencionalidad.

Como dijimos previamente, el control de convencionalidad, se ha creado a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, en los casos “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (2003) y “Tibi vs. Ecuador” (2004), y luego definido en el famoso caso “Almonacid Arellano vs Chile”, del 26 de septiembre de 2006, como la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como nacionales y a otros órganos del Estado, para verificar la correspondencia entre los actos internos de un Estado, como por ejemplo las constituciones, leyes, reglamentos, etc., con las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos que conforman el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos; así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el “*bloque de la convencionalidad*”.

El control de la convencionalidad es ejercido por los jueces internacionales y nacionales, a través de la aplicación directa de las normas internacionales, en los casos que conocen y de acuerdo a sus competencias procesales, y que consiste en verificar la convalidación o invalidación del acto jurídico doméstico o nacional, respecto del ordenamiento internacional (considerado este como el conjunto de convenios o tratados internacionales suscritos válidamente por un Estado y los distintos actos dictados en ejecución de tales tratados).

El control de la convencionalidad está fundamentado en el principio de derecho internacional “*pacta sunt servanda*” según el cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, sin la posibilidad de invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del mismo, como está establecido en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Es decir que a partir de que un Estado ha otorgado formalmente su voluntad, a través de los mecanismos que dispone su ordenamiento interno de someterse a las disposiciones de un tratado internacional, surge el deber de cumplir las obligaciones que de él se deriven.

En relación con lo anterior, Pedro Nikken afirmó que “*Los Estados comprometen el honor nacional al obligarse por un tratado, de cuya ejecución son los garantes últimos, de modo que, al deshonorar ese compromiso se colocan fuera de la ley, resquebrajan en orden internacional y se exponen a las consecuencias jurídicas y políticas de tal proceder*”<sup>14</sup>, por interpretación en contrario, entonces el control de convencionalidad garantiza tanto el orden jurídico nacional como el ordenamiento jurídico internacional.

En efecto, a través de la ratificación e incorporación de las normas internacionales al derecho interno, el Estado reconoce un conjunto de obligaciones generales que constituyen objeto de respeto y garantía efectiva por todos los órganos del Estado.

De esta forma, el control de la convencionalidad constituye una herramienta que permite a los Estados concretar las obligaciones derivadas de los convenios y tratados internacionales mediante la desaplicación de normas o actos nacionales que sean contrarios a las disposiciones convencionales y, en consecuencia, la aplicación preferente de estas últimas.

En Venezuela, así como en muchos otros países, como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, República Dominicana, entre otras<sup>15</sup>, los tratados internacionales pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno como fuentes del derecho constitucional y como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales<sup>16</sup>.

De modo que la Constitución “*puede compartir el máximo rango normativo con otras normas, como asimismo subordinarse a otro ordenamiento jurídico al que reconoce superioridad (ordenamientos jurídicos supranacionales), si así lo determina el constituyente*”<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Pedro Nikken, Discurso de contestación al discurso de incorporación del Dr. Carlos Ayala Corao a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ob. cit. p. 207.

<sup>15</sup> Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como Individuo de Número, Colección Estudios Jurídicos número 98, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 32.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 28.

El artículo 23 de la Constitución establece que los tratados, pactos y convenciones relativas a los derechos humanos que hayan sido suscritos y ratificados por el Estado de Venezuela gozarán de jerarquía constitucional y además, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables que las establecidas en la Constitución y en las leyes de la República, prevalecen en el orden interno y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Ahora bien, que los tratados internacionales conformen dicho bloque de la Constitución tiene consecuencias jurídicas con inmensa relevancia, tal como la vinculación de todo el ordenamiento jurídico de Venezuela a dichos tratados, en la misma relación que lo está con la Constitución.

El control de la convencionalidad en Venezuela se equipara, entonces, al control de la constitucionalidad, en tanto que no puede aplicarse el control de la convencionalidad sin ejercer un control de la constitucionalidad, porque el tratado internacional o convención ya forma parte de la Constitución, del bloque de la constitucionalidad que se debe garantizar.

En este orden de ideas, tal y como lo prevé el artículo 334 constitucional, todos los jueces de la República, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, *deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos*. De acuerdo con lo anterior, si llegare a existir algún tipo de incompatibilidad entre un tratado sobre derechos humanos y una ley u otra norma jurídica, los tribunales de la República -en cualquier causa y, aun de oficio- deberán decidir lo conducente y aplicar preferentemente las disposiciones de dicho tratado (artículo 334, primer párrafo)<sup>18</sup>.

En el escenario del control de convencionalidad, se ha colocado a los jueces de todos los niveles de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en una situación o estatus de jueces interamericanos que deben responder ante el Sistema regional y no a una jerarquía interna de la judicatura<sup>19</sup>. Eso significa que

<sup>18</sup> *Ídem*.

<sup>19</sup> Pedro Paulino Grández Castro, *El control constitucional difuso y el control convencional: algunos problemas de articulación*, 2da edición, Centro de Investigaciones Jurídicas, Fondo Editorial del Poder Judicial de Perú, Lima, 2022. p. 74.

los jueces, en el ejercicio del control difuso de la convencionalidad, deben atender a la lealtad a la Convención, incluso por encima de las normas internas del Estado, cuando el asunto que deba resolver tenga implicancias en los derechos de las personas; y que la posición del juez en el Sistema Interamericano “*no es pues la de un juez supeditado a las jerarquías judiciales de cada Estado, pues si esto fuera plausible, entonces la Corte IDH no haría referencias a la obligación de los jueces “al margen del nivel o jerarquía” a la hora de encomendarles el control de convencionalidad*”.<sup>20</sup>

De la misma forma, y según el propio artículo 334 constitucional (segundo párrafo), si una ley, un acto que tenga rango de ley, u otro acto de los órganos que ejercen el poder público dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, colidiere con un tratado sobre derechos humanos, le corresponde declarar su nulidad a la SC del TSJ.

De este modo, el control concentrado de la constitucionalidad ejercido por la SC del TSJ, para declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, para revisar las sentencias definitivamente firmes, y para controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, puede ser ejercido con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional, de forma que ejercería a su vez un control concentrado interno de la convencionalidad.<sup>21</sup>

#### **4. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU IMPORTANCIA PARA EL ESTADO DE DERECHO**

El derecho procesal constitucional es, en primer lugar, importante para el desarrollo y preservación del Estado de derecho. La aparición y desarrollo de la justicia constitucional ha conducido a una cierta transformación de los ordenamientos jurídicos modernos que se ven impregnados de los principios y valores constitucionales con motivo, especialmente, de la actuación diaria de dicha justicia constitucional.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>21</sup> Carlos Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2004.

Hoy decimos que el derecho se está constitucionalizando y la Constitución se está judicializando. Es decir, que la existencia de la justicia constitucional está adquiriendo un rol protagónico en el derecho. De manera que el rol que cumple la justicia constitucional resulta central para el fortalecimiento del Estado de derecho<sup>22</sup>.

La justicia constitucional se ha convertido en garante del Estado de derecho. Sabemos que el presupuesto del Estado Constitucional de Derecho es el respeto de la Constitución como norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico interno de los Estados, así como la consolidación del principio de supremacía constitucional, lo cual tiene como principal consecuencia el carácter normativo de la Constitución y la sumisión de todos los actos inferiores a ésta, so pena de nulidad.

A la justicia constitucional le corresponde asegurar esa supremacía constitucional, de allí su valor fundamental y su carácter autónomo como disciplina jurídica. Partiendo de su función de resguardo de la supremacía constitucional, la justicia constitucional tiene una incidencia fundamental en el Estado Constitucional de Derecho, el cual, como sabemos, parte de la concepción de la Constitución como norma fundamental positiva que vincula a todos los poderes públicos, incluyendo al Parlamento.

En efecto, recordemos que luego de la formulación del principio de separación de poderes surgió el llamado principio de la supremacía constitucional, el cual proviene del carácter que la Constitución tiene respecto del ordenamiento jurídico, éste es, el origen formal de las fuentes primarias del derecho, puesto que diseña un procedimiento especial para su creación y, además, de ella deriva el origen sustancial, dado que determina en grado menor o mayor el contenido material de dicho sistema, significando igualmente que no estamos en presencia sólo de un catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido a todos vincula, tanto a ciudadanos como a poderes públicos, considerándose la violación de sus preceptos una conducta antijurídica susceptible de sanción.

---

<sup>22</sup> Samuel B. Abad Yupanqui, "La importancia de la justicia constitucional en América Latina", en *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm*, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2012. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3740/10.pdf>

Ahora bien, es claro que “*la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no son enjuiciables por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores*”<sup>23</sup>, de modo que “*el Estado material de derecho exige una instancia equipada con la potestad de controlar la vinculación de los poderes superiores del Estado a las normas, valores y principios constitucionales*”<sup>24</sup>.

Es decir que “*no basta con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y se conviertan en límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistiría la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes instituidos sobrepasen las disposiciones de la Carta Fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la supremacía constitucional resulta, pues, insuficiente*”<sup>25</sup>.

Aunque en ocasiones no existe un órgano especializado responsable de la jurisdicción constitucional, hoy se entiende que para que la justicia constitucional sea efectiva se requiere de un órgano especial y auténticamente independiente de las fuerzas políticas, llamado a hacer efectiva la supremacía constitucional, es decir, a garantizar que no se violen los preceptos constitucionales por ningún acto, actuación u omisión de los órganos que ejercen el poder público.

El resultado de la actuación del juez constitucional, en su propósito de proteger y asegurar la supremacía constitucional, es precisamente una sentencia que puede desaplicar, al caso concreto, una norma que colide con la Constitución; anular total o parcialmente una Ley; ordenar la

<sup>23</sup> Manuel García Pelayo, “El Status del Tribunal constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, Madrid, 1981, p. 15. Cit. en Allan Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Segunda edición actualizada al 6 septiembre 2016, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas / New York, 2016. pp.28-29.

<sup>24</sup> *Ídem*.

<sup>25</sup> Juan Colombo Campbell, “La justicia constitucional”, *Revista de Derecho*. Vol. XIV., julio 2003. p.262. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v14/art17.pdf>

protección de un derecho subjetivo que le está siendo violado a un particular; declarar la inconstitucionalidad de una sentencia; formular una interpretación vinculante; declarar la omisión legislativa y, en general, dar respuesta a los conflictos constitucionales o declarar que un acto del Estado, sea del poder legislativo, ejecutivo o judicial es inconvencional.

De manera que el juez constitucional está dotado de una gama muy amplia de poderes que, otorgados por la Constitución y la ley, están dispuestos como garantía fundamental de la Constitución y del Estado de derecho<sup>26</sup>.

Sabemos que la Constitución no es ya un conjunto de principios generales sino una Ley Superior (*Higher Law*). Es un código normativo superior, con normas de valores fundamentales con fuertes bases, además de derechos fundamentales que quedaron fuera del alcance del Parlamento (o de las mayorías circunstanciales)<sup>27</sup>.

El Derecho Procesal Constitucional es la disciplina científica que se encarga de proteger y garantizar la supremacía de la Constitución y es aquí, precisamente, donde encuentra el Derecho Procesal Constitucional su objeto de estudio concreto y específico. Por eso es muy importante tener en cuenta el contenido del artículo 7 de la Constitución:

*Artículo 7: La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.*

<sup>26</sup> Manuel García Pelayo de esta forma concebía al Tribunal Constitucional como “un órgano constitucional instituido y directamente estructurado por la Constitución”, que “Como regulador de la constitucionalidad de la acción estatal, está destinado a dar plena existencia al Estado de derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables, en nuestro tiempo, del verdadero “Estado constitucional.”. Manuel García Pelayo, ob. cit., p. 15.

<sup>27</sup> “... no como una simple guía de carácter moral, política o filosófica, sino como una ley verdadera, ella misma política y obligatoria, pero de una ley superior; más permanente que la legislación ordinaria”; “Se trata de la Constitución y su poderoso efecto de irradiación”, “En este nuevo paradigma, la clave será considerar que las normas constitucionales tienen todas -sin distinción- plena eficacia vinculante, incluidas, especialmente, las que estipulan los derechos fundamentales de las personas...” M. Capelletti *Rapport général* en L. Favoreu y J. A. Jolowicz (ed.) “Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développement récent, cit., pp.293-294. Citado en Allan Brewer-Carías, *Justicia Constitucional*, Tomo VI de instituciones políticas y Constitucionales, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal, 2016. p. 56.

De esta forma, el carácter que adquirió la Constitución como norma fundamental y superior de todo el ordenamiento jurídico ha tenido como consecuencia que todas las personas y los órganos que ejercen el poder público estén sujetos a ella y cualquier violación de sus preceptos, inclusive a través de la ley, constituye una conducta antijurídica susceptible de sanción y nulidad.

Entender a la Constitución como norma suprema precisa de un sistema de control de constitucionalidad, representado en la potestad de vigilar el apego de los actos de los órganos de los poderes públicos a la Constitución. Eso ha dado paso a lo que se conoce hoy como Estado Constitucional de Derecho. De forma que el establecimiento y generalización de regímenes democráticos conduce a una progresiva tendencia a controlar los excesos del poder democrático a través de la justicia constitucional.

La justicia constitucional se presenta así como la garantía básica del Estado Constitucional de derecho, desde que *“El poder público en todas sus manifestaciones –Estado-legislador, Estado-administrador y Estado-Juez– debe someter su quehacer a la Constitución”* y es la *jurisdicción constitucional* quien *“asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional”*<sup>28</sup>.

Como señala Pérez Tremps, los valores y principios constitucionales *“se proyectan sobre todo el ordenamiento, en buena medida por la acción de la justicia constitucional, que, a través de sus distintas competencias, viene a revisar y a dar nueva lectura de todo el ordenamiento jurídico”*<sup>29</sup>. La esencia del proceso que permite un control de constitu-

<sup>28</sup> Juan Colombo Campbell, “La Justicia Constitucional”, ob. Cit.

<sup>29</sup> Pablo Pérez Tremps, “La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial referencia a América Latina”, ob. cit. El amparo constitucional, tal y como está consagrado en la Constitución y en la LOA, cumple una doble función. De una parte, protege al ciudadano en el ejercicio de sus garantías fundamentales y, también, sirve para salvaguardar la propia Constitución al garantizar la inviolabilidad de sus preceptos. Es un medio de control de la constitucionalidad, dispuesto para garantizar la supremacía de la Constitución establecida en el artículo 7 de la Constitución.

cionalidad se sostiene en el debido resguardo de la jerarquía suprema del texto constitucional.

## 5. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU IMPORTANCIA PARA LA DEMOCRACIA

La justicia constitucional, como explica Aragón Reyes, es en realidad “*la que hace posible la propia democracia, esto es, la que garantiza que la democracia de consenso, que produjo la constitución y ha de regir sus reformas, no sea suplantada por la democracia de la mayoría, propia de las actuaciones del poder constituido*”<sup>30</sup>.

Citando a Pablo Dermizaky, aunque “*La democracia es un concepto diez veces más antiguo que el de justicia constitucional; (...), ambos se interrelacionan directamente en la segunda mitad del siglo XX y, sobre todo, en sus últimas décadas*”<sup>31</sup>.

En la filosofía política contemporánea -explica (más no comparte) Guastini- se va afirmando un concepto “sustancial” de democracia, según el cual la democracia es la propiedad de un ordenamiento jurídico, en el cual se satisfacen, además de las condiciones generales de auto-normación, es decir, donde las normas son adoptadas por sus mismos destinatarios, si no directamente, al menos a través de sus representantes electos, de acuerdo con el principio de mayoría (simple), otras condiciones adicionales, sobre todo la protección de “ciertos” derechos fundamentales mediante la rigidez constitucional, así como a través de la garantía jurisdiccional de la Constitución<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Manuel Aragón Reyes, “El futuro de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 23 número 1 (2019), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/73075/44047>

<sup>31</sup> Pablo Dermizaky, “Justicia Constitucional y Democracia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, Madrid (2009), pp. 207-222.

<sup>32</sup> Ricardo Guastini, “Justicia Constitucional vs. Democracia”, en Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Fix Fierro, Diego Valadés, (Coordinadores), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo III: Justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015. pp. 337 y ss. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3824-estado-constitucional-derechos-humanos-justicia-y-vida-universitaria-estudios-en-homenaje-a-jorge-carpizo-tomo-iii-justicia>

En efecto, una interpretación moderna de la democracia constitucional ha entendido que para que exista la democracia que proclama la propia Constitución se precisa de la existencia de una justicia constitucional que tiene como función garantizar que el poder constituido no vulnere lo decidido por el poder constituyente que finalmente es el pueblo en expresión de su soberanía. Pero también, la democracia exige que se resguarden una serie de preceptos constitucionales, para lo cual, no cabe duda, es imprescindible la justicia constitucional.

Contrario a lo que se podía denunciar sobre la (i)legitimidad democrática de los jueces constitucionales, lo cierto es que hoy se destaca la importancia que tiene la justicia constitucional para el sostenimiento de la democracia como sistema de gobierno. Sabemos que la democracia no solo comprende la facultad de elegir a los mandatarios y representantes, sino que requiere del cumplimiento de una serie de principios y valores, entre los cuales se encuentra fundamentalmente el Estado de derecho, el principio de separación de poderes y el respeto de los derechos y garantías ciudadanas, incluso frente a las decisiones de la mayoría.

En efecto, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir. De manera que el constitucionalismo enfrenta en su formulación lo que la doctrina ha denominado objeción contra-mayoritaria, es decir, la restricción o el límite que la supremacía constitucional impone a la toma de decisiones por mayoría, y que es, precisamente, función del juez constitucional velar por la preservación del principio democrático.

De ahí que el principio democrático debe traducirse en el predominio de la voluntad popular expresada mediante los procedimientos y con las garantías previstas en la Constitución, las cuales tienen como finalidad asegurar su autenticidad y legitimidad. En otras palabras, la actuación de los poderes del Estado debe reconducirse a la voluntad popular, pero debe hacerlo mediante los procedimientos y garantías constitucionales, puesto que solo así dicha actuación tendrá, *prima facie*, la legitimidad que le da la primacía de aquella voluntad popular. En este caso, el derecho procesal constitucional es el encargado de verificar si se respetaron los preceptos constitucionales que garantizan

la democracia, esto es, el respeto de la voluntad popular constitucionalmente expresada<sup>33</sup>.

Así pues, en el entendido de que, como mencionamos previamente, la justicia constitucional es un elemento esencial para el Estado constitucional de derecho, y considerando también que el Estado democrático depende de dicha garantía de aplicación de la Constitución y la ley, así como de la protección de los derechos humanos, la justicia constitucional se convierte en un instrumento confiable, eficaz y fundamental para la democracia.

De forma que el principal aporte de la jurisdicción constitucional a la consolidación de la democracia resulta como efecto inherente del desempeño de su función principal: de cuidar el cumplimiento de las normas de la Constitución por parte de los órganos públicos<sup>34</sup>, para lo cual cuenta con un abanico de facultades.

Ante esta circunstancia, sin embargo, no podemos dejar de advertir la amenaza siempre presente de que el juez constitucional altere con sus decisiones los principios básicos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que está llamado, precisamente a resguardar. Sin límites, el juez constitucional podría convertirse en un juez destructor de la democracia y de la necesaria estabilidad de sus instituciones. Recordemos que el derecho procesal constitucional no busca la supremacía de la jurisdicción constitucional, sino la supremacía constitucional. Así pues, el poder de los jueces constitucionales debe entenderse restringido, en primer lugar, al respeto y la estricta sujeción al bloque de la constitucionalidad; y, en segundo lugar, a actuar únicamente conforme a los medios de impugnación definidos y limitados nítidamente en la propia Constitución y la ley, a modo de lograr el equilibrio entre la necesidad de preservar la supremacía de la Constitución, por una parte, y honrar los principios democráticos, por la otra.

Destacamos también que el control de la convencionalidad, como medio de impugnación propio del derecho procesal constitucional, ha

---

<sup>33</sup> Ney Molero Martínez, “Justicia constitucional y democracia: casos Colombia, Ecuador y Venezuela”. *Revista Digital de Investigación y Postgrado*, Vol. 2, n° 3, enero-junio 2021. pp. 89-100. Disponible en: <https://redip.iesip.edu.ve/ojs/index.php/redip/article/view/7/7>

<sup>34</sup> Dieter Nohlen, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25293.pdf> p. 126.

jugado un papel fundamental en la defensa de la democracia de los Estados. Los tratados y convenciones internacionales que obligan a los Estados parte a velar por los principios y valores fundamentales de todo Estado democrático se han convertido en esenciales para garantizar dicha forma de gobierno.

Téngase como ejemplo de esta aseveración, la Opinión Consultiva N° OC 28/21 de fecha 07 de junio de 2021, dictada por la Corte IDH, por medio de la cual dio respuesta a una solicitud presentada el 29 de octubre de 2019 por la República de Colombia, respecto de “*la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”<sup>35</sup>.

De acuerdo con la consulta de la República de Colombia, la situación presentada a consulta da lugar a múltiples retos e interrogantes de gran magnitud en relación con la consolidación y estabilidad de las democracias y la protección de los derechos humanos en América, y en este sentido, exaltó que se trataba de un asunto en el cual todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) tienen un interés legítimo<sup>36</sup>.

La Corte IDH consideró que la consulta de Colombia estaba dirigida entonces a responder la interrogante sobre si la reelección presidencial indefinida es compatible o no con la existencia de la democracia representativa en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En la Opinión Consultiva la Corte IDH determinó que:

- i. La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la CADH ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>35</sup> Al respecto véase Rafael Badell Madrid, “La Reección presidencial indefinida como violación a la Convención Americana de Derechos Humanos, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y La Carta Democrática Interamericana”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°166. Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, octubre-diciembre 2021, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021. pp. 479-517.

<sup>36</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva oc-28/21 de 7 de junio de 2021 solicitada por la República de Colombia.

- ii. La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la CADH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Democrática Interamericana.
- iii. La reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la CADH y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; todo ello en interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la CADH, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 3.d de la Carta de la OEA y de la Carta Democrática Interamericana.

En Venezuela, la Constitución de 1999 fue enmendada en el año 2009 con el objeto de introducir la figura de la reelección indefinida para la mayoría de los cargos de elección popular: los gobernadores (artículo 160), los concejales legislativos (artículo 162), los alcaldes (artículo 174), los diputados de la AN (artículo 192) y el presidente de la República (artículo 230).

Este nuevo régimen de reelección indefinida determinado en la Constitución, como quedó establecido recientemente mediante opinión consultiva 28/21 de la Corte IDH del 07 de junio de 2021, resulta incompatible con la democracia representativa en el sistema interamericano de derechos humanos, en tanto que viola el pluralismo político, debilita los partidos políticos, afecta la independencia y separación de poderes, y vulnera las condiciones de igualdad para la elección de argos populares, todo ello en violación de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la CADH, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la OEA y de la Carta Democrática Interamericana.

A la luz de la Opinión Consultiva 28/21, esas normas constitucionales son todas inconvencionales, lo que obligaría a los órganos internos del Estado venezolano, especialmente a los jurisdiccionales, mediante el control de convencionalidad a ejercer acciones tendientes a armonizar el régimen jurídico interno con las disposiciones del sistema interamericano de derechos humanos, que incluyen, por supuesto, las

opiniones consultivas de carácter vinculante de la Corte IDH que interpretan dichas disposiciones.

Ahora bien, como bien afirma Osvaldo Gozaíni, las decisiones de la Corte IDH, realmente no esclarecen el “cómo cumplir”. Gozaíni sostiene que son exhortaciones, cuyo nivel de obligatoriedad primero es para el Estado; de forma que *“En el camino queda por ver si el control de convencionalidad declarado produce un desplazamiento de la norma constitucional; o se trata de una inaplicabilidad por inconvencionalidad; o una revelación de este tipo, o lleva directamente a la derogación o abrogación de la norma opuesta”*<sup>37</sup>.

Incluso, ante este supuesto de la declaración de normas constitucionales inconvencionales, el Poder Legislativo, que fundamentalmente es un poder constituido, por exigencia de la jurisdicción convencional, puede llegar a convertirse, en determinado momento, en Poder Constituyente derivado, para cumplir con el mandato de la Corte IDH, a través de la promulgación de una legislación convencionalizante de la Constitución. Es decir que, mediante la sanción de normas legales que modifiquen la Constitución, el Poder Legislativo, actuando como poder constituyente derivado, terminaría de ejecutar la reforma ordenada o promovida por la Corte IDH en su fallo, con el objeto de hacer cesar la discrepancia o el conflicto existente entre el bloque de la convencionalidad y la Constitución.<sup>38</sup>

De manera que distintas han sido las formas de implementación, acatamiento o cumplimiento de los fallos y recomendaciones emanados de la Corte IDH por los Estados obligados por la CADH, pero lo que no cabe duda es que una decisión de la Corte IDH, que declare fundado un control convencional frente a una norma constitucional, *“ésta deviene jurisdiccionalmente en una norma constitucional inconvencional cuyos efectos son nulificantes; lo que supone como exigencia de su fase ejecutiva, la reforma y supresión de dicha cláusula constitucional declarada inconvencional”*<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Osvaldo Gozaíni, *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2019, p. 324. Disponible en: <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2020/08/Teoria-procesal-constitucional-del-SIDH.pdf>

<sup>38</sup> Gerardo Eto Cruz, “Normas constitucionales inconvencionales”, ob. cit.

<sup>39</sup> *Ídem*.

## 6. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU IMPORTANCIA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La justicia constitucional no sólo garantiza la inviolabilidad de los preceptos constitucionales y preserva su supremacía y asegura el Estado de derecho, ni únicamente es un elemento fundamental para la consolidación de la democracia: además de todo ello protege al ciudadano en el ejercicio de sus garantías y derechos fundamentales a través de mecanismos procesales especialmente dispuestos para ello.

Es decir que a través de la justicia constitucional se tutelan los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales.

Una parte importante de la justicia constitucional consiste en la función de proteger los Derechos Humanos y, comoquiera que la tendencia es a la mundialización de esos derechos que son reconocidos y desarrollados en tratados o acuerdos internacionales, se alude también a la justicia constitucional como mecanismo de protección y supremacía de esas normas supranacionales relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos y que conforman el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos (bloque de la convencionalidad).

### 6.1. El Control de Convencionalidad para la protección de los Derechos Humanos

El control de convencionalidad es particularmente importante para protección de los derechos humanos. La justicia constitucional ha de adaptarse a la nueva realidad de la internacionalización de los derechos humanos, que implica, entre otras condiciones, la aceptación, por ejemplo, de la supraestatalización de los derechos fundamentales y de la forma de Estado democrático y de derecho definida en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos<sup>40</sup>.

Algunos de estos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos son: la Declaración universal de los derechos humanos; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto

<sup>40</sup> Manuel Aragón Reyes, ob. cit.

internacional de derechos sociales, económicos y culturales; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención sobre los derechos del niño, todos de la Organización de Naciones Unidas (ONU); y en el ámbito americano: la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la CADH; la Convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas; la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia; la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; la Convención interamericana sobre la concesión de los derechos civiles a la mujer; la Convención interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer; la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de *Belém do Pará*”; la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, entre otras.

Ciertamente, el rol de la justicia constitucional hoy en día -y que debe cumplir en el futuro- no es el mismo que tenía hace unas décadas. La justicia constitucional ya no se basa únicamente en controlar la constitucionalidad de los actos y omisiones de los órganos y entes del poder público que sean contrarios a los principios, valores y disposiciones constitucionales sino que, en el ejercicio de su función de medio de tutela de los derechos humanos, la justicia constitucional debe cumplir además con las exigencias internacionales, dialogar con los tribunales supranacionales para conseguir que los principios sobre derechos humanos del orden internacional sean respetados por las instituciones nacionales.

Así pues, la justicia constitucional, para alcanzar la máxima garantía de protección a los derechos humanos debe ceñirse necesariamente a los estándares, los criterios convencionales mínimos sobre los derechos humanos establecidos por los tribunales supranacionales sobre derechos humanos.

El compromiso del derecho procesal constitucional es, por lo tanto, la protección de los derechos humanos a través del reconocimiento de los derechos humanos consagrados en la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y aquellos que inclusive no figuren en estos o aquella, pero además en el acatamiento de los estándares e interpretaciones en materia de derechos humanos articulados por las instancias internacionales, con el fin de crear un sistema común de protección de derechos humanos.

Ahora bien, la efectividad de la protección de los derechos humanos precisa del entendimiento, por los órganos jurisdiccionales nacionales, que la Corte IDH es el garante supremo y último intérprete del bloque de convencionalidad sobre derechos humanos en América, y de que, en esta circunstancia el juez nacional y todos órganos del poder público tienen la obligación de acatar y ejecutar las decisiones de la Corte en dicha aplicación e interpretación del bloque de convencionalidad.

En este orden de ideas, actualmente la jurisprudencia de la Corte IDH, al igual que la letra de la CADH, e incluso las demás convenciones relativas a derechos humanos válidamente suscritos por la República, forman “*parte de aquel parámetro que debe ser considerado al momento de suprimir y expedir normas o al instante de eliminar o desarrollar determinadas prácticas al interior de los Estados, dotándosele así de un carácter vinculante*”.<sup>41</sup>

Es decir, el efecto de sus sentencias sería *erga omnes*, dado que todo Estado parte de la Convención que ha aceptado su competencia contenciosa “*debería considerar su jurisprudencia más que como una pauta interpretativa, como un precedente obligatorio, incluso si fuese ajeno al proceso del cual emanó la decisión*”.<sup>42</sup>

La justicia constitucional venezolana debe asumir con armonía a la Corte IDH; debe colaborar para ejecutar sus decisiones en el territorio nacional, debe dialogar e interactuar con ella para así lograr la efectiva protección de los derechos humanos.

---

<sup>41</sup> Juan Alonso Tello Mendoza, “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”, *Prudentia Iuris*, N° 80, 2015, p. 202. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>

<sup>42</sup> *Ídem*.

Ciertamente, en virtud de que los Estados americanos -entre ellos Venezuela- han soberanamente consentido en el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos derivadas de los instrumentos internacionales que hacen parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos<sup>43</sup>, se exige, como deber ineludible, que las regulaciones internas relativas a los derechos humanos sean armonizadas con la CADH<sup>44</sup>.

En efecto, el deber de respetar y garantizar los derechos y libertades impuesto a los Estados en el artículo 1º de la CADH se complementa con el de adoptar disposiciones de derecho interno del artículo 2 que permitan, precisamente, dicho respeto y garantía de los derechos humanos. Este compromiso surge de la propia adhesión al Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>45</sup>.

Es preciso que los órganos internos del Estado venezolano, en especial los encargados de ejercer el control judicial de la convencionalidad, realicen las acciones necesarias para asegurar la vigencia y compatibilidad de las disposiciones interamericanas sobre derechos humanos en el territorio de Venezuela.

Hoy se debate sobre el control convencional, no sólo de los actos de rango legal y sublegal, sino además del control de la convencionalidad como medio que garantice la correspondencia y compatibilidad de las normas constitucionales de los Estados parte respecto de las normas, resoluciones y decisiones de los órganos supranacionales que integran el bloque de la convencionalidad.

Ciertamente, el control de convencionalidad estará dirigido a determinar si un ordenamiento jurídico interno, en todas y cualquiera de sus

---

<sup>43</sup> En este sentido, el artículo 2 de la CADH establece que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

<sup>44</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva oc-28/21 de 7 de junio de 2021 solicitada por la República de Colombia.

<sup>45</sup> Osvaldo Gozaini, *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2019, p. 324. Disponible en: <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2020/08/Teoria-procesal-constitucional-del-SIDH.pdf>

expresiones: leyes, decretos, reglamentos, jurisprudencia, incluso de la propia Constitución, está adecuado al bloque de la convencionalidad.

De manera que en los últimos tiempos ha llamado fuertemente la atención las competencias de los órganos supranacionales en el ejercicio del control convencional de normas con rango constitucional.

Decimos que llama la atención por cuanto choca directamente con la clásica concepción del Poder Constituyente que lo presenta esencialmente como un poder soberano e ilimitado, pero que ahora, en los tiempos de la mundialización de los derechos, de la apertura hacia la comunidad de naciones, pasa a estar restringido, limitado y sujeto al bloque de convencionalidad, so pena de la declaratoria de su nulidad por el organismo supranacional correspondiente. Ciertamente, el Poder Constituyente (que es el encargado de dictar la norma fundamental de un Estado) y la soberanía mediante la cual actúa (que es también elemento esencial del Estado), hoy se entienden relativizados, desde que el derecho internacional ha exigido que dichos Estados cedan parte de dicha potestad soberana “*a fin de que Tribunales supranacionales puedan controlar excesos o violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”<sup>46</sup>.

De manera que frente a la soberanía de los Estados y al Poder Constituyente, creador de nuevos Estados, fundamento de independencia y máxima fuente de la Constitución, se impone el límite de la convencionalidad, del respeto a los tratados internacionales, especialmente de aquellos que garanticen el respeto de los derechos humanos.

En efecto, hoy la fuente que va a otorgar validez y legitimidad no sólo radica en la soberanía de cada Estado, sino de la cooperación que dicho Estado realice respetando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Siendo esto así los tribunales internacionales, están llamados no sólo a revisar normas con rango de ley, o sentencias dictadas por los más altos tribunales supremos de los Estados parte; sino que el control de convencionalidad puede determinar la existencia de “normas constitucionales inconvencionales”.

<sup>46</sup> Gerardo Eto Cruz, “El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconvencionales”, ob. cit.

Veamos algunos ejemplos del control convencional de la Constitución dentro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos<sup>47</sup>:

- **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001**

En este caso, la Corte IDH decidió declarar la responsabilidad del Estado de Chile por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión, dispuestos en el artículo 13º de la CADH, en concordancia con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos (artículo 1º) y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a lo consagrado en la Convención (artículo 2º), cuando dicho Estado prohibió, a través de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, la difusión de la producción cinematográfica intitulada “La Última Tentación de Cristo”, en aplicación del artículo 19 número 12 de la Constitución de Chile, establecía la censura previa de la producción cinematográfica.

En efecto, dispuso la Corte IDH que la responsabilidad internacional del Estado podía generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana, y que en ese caso, dicha responsabilidad se había generado con motivo de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica, lo cual era determinante para las actuaciones de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

La Corte IDH, entre otros, ordenó la modificación del ordenamiento jurídico interno del Estado de Chile, en este caso, de la Constitución Nacional, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, debiendo rendir a la Corte IDH dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

En cumplimiento de esa decisión el Estado de Chile, mediante Ley de Reforma Constitucional N.º 19742, del 25 de agosto de 2001, dejó sin efecto el precepto constitucional que establecía la censura previa.

---

<sup>47</sup> *Ídem.*

**- Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar. Sentencia de 20 de noviembre de 2007**

En esta oportunidad la Corte IDH decretó la inconvencionalidad del artículo 26 de la Constitución de Barbados que establecía la inimpugnabilidad de las “leyes existentes” de dicho país, incluso de aquellas que disponían la pena de muerte, y que, a juicio de la Corte IDH resultaban violatorias de los artículos 4.1 y 4.2 de la CADH que consagran el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida y a su vez limitan la aplicación de la pena de muerte para los delitos más graves.

En efecto, en un análisis sobre la adecuación del ordenamiento jurídico interno del Estado de Barbados, la Corte IDH revisó que los órganos jurisdiccionales de Barbados, en aplicación del referido artículo 26 de la Constitución de Barbados, habían ratificado la vigencia de la Ley de Delitos contra la Persona, que establecía la aplicación de la pena de muerte para cualquier situación en que se hubiese cometido el delito de homicidio.

Sin embargo, a juicio de la Corte dichos tribunales no debían limitarse a un control de la constitucionalidad de ese Decreto, sino que debían además aplicar el control de convencionalidad que hubiese producido la desaplicación de dicha ley por ser contraria a la CADH.

La sentencia de la Corte IDH declaró que el artículo 26 de la Constitución de Barbados le negaba a los ciudadanos el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida; y por tanto, concluyó que el Estado parte no había cumplido con la obligación de adecuación de la legislación interna previsto en el artículo 2º de la Convención, determinando que, frente a esta situación el Estado de Barbados debía adoptar, dentro de un plazo razonable, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que la Constitución y la legislación de Barbados cumplan con la Convención Americana y, en especial, eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpugnabilidad de las “leyes existentes”.

**- Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005**

En este caso, similar al recién comentado, la Corte IDH declaró la incompatibilidad de una norma constitucional, esta vez del Estado de

Trinidad y Tobago, por imposibilitar que una Ley contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos fuese impugnada.

En efecto, la Corte IDH determinó que el artículo 6.1 de la Constitución de Trinidad y Tobago, que disponía una “cláusula de exclusión” respecto de la impugnación de leyes existentes, era inconvencional desde que permitía la vigencia de leyes que establecían tratos crueles e inhumanos prohibidos expresamente por el derecho internacional de los derechos humanos, tales como la Ley de Penas Corporales, para delincuentes mayores de 18 años, que disponía la imposición de penas como que el condenado sea golpeado o azotado con un objeto denominado “gato de nueve colas”.

Según el criterio de la Corte IDH, en este caso el Estado no proveía a las presuntas víctimas de dichos tratos crueles de un recurso efectivo para impugnar la imposición de la mencionada pena corporal, vulnerándose con ello el artículo 25º de la Convención, en concordancia con sus artículos 1.1 y 2, que disponen la obligación de adecuación de la legislación interna; y en este orden la Corte ordenó que el Estado de Trinidad y Tobago debía enmendar, dentro de un plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilita a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección ante violaciones de sus derechos humanos. En efecto, la Corte IDH fue enfática en que un Estado parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

**- Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005**

En esta oportunidad, la Corte IDH decretó la inconvencionalidad de las normas constitucionales del Estado de Nicaragua que imposibilitaban recurrir las decisiones de la autoridad electoral nacional que fuesen violatorias de los derechos políticos consagrados en la CADH.

En efecto, la Corte IDH condenó la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia nicaragüense que declaró improcedente *in limine* un amparo constitucional contra la resolución del Consejo Supremo Electoral que había excluido de participar en las elecciones municipales, realizadas el 5 de noviembre del año 2000, al partido político “YATAMA”; la Sala Constitucional en dicha decisión argumentó

que la Corte Suprema carecía de competencia en materia electoral, de conformidad con la parte final del artículo 173 de la Constitución Política que establece que “*De las resoluciones del Consejo Supremo en materia electoral no habrá recurso alguno ordinario ni extraordinario*”.

La Corte IDH determinó entonces que en el ordenamiento constitucional de Nicaragua existía la violación del derecho a un recurso sencillo y rápido consagrado en el artículo 25°.1 de la Convención. Asimismo, señaló que la prohibición establecida en el artículo 173° de la Constitución, no podía significar que el órgano electoral no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Así pues, la Corte IDH ordenó que el Estado de Nicaragua debía adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas necesarias para establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral que afecten derechos humanos, tales como los derechos políticos, con observancia de las garantías legales y convencionales respectivas, y derogar las normas que impidan la interposición de ese recurso.

**- Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008**

En esta decisión la Corte IDH condenó a los Estados Unidos Mexicanos, debido a la inexistencia de un recurso sencillo y efectivo, en el ordenamiento jurídico mexicano, para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos, pues según el derecho interno, el amparo no era procedente en materia electoral, la acción de inconstitucionalidad tampoco procedía por ser una acción extraordinaria, y el “juicio de protección” era inaccesible e inefectivo, lo que dejaba a los ciudadanos vulnerados en sus derechos políticos ante las decisiones de índole electoral.

Ante esta circunstancia el Estado mexicano informó a la Corte IDH que se había aprobado una reforma constitucional del artículo 99° de la Constitución, a fin de que a partir de entonces el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación pudiera declarar la inaplicación de leyes electorales que contravengan la Constitución Federal; y en el mismo orden, la Corte IDH ordenó que los Estados Unidos Mexicanos completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con

lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.

- **Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009**

En este caso, las víctimas solicitaron a la Corte IDH que decretara la inconventionalidad del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que regula la jurisdicción militar, argumentando que esta per se no era contraria a la CADH, pero que los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación habían distorsionado el fuero militar, de allí que fuese necesaria su precisión. Sin embargo, la Corte decidió que no era necesario reformar la norma constitucional, y por el contrario, lo que procedía era que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuaran a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH, es decir que la Corte IDH optó por una interpretación convencional (similar de lo que, a nivel interno, es la “interpretación constitucional de la ley”) del derecho interno del Estado parte.

De la jurisprudencia de la Corte IDH se desprende que se ha aplicado la tesis favorable al control de convencionalidad de las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención.

En consecuencia de ello, ante el ejercicio del control de convencionalidad, el Estado parte tiene la obligación de modificar o derogar la norma constitucional a fin de no contravenir la Convención Americana, y en tal sentido, cumplir con la obligación de adecuar su derecho interno a dicho tratado internacional, según lo previsto en el artículo 2º de la Convención.

También se desprende de lo anterior que es posible realizar una “interpretación convencional de una norma constitucional” para encontrar así una “norma” constitucional que sea conforme a los derechos previstos en la Convención y no declarar así su “inconventionalidad”.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> Gerardo Eto Cruz, “El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconventionales”, ob. cit.

**- Caso Cuya Lavy y Otros Vs. Perú. Sentencia del 28 de septiembre de 2021**

El 28 de septiembre de 2021 la Corte IDH dictó una sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado del Perú por una serie de violaciones cometidas en el marco de los procesos de evaluación y ratificación a los que fueron sometidos dos jueces, un fiscal y un fiscal por el Consejo Nacional de la Magistratura (“CNM”) entre los años 2001 y 2002. Los procesos concluyeron con las resoluciones de no ratificación en sus cargos emitidas por el referido Consejo. A las víctimas no se les permitió conocer previa y detalladamente la acusación formulada, ni contaron con el tiempo y los medios adecuados para su defensa.

Las resoluciones de no ratificación no contaban con motivación alguna, lo que ocasionó también una afectación al derecho de la honra y de la dignidad. También se les afectó indebidamente el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad. Además, las víctimas no contaron con un mecanismo idóneo y eficaz para proteger la garantía de estabilidad en el cargo, en vista que los recursos presentados fueron declarados improcedentes bajo el argumento que las resoluciones del CNM no podían ser revisadas en la sede judicial.

En consecuencia, la Corte IDH concluyó que el Perú era responsable por la violación a las garantías judiciales, a la protección de la honra y de la dignidad y a los derechos políticos, consagrados en la CADH, y ordenó la reparación al Estado de Perú, mediante indemnización por concepto de restitución a las víctimas<sup>49</sup>.

## **7. CONSIDERACIONES FINALES**

El derecho procesal constitucional ha tenido un desarrollo extraordinario en los últimos cincuenta años. Su función se ha multiplicado y hoy tiene una incidencia trascendental en el Estado de derecho, en la estructura de sus instituciones, en el sistema democrático y en la defensa y protección de los derechos humanos.

<sup>49</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cuya Lavy y Otros vs. Perú. Sentencia de 28 de septiembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_438\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_438_esp.pdf)

El derecho procesal constitucional tiene un impacto enorme en el ordenamiento jurídico. El ejercicio del control concentrado de constitucionalidad tiene un tremendo impacto en el ordenamiento jurídico, desde que es capaz de modificarlo, de manera definitiva y con efectos *erga omnes*, mediante la anulación de leyes, decretos y demás actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, velando siempre porque la representación del pueblo (poder constituido) no trasgreda la voluntad del pueblo (poder constituyente).

A través del control difuso de la constitucionalidad también se impacta directamente el ordenamiento jurídico, lo muta para el caso concreto, haciendo inaplicables normas de rango legal y aplicando de forma directa e inmediata la Constitución.

El amparo constitucional es igualmente una acción que impacta significativamente en el ordenamiento jurídico y que tiene múltiples manifestaciones, capaces de ordenar cualquier acción necesaria para la protección de los derechos y garantías constitucionales.

Mediante otros medios de impugnación, como por ejemplo la omisión legislativa, el derecho procesal constitucional impacta al ordenamiento jurídico ordenando al órgano legislativo introducir una nueva norma en él, ejercer funciones constitucionales que antes no había ejercido, y en el mayor de los casos lo impacta incluso ejerciendo directamente la función omitida.

Asimismo, a través de la revisión constitucional se impacta el ordenamiento jurídico, cuando deja sin efecto sentencias definitivas, con carácter de cosa juzgada, por la errónea aplicación del control difuso, e incluso por no acatar la interpretación constitucional ya adoptada por el máximo órgano jurisdiccional constitucional.

Por su parte, el recurso autónomo de interpretación constitucional, aunque creado mediante vía jurisprudencial por la SC del TSJ en una muy cuestionable sentencia del año 2000, y que tiene como función principal darles un sentido y alcance a las normas constitucionales cuyo significado puede parecer difuso, abstracto; ha de tener un enorme impacto, que puede ser favorable en algunos casos y desfavorable en otro. En el caso de Venezuela, su impacto es lamentablemente desfavorable.

Por último, el impacto del derecho procesal constitucional a través del control de la convencionalidad, quizás ha sido de los de mayor

impacto en la última década, hasta el punto de que hoy hablamos del control de convencionalidad de normas constitucionales, y de normas constitucionales inconvencionales, es decir, de un medio capaz de modificar, de impactar todo el ordenamiento jurídico interno de un Estado (o de múltiples Estados), desde sus actos administrativos, sus sentencias, sus leyes, e incluso de la norma suprema, la Constitución.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha acogido y aplicado la tesis favorable al control de convencionalidad de las normas constitucionales de los Estados parte de la CADH.

Ante el ejercicio del control de convencionalidad, el Estado parte tiene la obligación de modificar o derogar una norma constitucional a fin de no contravenir la Convención Americana, y en tal sentido, cumplir con la obligación de adecuar su derecho interno a dicho tratado internacional, según lo previsto en el artículo 2º de la Convención.

Es posible realizar una “interpretación convencional de una norma constitucional” para encontrar así una “norma” constitucional que sea conforme a los derechos previstos en la Convención y no declarar así su “inconvencionalidad”.<sup>50</sup>

## 8. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Tribunal Constitucional*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2007.

ABAD YUPANQUI, Samuel B. *La importancia de la justicia constitucional en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer. 2012. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3740/10.pdf>

ALONSO TELLO MENDOZA, Juan, “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”, *Prudentia Iuris*, N° 80, 2015. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>

---

<sup>50</sup> Gerardo Eto Cruz, “El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconvencionales”. Ob. cit.

- ARAGÓN REYES, Manuel, “El futuro de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 23 número 1 (2019), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/73075/44047>
- AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como Individuo de Número, Colección Estudios Jurídicos número 98, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.
- BADELL MADRID, Rafael, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.
- \_\_\_\_\_, “La Reelección presidencial indefinida como violación a la Convención Americana de Derechos Humanos, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y La Carta Democrática Interamericana”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°166. Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Octubre-diciembre, 2021. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.
- \_\_\_\_\_, “Control de Convencionalidad”, *Libro Homenaje al Doctor Pedro Nikken*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2021.
- BREWER-CARÍAS, Allan, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Segunda edición actualizada al 6 septiembre 2016, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas / New York, 2016.
- \_\_\_\_\_, *Justicia Constitucional*, Tomo VI de instituciones políticas y Constitucionales, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal, 2016.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, “La justicia constitucional”, *Revista de Derecho*. Vol. XIV. Julio 2003. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v14/art17.pdf>

- DERMIZAKY, Pablo, “Justicia Constitucional y Democracia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, Madrid, 2009.
- ETO CRUZ, Gerardo, “El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconvencionales”. Ponencia presentada al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, “Trayectoria y porvenir del constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a la Constitución de Querétaro en su centenario”, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entre otros, a realizarse en el Palacio de la Minería, Ciudad de México, del 1 al 3 de febrero de 2017. Disponible en: [https://www.academia.edu/38534021/Las\\_normas\\_constitucionales\\_inconvencionales?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/38534021/Las_normas_constitucionales_inconvencionales?email_work_card=view-paper)
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni (Coordinadores), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Tomo I, poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2014. p. 122. Disponible en: [https://www.academia.edu/10913852/DICCIONARIO\\_DERECHO\\_PROCESAL\\_CONSTITUCIONAL\\_Y\\_AMPARO?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/10913852/DICCIONARIO_DERECHO_PROCESAL_CONSTITUCIONAL_Y_AMPARO?email_work_card=view-paper)
- FONDEVILA MARÓN, Manuel, “El auge del derecho procesal constitucional en Latinoamérica”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad* N° 8, Diciembre 2014, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, España, 2014.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “El Status del Tribunal constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, Madrid, 1981.
- GOZAÍNI, Osvaldo, *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2019. Disponible en: <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2020/08/Teoria-procesal-constitucional-del-SIDH.pdf>

- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., *El control constitucional difuso y el control convencional: algunos problemas de articulación*, 2da edición, Centro de Investigaciones Jurídicas, Fondo Editorial del Poder Judicial de Perú, Lima, 2022.
- GUASTINI, Ricardo, “Justicia Constitucional vs. Democracia”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; FIX FIERRO, Héctor; VALADÉS, Diego (Coordinadores), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo III: Justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015. Pp. 337 y ss. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3824-estado-constitucional-derechos-humanos-justicia-y-vida-universitaria-estudios-en-homenaje-a-jorge-carpizo-tomo-iii-justicia>
- MOLERO MARTÍNEZ, Ney, “Justicia constitucional y democracia: casos Colombia, Ecuador y Venezuela”. *Revista Digital de Investigación y Postgrado*, Vol. 2, nº 3, enero-junio 2021, disponible en: <https://redip.iesip.edu.ve/ojs/index.php/redip/article/view/7/7>
- NOHLEN, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25293.pdf>
- PÉREZ TREMPES, Pablo. *La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/30044088.pdf>
- \_\_\_\_\_, “La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial referencia a América Latina”, en *Anuario* N°. 8, 2002, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Antofagasta, Chile, 2002.
- RODRÍGUEZ, Armando, “Medios de impugnación”, en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”. Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III, Tribuna Jurídica de Venezuela, Barquisimeto, 1993.

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (DEL PROCESO) Y DEFENSA DE LOS OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES (A TRAVÉS DEL PROCESO). APORTES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

LUIS ALBERTO PETIT GUERRA\*

## SUMARIO

1. Introducción. 2. Del cambio de la concepción de la comprensión de la Constitución. De los derechos legales a los derechos fundamentales. 3. La introducción de otros mecanismos procesales (además) de los procesos ordinarios para garantizar determinados derechos subjetivos fundamentales. 3.1. La constitucionalización del proceso. 3.2. De la introducción del amparo constitucional. 3.3. De la introducción de nuevas funciones y recursos. 3.4. De la asunción de nuevos derechos por desarrollo jurisprudencial. 4. Cambio de paradigmas al rol (función) del juez. 5. La creación de un sistema de controles de las decisiones judiciales más allá del régimen de apelaciones, nulidades o casación. 6. Conclusiones. • Bibliografía.

*Abstracto – Resumen:* Con la transformación del Estado legislativo de derecho hacia el Estado constitucional de derecho, se generan importantes cambios no solo en el sistema de fuentes; cuando la Constitución tiene valor normativo y aplicación inmediata. Al diseñarse una serie de mecanismos para la protección de derechos fundamentales que no es posible hacer mediante las (lentas y limitadas) vías ordinarias previstas. Con la asunción del debido proceso y tutela judicial efectiva como derechos fundamentales se imprimen consecuencias importantes; y más, cuando sirven para garantizar además, otros derechos fundamentales sustantivos.

---

\* (i) Ph.D. (Cum Laude) en Justicia constitucional y derechos fundamentales, Universidad de Pisa (Italia); (ii) Doctor (Cum Laude) en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (España); (iii) Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (España); (iv) Especialista en Derecho Procesal General, Universidad Central de Venezuela; (v) Especialista en Derecho procesal Constitucional, Universidad Monteávila; (vi) Ex Juez Civil, Mercantil, Caracas; (vii) profesor de postgrado, Universidad Monteávila, Caracas; correo electrónico: [luispetitguerra@hotmail.com](mailto:luispetitguerra@hotmail.com)

## 1. INTRODUCCIÓN

En este ensayo se abordan someramente las implicaciones y propuestas que desde el derecho procesal constitucional sirven para mejorar la efectividad y estándares en los procesos judiciales y administrativos en general de cualquier índole o materia (civil, mercantil, laboral, tributario, penal, arbitraje, etc.); para justificar la importancia de reconocer la existencia de una serie de derechos procesales (más allá de la ley); que tienen un rango superior dentro del catálogo de derechos fundamentales (procesales).

Adscribir los derechos procesales como derechos fundamentales le imprime consecuencias claves (frente al formalismo jurídico de tener estas nociones como adjetivas en la ley); entonces, al ser en sí mismos, además de derechos y garantías, también instrumentos necesarios para el reconocimiento de otros derechos fundamentales (sustantivos).

En este sentido:

*“En Latinoamérica a finales del siglo XX y principios del siglo XXI se ha presentado un auge del estudio del derecho procesal constitucional al crearse diversos procesos y procedimientos cuya esencia común es la eficacia de la supremacía de las normas y principios constitucionales frente a las demás normas y actos u omisiones de los órganos del poder público<sup>1</sup>”.*

Hay varios elementos –que no únicos- que intentamos resumir para explicar el punto que nos ocupa en la ponencia:

(i.) *De la Constitución formal hacia la Constitución material.* Con el cambio de concepción de la «Constitución formal» más allá de la sola previsión de principios abstractos y establecimiento de competencias formales dentro de la división de poderes para delegar en el poder legislativo el establecimiento de «derechos legales», hacia la concepción de la «Constitución material» contentiva igualmente de valores, principios y división de competencias; con la diferencia en delegar (ya

---

<sup>1</sup> Alfonso Martínez Lazcano, en AA.VV. *Derecho procesal convencional*, Cap. XI, Universidad Santo Tomás, Ed. Legis, Bogotá, 2015, p.207.

no solo al poder legislativo; sino especialmente al poder Constituyente) la adscripción de «derechos fundamentales» expresos e implícitos que pueden exigirse judicialmente frente a particulares y poderes públicos a través de vías más expeditas a los procedimientos existentes.

(ii.) *Nuevos institutos del derecho procesal constitucional al elenco de procedimientos ordinarios y generales.* Debido a la lentitud e ineficacia de los procesos generales circunscritos a resolver solo «derechos subjetivos o sustantivos» que se debatían en los mismos y no constitucionales), junto a la aplicación directa de la Constitución (como norma y no como principio); se introdujeron figuras para la protección judicial de la Constitución frente a la aplicación de leyes “inconstitucionales” en determinados contextos y casos (*judicial review* en cuanto control difuso de todos los jueces) junto a mecanismos más eficientes y céleres como las acciones de amparo o tutela para garantizar determinados derechos subjetivos constitucionales, además de las ya existentes vías procesales ordinarias o especiales limitadas a ciertas materias y contextos.

(iii) *Nuevas funciones del juez como director del proceso.* El cambio de paradigma en la función del juez para garantizar los derechos fundamentales de la Constitución; más allá del juez operador que aplica (solo) la ley sustantiva y procesal; para aplicar (también) la Constitución e interpretar la ley y la Constitución.

(iv) *Entre procesos (solo) formales y procesos (más) efectivos.* Las formas procesales son importantes porque generan seguridad jurídica y también certeza del derecho. Ahora bien, en estos cambios de paradigmas conviene la adecuación de los procesos judiciales hacia la búsqueda de la justicia material (frente a la sola justicia formal); en el sentido de que el debido proceso y la tutela judicial efectiva además de garantizar otros derechos sustantivos y fundamentales; sean al mismo tiempo concebidos cada ellos derechos fundamentales propiamente.

(v) *Nuevos controles y recursos para la defensa de los derechos constitucionales distintos a los derechos subjetivos.* La creación de un sistema de controles a las decisiones judiciales mediante una serie de órganos (dentro o fuera del poder judicial) para la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales.

## 2. DEL CAMBIO DE LA CONCEPCIÓN DE LA COMPRESIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. DE LOS DERECHOS LEGALES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Basado en la división de poderes y primacía del poder legislativo, conforme a la propuesta de Montesquieu; los jueces tenían un papel secundario en cuanto solo podrían aplicar y actuar conforme límites y regulaciones previstas en la ley (*les juges sont la bouche de la loi*); quedando limitados a los mecanismos de aplicación, subsunción del derecho muy propio de la cultura románica/francesa de la poca fiabilidad de los jueces, quienes solo pueden tener alguna forma de interpretación restringida (a los preceptos expresos de la norma, la intención del legislador y los principios generales del derecho).

En el caso de Venezuela, con la concepción iuspositivista (formalista) general, según el Código Civil (art.4º), el juez tiene la obligación de atribuirle a la Ley el sentido que aparece evidente del significado de las palabras, su conexión entre sí y la intención del legislador. Y, sólo cuando no hubiere disposición expresa (de Ley) el juez podría aplicar la analogía y, si todavía hay dudas aún, puede valerse de los principios generales del Derecho.

De modo que la Constitución (formal) concebida como establecimiento de principios generales y contenidos; cuyos derechos (sólo) podrían ser desarrollarse por mediación del legislador y que los jueces solo podrían aplicar (la letra) de la ley y no la Constitución. Siguiendo a Perfecto Andrés Ibáñez se habla entonces del «Estado legislativo del derecho», como realización de un gobierno de las leyes mediante una serie de límites al ejercicio del poder; el cual se agota con la “primacía” de la ley que “condiciona y prefigura el papel de la jurisdicción en el modelo. El juez es juez *de la ley ordinaria*, juez *sin Constitución*”<sup>2</sup>.

La influencia del derecho público clásico y del derecho constitucional clásico fueron notables para el derecho procesal clásico u originario que recibimos del procesalismo italiano en sus distintas etapas<sup>3</sup>,

<sup>2</sup> Perfecto Andrés Ibáñez, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Siglo de Hombres editores, Universidad EAFIT, Colección justicia y conflicto, Bogotá, 2011, p.79.

<sup>3</sup> Sobre este tema, Guido Águila Grados. *Lecciones de Derecho procesal civil*, Egacal, Perú, 2010, p.18.

al concebir la jurisdicción de manera estática y limitada al servicio del legislador democrático, también del debido proceso formalista (más bien ritualista) a través de mecanismos, formas o instrumentos a veces insuficientes para garantizar otros derechos de urgente protección, todo lo cual, muchas veces atentaba la tutela judicial efectiva que se buscaba proteger.

Bajo la Constitución (formal) entendida como contentiva de meros programas (programática) dirigida a los poderes públicos quienes gozaban de amplio margen de discrecionalidad (para “desarrollar o no”); quiere decir que la Constitución –en esa visión- no aplicativa en sí misma ni contiene derechos directamente exigibles mediante los tribunales:

*“Las constituciones van a dejar de ser meros estatutos organizativos del poder; que se limitan a precisar algunos instrumentos de garantía de los ciudadanos frente al arbitrio de los poderes públicos, que es lo que básicamente habían sido a lo largo del siglo XIX. La Constitución pasa a caracterizarse globalmente en un programa, como una manifestación de principios, valores y directrices permanentes; con ello, una concepción meramente programática...”<sup>4</sup>.*

Desde la época (del llamado «Estado legislativo de derecho»), la Constitución solo servía para establecer principios, competencias y materias; donde surgen importantes cambios por déficit del sistema de leyes; hacia una nueva dinámica del sistema de fuentes en comprensión de la Constitución material (de donde deriva la expresión «Estado constitucional de derecho»), que se entiende como “el respeto de la Constitución como norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico interno de los Estados, así como la consolidación del principio de supremacía constitucional<sup>5</sup>”.

Quiere decir, que si bien la Constitución en general contiene algunos preceptos de lectura “abierta” como meros programas o indicaciones

<sup>4</sup> Francisco Fernández Segado. *El Estado social de derecho y el control en sede constitucional de las omisiones legislativas*, en: Anuario de derecho procesal constitucional, año 1, Eduardo A. Velandia Canosa (Editor académico), Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2010, p.327.

<sup>5</sup> Rafael Badell Madrid, *Derecho procesal constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie estudios nro.121, Caracas, 2020, p. 43.

dirigidas a los poderes públicos (con amplia discrecionalidad o libertad de configuración de determinados contenidos de derechos<sup>6</sup>); en paralelo existen una serie de derechos subjetivos fundamentales (expresos) de obligatorio cumplimiento por los distintos operadores (Constitución material). E, igualmente, derechos constitucionales inferidos o deducidos o consecuenciales extraídos de aquellos derechos expresos<sup>7</sup>.

También se producen cambios en el sistema de fuentes en torno al valor de la jurisprudencia. Se introducen nuevos tipos o formas respecto la jurisprudencia (ordinaria) que deja de ser exhortativa, no obligante como fuente complementaria entre el sistema de fuentes<sup>8</sup> (típico de la Casación francesa); para generar una jurisprudencia (extraordinaria, mandatoria) mediante una serie de *precedentes vinculantes* donde la jurisprudencia es fuente de derecho primaria (y obligatoria) y no fuente auxiliar.

Nos recuerda Zambrano, que en los sistemas de base romano-francesa como casi todos los países de Europa occidental y lo que en América son producto del colonialismo español, portugués y francés, se impone el predominio de las sentencias producto de la aplicación de la ley; donde al principio, el “precedente judicial ha sido asumido siempre con mucha cautela o ha sido absolutamente rechazado<sup>9</sup>”.

Por experiencia del *Common Law*, en el sistema del precedente vinculante<sup>10</sup> se hace necesario determinar qué aspecto del fallo es lo que

<sup>6</sup> Por ejemplo, el derecho a la vivienda en Venezuela no es un derecho fundamental sino derecho programático, ya que le otorga al Estado a las autoridades la libertad de desarrollar como mejor les parezca, este tipo de derecho prestacional, en desarrollo del artículo 82 CRBV.

<sup>7</sup> Sobre este tema Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Ad-Hoc, Argentina, 1ª ed., 2006, p.178.

<sup>8</sup> Sobre el valor de la jurisprudencia como fuente complementaria en España, Vid. Peces-Morte, J.E. Valor de la jurisprudencia, en: AA.VV. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2001; citado por María Luisa Escalada López, *El valor de la doctrina jurisprudencial y su idoneidad para garantizar la igualdad en la aplicación de la Ley*, cap.8. en: AA.VV. *El recurso de Casación*, Thomson Reuters, 2010, p.271.

<sup>9</sup> Alfonso Zambrano, *Del Estado constitucional al neoconstitucionalismo*, Edilex editores, 1ª ed, Perú, 2011, p. 351.

<sup>10</sup> Explica Solar Cayón: “Como es sabido, el funcionamiento del common law se sustenta en la doctrina del *stare decisis*, esto es, en el reconocimiento de la fuerza vinculante de los precedentes vinculantes. La obligación de seguir las normas establecidas por jueces anteriores en la resolución de casos con una base fáctica similar al caso presente constituye

constituye realmente el precedente a “vincular” a los otros jueces; y en contrario, qué otra parte solo contiene argumentos aleatorios –que, aunque importantes- no suponen la “obligatoriedad” de aquel.

La justicia constitucional de nuestros países entonces, ha venido adoptando –y “adaptando”- a sus sistemas, aquellas tipologías de sentencias desde las cuales es posible derivar una fuente vinculante y obligatoria. De modo que la jurisprudencia constituye verdadera fuente de derecho, aunque no siempre sea sencillo determinar tal alcance.

Por ejemplo: En el caso venezolano, a pesar de reconocer su jurisprudencia constitucional que solo la *ratio decidendi* –y no lo que es *obiter dictum*- sería el elemento vinculatorio u obligante; hemos observado que en la construcción de las sentencias constitucionales vinculante suelen apreciarse ciertas confusiones en el tratamiento indiscriminado de razones *obiter dicta* como *ratio decidendi*, y viceversa. Puede verificarse por ejemplo, al leerse la sentencia del caso *Asodevipirilara*<sup>11</sup>, que impugnó la constitucionalidad de los contratos de “adhesión bancaria” y que explicó la naturaleza del Estado social de derecho, acerca de sus efectos (cuya lectura uno a veces no distingue dentro de sus argumentos, qué parte constituye el *obiter* y qué parte la *ratio decidendi*). Algo que parece ocurrir con la más famosa sentencia *Marbury vs. Madison*, que para algunos, toda ella constituye puramente *obiter dicta* en sí misma<sup>12</sup>. En Perú, en los casos que hacen precedente vinculante, se refiere solo aquellas partes de la sentencia (y no toda) que obligan seguir al resto de operadores (art. VII Código Procesal Constitucional).

Pero más allá de los comentarios y dificultades para determinar qué parte de cada sentencia constituye precedente en vinculación obligatoria, parece reconocerse entonces que sea en el sistema del *Common Law* que el *Civil Law*; además del «derecho legislativo» (producto del legislador) se habla abiertamente de que los jueces producen «derecho

---

*el presupuesto básico que dota al sistema de coherencia...*” José Ignacio Solar Cayón. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Nro.49, Madrid, 2005, p. 126.

<sup>11</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia 85/2002. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm>

<sup>12</sup> Gustavo Arbello, Disponible en: <http://www.saberderecho.com/2005/12/el-discreto-encanto-del-obiter-dictum.html>.

jurisprudencial» con determinadas características y también límites, asunto éste último que no está ajeno al debate con múltiples problemas en razón de posibles interferencias (¿invasión de funciones?) en las competencias políticas de los órganos “legislativos” o de posibles “excesos” en la judicatura.

En cualquier caso, no ajeno a problemas, lo explica mejor el maestro Sagüés, según el cual: “El grado de protagonismo en la definición y la vigencia de los derechos se ha acentuado en las últimas décadas y probablemente tenderá a aumentar más<sup>13</sup>”. Estamos de acuerdo con dicha tesis; más allá de la crítica que pueda sostenerse en su contra, en cuanto al progresivo aumento de este tipo de activismo judicial por razones de la funcionalidad del sistema.

En este sentido, pasamos de la convergencia del derecho legal al derecho de los jueces<sup>14</sup>. Más allá de las posiciones doctrinarias pro y contra de esta corriente junto a la problemática puesta en vigencia; lo cierto es que, sin justificar los excesos y desviaciones (que no se pueden negar en determinados contextos), se concuerda con sus avances y éxitos. Y, “aunque no todo el Derecho es Derecho judicial, pero sí que todo Derecho fue primordialmente judicial<sup>15</sup>”; queda claro que: “El que el juez haya creado el Derecho que aplicaba en distintas épocas está fuera de dudas<sup>16</sup>”.

No se puede negar los abusos y desvíos de una judicatura (desnaturalizada); propia de los regímenes no democráticos; incluso, ciertos excesos del poder discrecional de algunos tribunales constitucionales; pero en realidad, es más la valoración positiva en torno al resultado, por lo que “la fuerza creadora de los jueces constitucionales no puede quedarse en la abstracción teórica e inmutable, sino esencialmente de

<sup>13</sup> Néstor Pedro Sagüés. *El enunciado normativo de los derechos humanos fundamentales. Tendencias y escenarios*, en: *Il futuro dei diritti Fondamentali*, Marcelo Labanca, Roberto Romboli (Coordinadores), Pisa, Italia, 2020, pp.175-176.

<sup>14</sup> En este aspecto: Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2ª ed. Universidad de Los Andes, Editorial Legis, 6ta. reimpresión, agosto, 2008.

<sup>15</sup> Carlos De La Vega Benayas, *Introducción al derecho judicial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970, p.57.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 71.

los problemas concretos<sup>17</sup>”. Incluso, no son pocos los problemas de la propia judicatura ordinaria (en las facultades de control difuso, en conocimiento de amparos constitucionales o en interpretación de la ley conforme a la constitución).

Recordar que, fue mediante la judicatura (*y no al derecho político*) cuando mediante procesos especiales y en aplicación de la Constitución se han podido establecer importantes aportaciones, desde la aplicación directa en protección del *habeas corpus* contra las detenciones arbitrarias<sup>18</sup>; la protección de los pobres en momento de hambruna y graves crisis políticas<sup>19</sup>; el *derecho al mínimo vital* (más allá de una ayuda social facultativa de la ley alemana) para obligar al Estado proveer de sumas de dinero a viudas y familias de soldados luego de la guerra mundial<sup>20</sup>. Hasta las más recientes intervenciones para validar por sentencia, la consulta popular en los procesos de Paz<sup>21</sup>; e incluso el cambio diametral de algunos “derechos”, cuando se estableció ingreso a la universidad a una persona en plena segregación racial en EE. UU.<sup>22</sup>; se definió el “derecho” a la interrupción del embarazo<sup>23</sup> y luego 50 años después cambiar precedente y negar la existencia de ese “derecho<sup>24</sup>”; o el derecho a una muerte digna o asistencia al suicidio<sup>25</sup>.

En conclusión, más allá de los problemas y contradicciones en la coexistencia del derecho legislativo y el derecho producto de la jurisprudencia vinculante; razonamos que cada uno tiene su propio espacio y necesaria articulación para no incurrir en contradicciones evidentes<sup>26</sup>.

<sup>17</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Forjadores del derecho procesal constitucional* (Cap.VI: M. Cappelletti), Editorial Ad-hoc, 1ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 209.

<sup>18</sup> *Writ de habeas corpus*, frente a detenciones arbitrarias.

<sup>19</sup> Jueces de Condado de Speenhamland en introducir el llamado *Allowance System*, 1795.

<sup>20</sup> Tribunal Federal Administrativo, 1954.

<sup>21</sup> Procesos de Paz en Colombia, 2013.

<sup>22</sup> Caso Brown vs. Board of Education, 1954.

<sup>23</sup> Caso Roe vs. Wade, 1973.

<sup>24</sup> Dobbs vs. la Organización de Salud Femenina Jackson, 2023.

<sup>25</sup> Tribunal Supremo de Canadá, 1993. Caso Sue Rodriguez vs. The Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia.

<sup>26</sup> Para ampliación: Luis Alberto Petit Guerra, “El derecho legislativo y el derecho judicial en el sistema de fuentes y control democrático”, en: AA.VV. *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana*, Ed. Alteridade, Brasil, 2012, pp. 531-549.

### 3. LA INTRODUCCIÓN DE OTROS MECANISMOS PROCESALES (ADEMÁS) DE LOS PROCESOS ORDINARIOS PARA GARANTIZAR DETERMINADOS DERECHOS SUBJETIVOS FUNDAMENTALES

Más allá de algunas experiencias positivas; en general los procesos judiciales ordinarios para dirimir y asignar derechos de las partes en temas de reclamaciones de índole privatista (partes procesales donde son los particulares y las empresas los más notables o de los particulares frente al Estado), han pasado por una etapa de reflexión y valoración sobre si estaban cumpliendo sus objetivos en torno a las modalidades (procedimentales) y tiempos de respuesta (conceder justicia en forma equitativa y con una duración aceptable).

En este debate, hay dos aspectos que citar: *primero*, la constitucionalización de los procesos, entendido que, las formas procesales están al servicio de la justicia y no al revés. De este modo, construir o diseñar procedimientos judiciales de una manera que faciliten y no compliquen las oportunidades de acción y defensa, con equilibrio procesal entre partes y real posibilidad de búsqueda de la justicia material; *segundo*, que lo anterior implica mejorar los procedimientos, mecanismos e institutos en términos de efectividad y objetivos<sup>27</sup>, para mejorar los aspectos relacionados con los notables retardos procesales según el diseño de los procedimientos debido a largos tiempos de respuesta, en contraste con la verdadera justicia (*en el sentido que, justicia retardada no es verdadera justicia*) para introducir en convenios internacionales de derechos humanos nociones como plazo razonable); *tercero*, la puesta en vigencia de otros remedios procesales idóneos que, a distinción de los procedimientos ordinarios relacionados con la defensa de derechos sustantivos (legales) permitieran la celeridad e inmediatez en la defensa de derechos subjetivos (constitucionales); *cuarto*, la incorporación de las acciones colectivas debido al reconocimiento de una serie de derechos

---

<sup>27</sup> Respetamos los argumentos que sostienen las visiones de las escuelas o tendencias garantista o activista hacia la comprensión del proceso en su esencia; e incluso, a quienes defienden la necesaria coexistencia en determinados casos o si se quiere, quienes admiten los pros y contras en forma de escuela ecléctica.

(no privatistas) que generan nuevas formas de actuaciones en cuanto ciertos tipos de derechos<sup>28</sup>.

### 3.1. La constitucionalización del proceso

A partir de ciertas regulaciones constitucionales que elevan a ese rango algunos derechos que solo son derechos legales en algunas experiencias, como la jurisdicción, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, significa que, sin menoscabar los rituales y procedimientos, no se sacrifique la justicia por formalidades no esenciales. Es decir, darle mayor preponderancia de los derechos sustantivos en litigio; que al propio derecho procesal que constituye solo medios e instrumentos, pero que no son en sí mismo el fin propio de la justicia.

Para poner un ejemplo claro: En Venezuela el formalismo jurídico propio del derecho procesal clásico fue de tal modo “desconectado” a la Constitución, que se conocen juicios o procesos ordinarios de hasta 20 años con varias idas y vueltas a la Casación (parte de este absurdo se debe a que se interpreta la ley procesal de tal rigidez, que hasta se ha “casado” o anulado una sentencia de fondo, porque en el cuerpo de la sentencia no aparecen anotados todos los nombres de los distintos abogados que aparecen mencionados en las actas o cuando se ha casado una sentencia en un proceso que hubo contestación de demanda el día uno luego de citado y no el día dos que permite la ley como oportunidad).

Interpretar la constitución en cada proceso es necesario para justificar que las formas cumplan su finalidad. Esta idea se entiende mejor con Sagüés, quien explica la función del poder judicial mediante los procesos ordinarios en la actualización de la Constitución, “al resolver los litigios debe efectivizar en primer término la Constitución, no obstante la naturaleza básicamente civil, comercial, laboral o penal del problema en juego<sup>29</sup>”.

<sup>28</sup> Las acciones colectivas entran dentro de la categoría de derechos difusos, que son derechos subjetivos que se encuentran en cabeza de gran número indeterminado de personas. Edgardo Villamil Portilla, *Teoría Constitucional del proceso*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 1999, p. 761.

<sup>29</sup> Néstor Pedro Sagüés. *La interpretación constitucional*, ed. Lexis Nexis, 2ª ed., 2006, p. 18.

### 3.2. De la introducción del amparo constitucional

Una de las mayores contribuciones fue la puesta en vigencia del amparo; que ha llevado autores como Eto Cruz referirse a la consagración “definitiva” del derecho procesal constitucional latinoamericano<sup>30</sup>. En el caso de la creación de la acción de amparo desde sus orígenes (México)<sup>31</sup> o acciones de tutela constitucional como se conoce en varios países (Colombia); en el primer caso, a pesar de que la mayoría de los asuntos presentados bajo la vigencia de la Constitución de 1824 en cuanto la reforma de 1847; no se disponía de “ley” de desarrollo a este instituto, fue una creación jurisprudencial que determinó su existencia por necesidad de amparar una situación jurídica infringida<sup>32</sup>. En Venezuela también la acción de amparo tuvo su creación jurisprudencial hasta 1983, pues antes de esa fecha se negaba su tramitación por falta de ley de desarrollo.

La recepción de este mecanismo extraordinario en las constituciones de México (1847), Suiza (1874) y Nicaragua (1893) llevó finalmente a su adscripción en la Declaración Universal de Derechos humanos (1948) que establece expresamente:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley<sup>33</sup>”.

Las creaciones jurisprudenciales de dicho instituto en Argentina (1957) y Venezuela (1983)<sup>34</sup> (cuya constitución de 1961 preveía su instituto sin desarrollo legislativo); permiten debatir en este último país si este mecanismo debe tratarse en forma de *amparo como garantía*<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Gerardo Eto Cruz. *Teoría del amparo*, Ed. Grijley, 1ª ed., Lima, 2016, p.27.

<sup>31</sup> José Luis Soberane Fernández, “Antecedentes de nuestro juicio de amparo”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de investigaciones jurídicas, nro.63, 1988.

<sup>32</sup> Rafael Chavero Gazdik. *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela*, editorial Sherwood, Caracas, 2001, p. 16.

<sup>33</sup> Artículo 8, 10 de diciembre de 1948, París.

<sup>34</sup> Rafael Chavero Gazdik, *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela*, ob. cit. p. 18.

<sup>35</sup> Hildergard Rondón De Sansó, *La acción de amparo contra los poderes públicos*, Caracas, 1994, p. 33 y ss.

o *amparo como derecho*<sup>36</sup>. En cualquier caso, de la pretensión de distinguir el amparo como derecho-garantía de la acción de amparo como medio procesal (juicio de amparo) que para otros autores es la misma cosa<sup>37</sup>; lo más importante es que se constituye una respuesta al déficit o inexistencia de vías o procesos ordinarios acordes y expeditos frente a los poderes públicos (por violación o amenaza de actos u omisiones de las autoridades); e incluso, respecto de los propios procesos judiciales violatorios de la misma Constitución (amparo contra decisiones judiciales).

En este aspecto, en Venezuela hay una doctrina sólida que sostiene que (adicionalmente) hay una serie de situaciones que (i) no encuadran dentro de las causales de amparo, pero que (ii) tampoco conviene resolver mediante los largos procesos ordinarios; en cuyos casos, se propone una acción de protección constitucional abreviada por interpretación de la Constitución<sup>38</sup>.

### 3.3. De la introducción de nuevas funciones y recursos

Otro asunto tiene relación con la incorporación del *judicial review* como mecanismo de control de la Constitución otorgado a todos los jueces (control difuso) que no puede confundirse con la existencia en ciertos sistemas de verdaderos (y autónomos) recursos de revisión en cuanto sea aplicable.

En el primer caso: La facultad *judicial review* o control difuso se basa fundamentalmente la posibilidad que tienen los jueces en general de, hacer control de la constitucionalidad de las leyes, en forma “difusa” (repartida entre todos los jueces) de que en determinados casos; tal norma aplicada de esa manera, sería contraria a la Constitución. Como explica Quiroga: “Se dice ‘difuso’ porque no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo como tal, pues se halla difuminado, difundido en todos los Jueces del Poder judicial<sup>39</sup>”

<sup>36</sup> Es la tesis que sostiene Allan Brewer Carías, “El derecho de amparo y la acción de amparo”, *Revista de Derecho Público*, nro.22, Caracas, 1985, p. 51 y ss.

<sup>37</sup> Es la tesis de Jorge Kiriakidis, *El amparo constitucional venezolano: mitos y realidades*, Editorial jurídica venezolana, nro.1, Caracas, 2012, p. 29.

<sup>38</sup> Jesús Eduardo Cabrera Romero, *La acción de protección constitucional*, en revista de derecho, nro.29, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009, pp. 35-62.

<sup>39</sup> Aníbal Quiroga, *Procesal Constitucional*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2012, p. 34.

Para entender la importancia a partir de la introducción de la revisión judicial (en sede de justicia constitucional) leyendo a Cappelletti, se dice sirve para proteger los derechos fundamentales de las minorías que no han sido tomadas en cuenta por determinadas mayorías parlamentarias<sup>40</sup>. En este sentido, se cita un ejemplo clave cuando en Estados Unidos de Norteamérica, donde, si bien su Constitución no establece este mecanismo, ha sido deducido por desarrollo jurisprudencial<sup>41</sup>. En efecto, mediante este mecanismo, por más de un siglo se protegió al derecho (fundamental) a la propiedad a través del *judicial review* de los tribunales frente a determinadas intervenciones de los órganos estatales<sup>42</sup>.

Sobre el segundo caso (ver nro.5), volveremos con el llamado recurso de revisión (como noción “recursiva”) en los sistemas que permiten en contra de determinadas sentencias.

### **3.4. De la asunción de nuevos derechos por desarrollo jurisprudencial**

También se consigue cambios al papel del mercado que desvió en buena medida la aspiración de cierto tipo de derechos (impuesto por una agenda liberal) para dar paso a cierto tipo de acciones colectivas para definir la exigibilidad y modos de proceder para reclamar estos derechos sociales o prestacionales (vivienda, salud, educación, ambiente); donde hay una rica experiencia jurisprudencial en la definición de derechos mínimos vitales o existenciales.

## **4. CAMBIO DE PARADIGMAS AL ROL (FUNCIÓN) DEL JUEZ**

Cuando en los fundamentos del derecho procesal, la ley (basado en el predominio del legislador) era el elemento central en el ordenamiento

<sup>40</sup> Mauro Cappelletti, *The expanding role of judicial review in modern societies*, en: *The Role of courts I Society*, Israel, 1988, p. 90. Citado por Margarita. *El control judicial sobre las ramas legislativa y ejecutiva del poder público*, Serie Trabajos de Grado, nro. 1, Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 68.

<sup>41</sup> Martín Risso Ferrand, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición, Fundación de cultura universitaria, Uruguay, 2011, p. 157

<sup>42</sup> Margarita Escudero, *El control judicial sobre las ramas legislativa y ejecutiva del poder público*, ob. cit., p. 69.

jurídico sustantivo y procesal; con el movimiento codificador implantado en el positivismo jurídico más puro, propio de la visión formal y privatista en general, se limitaba la función del juez al quedar sometido “únicamente” a los contenidos de cada precepto legal (como si fuere un orden “completo” y “suficiente”); y que, en caso de dudas, deducir (limitadamente) la intención del legislador junto a los principios generales del derecho.

Bajo esta forma de subsunción del derecho en los hechos; el rol del juez era *cuasi mecánico* (si cabe el símil, robots con todas las respuestas en un ordenador), como si el ordenamiento (legal) fuera suficiente o completo; quedando sin resolver que, en muchos casos, las propias leyes contenían importantes antinomias (entre varios preceptos normativos), contradicciones, lagunas y omisiones legislativas que no podrían ser resueltas mediante los mecanismos ordinarios existentes.

Desde la asunción del Estado constitucional y la propia “constitucionalización” de conceptos “procesales” como jurisdicción, debido proceso y tutela judicial efectiva; a los jueces ordinarios en general y sobre todo aquellos que tienen asignado en cada sistema la competencia en protección de la Constitución. Estén o no encuadrados dentro de la jurisdicción constitucional o en jurisdicción ordinaria, dice Almagro, permiten las garantías jurisdiccionales (al conjugar jurisdicción, acción, proceso, tutela judicial efectiva):

“Son las que dispensan los tribunales de justicia, constituidos regularmente, por medio de un proceso garantizado, en evitación o reparación de los perjuicios que se puedan causar o se hayan causado a un particular, por cualquier acto arbitrario lesivo a sus derechos fundamentales, a través de una sentencia que decide con eficacia de cosa juzgada el alcance de protección concreta<sup>43</sup>”.

Hay otra característica en los roles, ya que a los jueces ordinarios y jueces constitucionales que ejercen la defensa de la Constitución, se les amplía la facultad (a.) **de interpretar la ley** (más allá de la propia ley) a través de otros métodos y cánones, por ejemplo, (i) aplicando jurisprudencia vinculante en forma de precedentes obligatorios; (ii) «interpretación de la ley conforme la Constitución» o, (iii) técnicas decisorias de

<sup>43</sup> José Almagro, *Constitución y proceso*, Biblioteca procesal, Librería Vosch, Barcelona, 1984, p. 15.

alcance de interpretación mediante la «omisión del legislador»; (b.) de **interpretar la constitución** en los casos permitidos.

Aunque no es lugar para ampliar, si agregar que buena parte de la doctrina consultada asume las diferencias entre la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución (García Belaúnde, Fix Zamudio, Tapia Valdés, Quiroga) en contra de otros que asumen los mismos métodos y mecanismos de interpretación constitucional e interpretación legal (Tamayo Salmorán, Guastini).

## 5. LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE CONTROLES DE LAS DECISIONES JUDICIALES MÁS ALLÁ DEL RÉGIMEN DE APELACIONES, NULIDADES O CASACIÓN

Al cambiar el rol de la ley sustantiva y procesal en cuanto el proceso judicial visto como ritualismos y meras formalidades esenciales para establecer determinado sistema de recursos ordinarios (apelación, nulidad) y extraordinarios (casación<sup>44</sup>) propio del positivismo puro; se introducen nuevos mecanismos de revisión o recursos propios del derecho constitucional mediante una serie de nuevos recursos; ya contra de sentencias de los tribunales de instancia, ya contra leyes en sí mismas y hasta contra el poder ejecutivo.

Quiere decir, que además de la casación que es piedra angular de los procesos generales que busca primordialmente la unidad del derecho<sup>45</sup> (como si fuere posible una aplicación única entre las distintas opciones); se consigue un nuevo mecanismo de **revisión de sentencias** de carácter constitucional con nomenclaturas parecidas y objetos disímiles.

En el caso de *México*, por citar alguno, la revisión opera contras las sentencias de amparo indirecto, “bi-instancial, porque la regla general admite una segunda instancia de la cual conocerán los Tribunales Colegiados y excepcionalmente la Suprema Corte de Justicia, a través del recurso de revisión<sup>46</sup>”.

<sup>44</sup> Ricardo Rivero Ortega, “¿Quién custodia a los custodios?: Casación y motivación como garantías del control de decisiones judiciales”, *Revista Jueces por la Democracia*, 1997, pp. 37-40. Disponible: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174708>

<sup>45</sup> Jairo Parra Quijano, *Racionalidad de pruebas de oficio*, Editorial Temis, Bogotá, 2004, p. 178.

<sup>46</sup> Raymundo Gil Rendón. *El Nuevo derecho procesal constitucional. Análisis de casos prácticos*, Editores Ltda., Colección nro.7, Asociación Mundial de Justicia constitucional, 2011, p.108

En *Colombia*, las acciones de tutela sirven para revisar las decisiones judiciales relacionadas con derechos fundamentales; y cuya revisión es eventual<sup>47</sup>.

En *Venezuela*, la Constitución establece el recurso de revisión constitucional (que tiene carácter excepcional) en contra de todas las sentencias dictadas en amparo (art.336, 10 CRBV) y por creación jurisprudencial, y posterior reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, se admite revisión en contra todas las sentencias de todas las Salas del TSJ y todos los tribunales de la República, que actúen en última instancia cualquiera sea la materia que relacione derechos y principios constitucionales lesionados.

Sea o no mediante recursos de revisión u otras formas de actuación; debe subrayarse también que en desarrollo de la justicia constitucional, se consiguen dos potencialidades: (i) dar libertad a los jueces para que puedan ser tantas interpretaciones posibles como intérpretes sean (dentro de una lógica argumental y métodos); (ii) fijar con carácter vinculante aquellos criterios de obligatorio cumplimiento en casos de precedentes vinculantes que atiendan una interpretación uniforme por las altas cortes constitucionales. En este último aspecto, como indica Casal, según se trate del sistema de Derecho Procesal Constitucional aplicable, se distinguirá –en su caso– “entre el efecto vinculante, la cosa juzgada y la fuerza de ley o eficacia general<sup>48</sup>”. Entonces, lejos de tales cuestiones, se reconocerá en este estudio, toda sentencia –indistintamente de su tipo procesal del que emane– cuyo sistema legal/constitucional le aduzca carácter de vinculatoriedad u obligatoriedad.

## 6. CONCLUSIONES

La transformación de las fuentes del derecho; en donde ya no cabe hablar del predominio de la ley sino de la Constitución, ha transformado las nociones ligadas al proceso (jurisdicción, debido proceso, tutela judicial efectiva) e incorporado cambios a las estructuras de los “procedimientos” cualquiera sea la especialidad y materia.

<sup>47</sup> Eduardo Velandia Canosa, *Teoría Constitucional del proceso*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2009, p. 62.

<sup>48</sup> Jesús María Casal, “Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Nro.8, julio/diciembre, Caracas, 2003, p. 194.

La experiencia del derecho procesal constitucional con sus avances, problemas y retrocesos; permite mantener un debate (abierto) para construir (y mejorar) un sistema de garantías jurisdiccionales ordinarias y especiales, que junto a órganos comunes y otros extraordinarios constitucionales, sirvan para la mejor defensa de los derechos fundamentales más básicos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILA GRADOS, Guido. *Lecciones de Derecho procesal civil*, Egacal, Perú, 2010.
- ALMAGRO, José. *Constitución y proceso*, Biblioteca procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Siglo de Hombres editores, Universidad EAFIT, Colección justicia y conflicto, Bogotá, 2011.
- ARBELLO, Gustavo. *El discreto encanto del obiter dictum*, Saber derecho, Blog, 2005, <http://www.saberderecho.com/search?q=obiter+>
- BADELL MADRID; Rafael. *Derecho procesal constitucional*, Academia de ciencias políticas y sociales, Serie estudios nro.121, Caracas, 2020.
- BREWER CARÍAS, Allan. *El derecho de amparo y la acción de amparo*, Revista de derecho público, nro.22, Caracas, 1985.
- CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *La acción de protección constitucional*, en revista de derecho, nro.29, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro. *The expanding role of judicial review in modern societies*, en: *The Role of courts I Society*, Israel, 1988, p.90. Citado por ESCUDERO, Margarita. *El control judicial sobre las ramas legislativa y ejecutiva del poder público*, Serie Trabajos de Grado, nro.1, Universidad central de Venezuela, 2005.
- CASAL, Jesús María. *Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional*, en: *Revista de Derecho Constitucional*, Nro.8, julio/diciembre, Caracas, 2003.
- DE LA VEGA BENAYAS, Carlos. *Introducción al derecho judicial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970.

- ESCALADA LÓPEZ, María Luisa. *El valor de la doctrina jurisprudencial y su idoneidad para garantizar la igualdad en la aplicación de la Ley*, cap.8. en: AA.VV. *El recurso de Casación*, Thomson Reuters, 2010.
- ESCUADERO, Margarita. *El control judicial sobre las ramas legislativa y ejecutiva del poder público*, Serie Trabajos de Grado, nro.1, Universidad central de Venezuela, 2005.
- ETO CRUZ, Gerardo. *Teoría del amparo*, Ed. Grijley, 1ª ed., Lima, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Forjadores del derecho procesal constitucional* (Cap.VI: M. Cappelletti), Editorial Ad-hoc, 1ª ed., Buenos Aires, 2009
- CHAVERO GAZDIEK, Rafael. *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela*, editorial Sherwood, Caracas, 2001.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Estado social de derecho y el control en sede constitucional de las omisiones legislativas*, en: Anuario de derecho procesal constitucional, año 1, Eduardo A. Velandia Canosa (Editor académico), Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2010
- GIL RENDÓN, Raymundo. *El Nuevo derecho procesal constitucional. Análisis de casos prácticos*, Editores Ltda., Colección nro.7, Asociación Mundial de Justicia constitucional, 2011.
- KIRIAKIDIS, Jorge. *El amparo constitucional venezolano: mitos y realidades*, Editorial jurídica venezolana, nro.1, Caracas, 2012.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2ª ed. Universidad de Los Andes, Editorial Legis, 6ta. reimpresión, agosto, 2008.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso, AA.VV. *Derecho procesal convencional*, Cap.XI, en: AA.AA. *Derecho procesal constitucional*, Universidad Santo Tomás, Ed. Legis, Bogotá, 2015, p.207
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia 85/2002. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm>
- PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad de pruebas de oficio*, Editorial Temis, Bogotá, 2004.

- PETIT GUERRA, Luis Alberto. *El derecho legislativo y el derecho judicial en el sistema de fuentes y control democrático*, en: AA.VV. *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana*, Ed. Alteridade, Brasil, 2012.
- QUIROGA, Aníbal. *Procesal Constitucional*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2012
- RISSO FERRAND, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición, Fundación de cultura universitaria, Uruguay, 2011.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *¿Quién custodia a los custodios?: Casación y motivación como garantías del control de decisiones judiciales*, revista Jueces por la Democracia, 1997. Disponible: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174708>
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *La acción de amparo contra los poderes públicos*, Caracas, 1994.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo. *Teoría Constitucional del proceso*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2009.
- VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Teoría Constitucional del proceso*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 1999.
- ZAMBRANO, Alfonso. *Del Estado constitucional al neoconstitucionalismo*, Edilex editores, 1ª ed., Perú, 2011.

# JUSTICIA TELEMÁTICA Y DEBIDO PROCESO

ÁLVARO BADELL MADRID\*

## SUMARIO

I. Introducción. II. El debido proceso en el derecho procesal venezolano. 1. Concepto constitucional. A. Es un derecho. B. Es una garantía. C. Es un macro concepto. D. Nuestra posición. III. La justicia telemática en Venezuela. IV. Impacto de la justicia telemática en el derecho venezolano. 1. El dominio «Google» y la garantía de protección de los datos judiciales. 2. El problema de la presentación tempestiva de los escritos. 3. La evacuación de los testigos por vía telemática. 4. ¿Es válido el escrito enviado en otro formato que no es PDF? 5. Los problemas de las notificaciones. 6. Las audiencias telemáticas. V. Conclusiones.

*Resumen:* La justicia telemática es una forma de acceso a la justicia y de sustanciación de los procesos judiciales innovador, que se encuentra en boga a nivel internacional. Ha tenido hondo calado en sistemas como el arbitraje comercial, y en varios países lo han implementado en la jurisdicción ordinaria. Pero en Venezuela recién tuvimos acceso a él durante la pandemia del covid-19. En el presente estudio analizaremos su naturaleza constitucional y la pertinencia de regresar a una justicia telemática con base en una serie de propuestas que formulamos.

*Palabras claves:* justicia telemática, debido proceso, constitución, derechos humanos.

*Abstract:* Virtual justice is an innovative form of access to justice and the substantiation of judicial processes, which is in vogue at the international forum. It has a deep impact in systems such as commercial arbitration and several countries have implemented it in the ordinary jurisdiction. But in Venezuela we only had access to it during the covid-19. In this study we will analyze its constitutional nature and the relevance of returning to virtual justice based on a series of proposals that we formulate.

*Key words:* telematic justice, due process, constitution, human rights.

---

\* Universidad Católica Andrés Bello. Abogado (1986). Especialista en Derecho Procesal (1990). Especialista en Derecho Mercantil (*Summa Cum Laude*, 2005). Doctor en Derecho (*Summa Cum Laude*, 2018). Profesor de Derecho Procesal Civil I y II. Asociación Venezolana de Arbitraje. Presidente Honorario. Socio fundador de Badell & Grau, Despacho de Abogados.

## I. INTRODUCCIÓN

La justicia telemática es un recurso de muchísima utilidad para el proceso judicial. La experiencia que de ella recoge el derecho comparado da cuenta de ello. Empero, Venezuela no ha sido receptora de la misma sino hasta hace pocos años, con el terrible advenimiento de la pandemia por Covid-19.

En efecto, si bien hubo unos primeros intentos en establecer un contacto con la telemática en los procesos judiciales —especialmente en los procesos penales y en los de protección de niños, niñas y adolescentes—, no fue sino hasta la llegada de la pandemia que el Tribunal Supremo de Justicia le abrió las puertas a la justicia telemática.

Este comienzo, si bien tuvo sus matices en áreas institucionales —que como bien se verá, tuvo críticas acerca de la legitimidad para la normación del sistema telemático en el proceso—, no dejó a nadie indiferente, pues funcionarios y litigantes debieron aprender esta «nueva forma» de interacción procesal.

En el breve transitar de la justicia telemática, hubo, además, ciertas reticencias del foro acerca de la legitimidad constitucional de dicho sistema, no tanto ya por su origen sino por su actividad: se cuestionó en algunos lugares que el sistema telemático diseñado para el proceso judicial no garantizaba la protección a los derechos constitucionales del debido proceso o de la tutela judicial efectiva.

Si bien muchos de sus señalamientos tuvieron un cariz constructivo, habida cuenta lo novedoso que era en el ordenamiento jurídico venezolano, muchas críticas apuntaban más a elementos extraprocesales —corrupción, clientelismo, etc.—.

En el presente ensayo, abordaremos la justicia telemática desde la visión del debido proceso, exponiendo la experiencia nacional y comparada sobre el tema, y, sobre todo, haciendo aportes para una reinstitucionalización de la justicia en Venezuela, que incluya al proceso telemático, pero con el cariz propio de nuestro sistema de justicia y nuestro derecho constitucional.

## II. EL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO PROCESAL VENEZOLANO

El debido proceso es un principio cardinal de nuestro derecho constitucional procesal<sup>1</sup>. Como principio<sup>2</sup> posee la cualidad de imbricarse en todo el ordenamiento jurídico, extendiendo su fuerza gravitacional hasta los procedimientos administrativos<sup>3</sup>, pues no sólo el proceso judicial se halla intrínseco a él.

Su importancia no sólo radica en el propio hecho de pertenecer a nuestra Constitución, sino que, como garantía de los justiciables, debe ser acatado por todos los órganos del Poder Judicial.

Sin embargo, a los fines de determinar los conceptos de la presente investigación, debemos pasearnos por las diferentes definiciones que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han diseñado en torno al instituto.

### 1. Concepto constitucional

Como hemos apuntado, el debido proceso es una construcción constitucional, pues es la Carta Magna donde hace aparición y vida. La doctrina ha referido que, en todo caso, no corresponde su autoría a la vigente Carta Magna<sup>4</sup>, sino que, en realidad, es de larga data en nuestro sistema constitucional<sup>5</sup>.

La vigente Constitución diseñó el debido proceso en los siguientes términos:

---

<sup>1</sup> Humberto E. Bello Tabares, y Dorgi Jiménez Ramos, *Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales*, Ediciones Paredes, Caracas, 2006, pp. 341-500.

<sup>2</sup> Vid. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "Sobre principios y reglas", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, número 10, Universidad de Alicante, Alicante, 1991, pp. 101-120.

<sup>3</sup> José Araujo-Juárez, *Derecho administrativo constitucional*, CIDEP, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

<sup>4</sup> La cual fue publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial número 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

<sup>5</sup> Al respecto, Carlos García Soto, "Introducción a la evolución de las garantías procesales en la historia constitucional venezolana", en *Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 117-166.

**Artículo 49.** *El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:*

1. *La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.*

2. *Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*

3. *Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*

4. *Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.*

5. *Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.*

*La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes pre-existentes.*

7. *Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*

8. *Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.*

Al amparo de la transcripción que precede, podemos circunscribir la disposición normativa en cuestión en los siguientes conceptos:

- (i) Cobertura del principio tanto en procesos judiciales como en procedimientos administrativos, y, con añadidura jurisprudencial, también incluye al proceso arbitral<sup>6</sup>;
- (ii) Tutela jurisdiccional (defensa técnica, notificación, derecho a probar y a la prueba y derecho a recurrir);
- (iii) La presunción de inocencia;
- (iv) El derecho a ser oído, que se resumen en el principio de oportunidad procesal para la emisión de alegatos;
- (v) La garantía del juez natural;
- (vi) La garantía de la legitimidad de la confesión;
- (vii) El principio de tipicidad;
- (viii) El principio de *non bis in idem*, que se traduce en la garantía de la cosa juzgada<sup>7</sup>; y
- (ix) El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez<sup>8</sup>.

Este sería el esqueleto del principio del debido proceso: un conjunto de derechos y garantías constitucionales procesales que se instituyen como herramientas para el jurisdicente para tutelar un proceso legítimo desde el punto de vista constitucional.

Sobre la base de la anterior idea, han gravitado una serie de conceptos que, además de ratificar el contenido constitucional del debido proceso –no ya por su ubicación constitucional, lo cual, formalmente lo convierte en *constitucional*, sino la legitimidad constitucional por su contenido: lo que lo convierte en un derecho fundamental<sup>9</sup>– le da un cierto contorno.

<sup>6</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 192/28.03.2008, caso: *Bernardo Weininger y otros*, con ponencia de Pedro Rafael Rondón Haaz.

<sup>7</sup> Álvaro Badell Madrid, *La sentencia civil, tendencias jurisprudenciales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, año 2018, pp. 257-266.

<sup>8</sup> Sobre el tema, *Vid.* Rafael Badell Madrid, *La responsabilidad del Estado en Venezuela*, Discurso de incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013.

<sup>9</sup> *Vid.* entre otras, Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Por ello, es pertinente asomar, someramente, los distintos tipos de conceptualización del debido proceso, lo cual permitirá perfilar la extensión de ese contenido a la justicia telemática.

### A. Es un derecho

La doctrina tiene una pléyade de juristas que han analizado la naturaleza del debido proceso como derecho. En tal sentido, Aníbal Quiroga León llegó a afirmar: «el derecho del justiciable a un proceso judicial justo, equitativo, imparcial, ante su juez natural y dentro de los plazos razonables, deja de ser un problema meramente procesal para ingresar dentro del campo de los Derechos Humanos Fundamentales de las personas (es decir, de los Derechos Humanos), esto es, dentro de aquellos derechos mínimos que la propia Constitución señala para el efecto»<sup>10</sup>. Por su parte, esta posición es compartida por Víctor Julio Ortecho Villena expuso<sup>11</sup> y por el egregio maestro, Román Duque Corredor.

Por último, y no menos importante, está la posición de Luis Alberto Petit Guerra, quien lo categoriza como *derecho humano*, y aboga por la recepción de ese criterio<sup>12</sup>.

### B. Es una garantía

Entre los partidarios de concebir al debido proceso como una garantía, tenemos al procesalista Rodrigo Rivera Morales<sup>13</sup>, y, asimismo, Humberto E.T., Bello Tabares y Dorgi Jiménez<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Aníbal Quiroga León, *Derecho procesal constitucional y el Código Procesal Constitucional*, Ara Editorial, Lima, 2005, p. 321.

<sup>11</sup> Víctor Julio Ortecho Villena, *Debido proceso y la tutela jurisdiccional*, Universidad Privada Los Andes, Facultad de Derecho, Instituto de Ciencia Política y de Derecho Constitucional, Huancayo, año 1994, p. 77; y Duque Corredor, Román, «La justicia por consenso en el sistema de justicia y el debido proceso y el arbitraje», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 145, enero-diciembre, Caracas, año 2007, p. 272.

<sup>12</sup> Luis Alberto Petit Guerra, *Estudios sobre el debido proceso*, Ediciones Paredes, Caracas, año 2011.

<sup>13</sup> Rodrigo Rivera Morales, «Aspectos constitucionales del proceso», *Libro Homenaje al Dr. José Andrés Fuenmayor*, Tribunal Supremo de Justicia, número 8, Caracas, año 2002, pp. 289-290

<sup>14</sup> Humberto E. Bello Tabares, Jiménez Ramos, ob. cit., pp. 191.

### **C. Es un macro concepto**

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sus primeras decisiones de este siglo, refirió que el debido proceso era, en realidad, un macro concepto:

Al estudiar el contenido y alcance del derecho al debido proceso, la doctrina comparada ha precisado que se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia<sup>15</sup>.

### **D. Nuestra posición**

Existen acuerdos entre cada uno de los conceptos anteriormente enunciados. No cabe duda de que, en líneas generales, el concepto del debido proceso incluye cada categorización antes expuesta, y la diferencia de criterios no se refiere necesariamente a un punto de vista formal sobre el tema, sino, en todo caso, a una posición respecto a sus componentes.

En efecto, concordamos plenamente con la sentencia de la Sala Político-Administrativa que, en líneas generales, expone el criterio sobre el carácter macro conceptual del debido proceso, y ello es así porque en su seno alberga distintos tipos de derechos y garantías procesales.

Desde el punto de vista formal, el debido proceso es un macro-concepto: lo es porque alberga una serie de conceptos que sinérgicamente confluyen en la construcción de un continente conceptual.

Bajo este aspecto, el debido proceso es un concepto procesal que engloba o contiene dentro de sí, una serie de concepto de igual entidad procesal. Por ello, siendo que su destino, tanto en lo macro como en lo

---

<sup>15</sup> Sala Político-Administrativa, sentencia número 1.542/04.07.2000, caso: *José Gregorio Pérez Vega*, con ponencia del magistrado Carlos Escarrá Malavé.

micro, es la tutela jurisdiccional, su primera cualidad macro-conceptual tiene, además, prosapia procesal.

Una segunda característica que ayudará a la definición más pura del término, es que, jurídicamente, el debido proceso, por su estructura semántica, es un principio, esto es, una norma que de textura abierta que puede interpretarse a través del juicio de ponderación<sup>16</sup>.

Esta característica lo proyecta hacia diversos ámbitos del proceso, porque al no tener una condición de aplicación cerrada –esto es, explícita y taxativa–, su espectro es más amplio, y abarcaría desde la interposición de la pretensión o de la solicitud, hasta la ejecución de la sentencia, como acto final del proceso.

Al ser un principio jurídico, el debido proceso deberá aplicarse de la mejor manera posible, y podrá ser ponderado para la resolución de algún conflicto.

Pero además de ello, por su confección semántica, además de principio también es una garantía jurídico-constitucional<sup>17</sup>.

Su salvaguarda de otros derechos procesales, tales como el derecho a la defensa, nos permite entender que su existencia en la Constitución es una herramienta de seguridad jurídica sobre esos otros bienes constitucionales intrínsecos en ella.

El debido proceso es también una garantía *iusfundamental*: aunque el concepto de lo que debe entenderse como derecho humano o fundamental es extenso<sup>18</sup>, existen criterios de altura que pueden ayudarse a identificar, por su naturaleza, al debido proceso como un bien *iusfundamental*.

En razón de tales consideraciones, no cabe duda de que el debido proceso es un derecho fundamental, por su naturaleza e importancia jurídica, social y política.

Pero, además, por su ubicación en diversos tratados internacionales de derechos humanos, podemos definirlo como un bien jurídico *iusfundamental* de incidencia procesal, dado que ese lugar en el derecho

<sup>16</sup> Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, pp. 175-213.

<sup>17</sup> Luigi Ferrajoli, *Los derechos y sus garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2016.

<sup>18</sup> Sobre el tema, *Vid.* Jesús María Casal Hernández, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Editorial Legis, Caracas, 2010.

internacional le garantiza una aplicación directa e inmediata en los ordenamientos internos por conducto del control difuso de la convencionalidad<sup>19</sup>, como consecuencia de la mundialización del derecho<sup>20</sup>.

Por todas estas razones, definimos al debido proceso como un concepto jurídico-constitucional, de naturaleza *iusfundamental*, que garantiza una justicia razonable para los justiciables, en razón de la adecuación de la causa a un equilibrio procesal prudente.

Esta definición, que no se jacta de ser doctrinariamente la definitiva, es, en todo caso, el material con el que nos serviremos para poder explicar la relación entre el debido proceso y la justicia telemática en un Estado Constitucional de Derecho.

### III. LA JUSTICIA TELEMÁTICA EN VENEZUELA

La Constitución venezolana actual<sup>21</sup> garantiza el acceso a la utilización a medios electrónicos, telemáticos y de suyo, virtuales, que promuevan el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Tales principios se encuentran en los artículos 28<sup>22</sup> y 110<sup>23</sup> de la Carta Magna.

<sup>19</sup> Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010.

<sup>20</sup> Irene De Valera (Coord.), *La mundialización del Derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

<sup>21</sup> Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

<sup>22</sup> “Artículo 28. Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

<sup>23</sup> “Artículo 110. El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sistema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para las mismas. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que

La legislación patria ha dado saltos hacia la modernización del acceso a la información y la utilización de medios digitales para adecuar a las nuevas tendencias en las relaciones entre los particulares y entre ellos y el Estado.

El primer antecedente normativo desde el punto de vista de la virtualización, lo podemos ubicar en el Decreto número 825, mediante el cual se declaró el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela<sup>24</sup>.

En el año 2001, el Ejecutivo Nacional, en uso de la delegación legislativa hecha por el Parlamento, dictó el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas<sup>25</sup>, el cual regula todo lo relativo al régimen jurídico de la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico (Art. 1).

Luego la legislación nacional dio un paso importante hacia la profundización del desarrollo tecnológico en el país, como fue la promulgación de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación en el 2005<sup>26</sup>, la cual fue reformada en 2010<sup>27</sup>.

Por su parte, la Asamblea Nacional promulgó en 2013 la Ley de Infogobierno<sup>28</sup>, en la cual se establecieron «los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de información en el Poder Público y el Poder Popular (...)» (Art. 1).

Como otro antecedente, tenemos la resolución 001-2016 de la Sala de Casación Penal de fecha 12 de diciembre de 2016 en la cual se estableció la participación telemática «*ya sea mediante telepresencia, videoconferencia u otro medio de comunicación telemático, audiovisual, bi o multidireccional e instantáneo, previa aprobación emitida por el Presidente o Presidenta de la Sala de Casación Penal*» (Art. 1).

Por su parte, la Sala de Casación Social dictó unos Lineamientos para el funcionamiento de los jueces y juezas de la jurisdicción de

---

*deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía”.*

<sup>24</sup> Publicado en la Gaceta Oficial N° 36.955 del 22 de mayo de 2000.

<sup>25</sup> Publicado en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

<sup>26</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.242 del 3 de agosto de 2005.

<sup>27</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.575 del 16 de diciembre de 2010.

<sup>28</sup> Publicado en la Gaceta Oficial N° 40.274 del 17 de octubre de 2013.

Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el marco de las medidas de protección a la salud «distanciamiento social», decretadas por el Ejecutivo Nacional frente al Covid-19.

En ese sentido, en dichos lineamientos se estableció que los Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de todo el país no despacharían durante la vigencia de la Resolución 001-2020 de fecha 20 de marzo de 2020, incluyendo las sucesivas prórrogas, razón por la cual las causas quedarían en suspenso y no correrán los lapsos procesales, con la excepción de los casos que se denominen de urgencia (Art. 1)

En la resolución número 0014-2018, la Sala Plena creó el denominado expediente digital los Tribunales con Competencia en Materia de Delitos de Violencia contra la Mujer y Tribunales del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, de la República Bolivariana de Venezuela (Art. 1).

En fecha 20 de marzo de 2020, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia dictó la resolución número 001-2020 mediante la cual, con sustanciado con la situación de alarma mundial derivada del Covid-19, acordó suspender el despacho de los tribunales del país a nivel nacional conllevando además dicha suspensión, la paralización *–ope legis–* de todas las causas, de la siguiente manera. Sin embargo, quedó excluida la justicia constitucional *–amparo constitucional–*<sup>29</sup>, así como la justicia penal<sup>30</sup> y se exhortó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia<sup>31</sup> y a los jueces rectores atentos para cualquier resolución de urgencia en sus jurisdicciones<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> “SEGUNDO: En materia de amparo constitucional se considerarán habilitados todos los días del período antes mencionado. Los jueces, incluso los temporales, están en la obligación de tramitar y sentenciar los procesos respectivos. Las Salas Constitucional y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia permanecerán de guardia durante el estado de contingencia”.

<sup>30</sup> “TERCERO: En cuanto a los Tribunales con competencia en materia penal, se mantendrá la continuidad del servicio público de administración de justicia a nivel nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 del Código Orgánico Procesal Penal solo para los asuntos urgentes”.

<sup>31</sup> “CUARTO: Los Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, durante el período de Alarma Constitucional, es decir, desde el 16 de marzo al 13 de abril de 2020, ambas fechas inclusive, mantendrán el quórum necesario para la deliberación conforme con lo que regulan los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

<sup>32</sup> “QUINTO: Los Jueces Rectores y las Juezas Rectoras, los Presidentes y las Presidentas de los Juzgados Nacionales de lo Contencioso-Administrativo, los Presidentes y las

Luego, en fecha 1° de octubre de 2020, habiéndose reducido los efectos de la pandemia la Sala Plena dictó la resolución número 008-2020 en la cual se estableció el horario y las formas en que se permitiría la apertura del despacho en todos los tribunales del país<sup>33</sup>.

Se dejaron a salvo los lapsos y el despacho especial en materia de amparo constitucional<sup>34</sup>, y la correspondiente guardia de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia<sup>35</sup> y de los rectores de las diversas jurisdicciones a nivel nacional<sup>36</sup>.

---

*Presidentas de los Circuitos Judiciales Penales, los Coordinadores y las Coordinadoras de los Circuitos Judiciales Laborales, los Coordinadores y las Coordinadoras de los Circuitos Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y los Coordinadores y las Coordinadoras de los Tribunales con competencia en materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, quedan facultados para que adopten las medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia en las diversas Circunscripciones Judiciales, de conformidad con los objetivos de la presente Resolución, debiendo informar inmediatamente de las mismas a la Comisión Judicial”.*

<sup>33</sup> “PRIMERO: Los Tribunales de la República laborarán en la forma siguiente: / Durante la semana de flexibilización decretada por el Ejecutivo Nacional, atendiendo a las recomendaciones emitidas por la Comisión Presidencial para la Prevención, Atención y Control del COVID-19, se considerarán hábiles de lunes a viernes para todos los Tribunales de la República debiendo tramitar y sentenciar todos los asuntos nuevos y en curso. / Durante la semana de restricción decretada por el Ejecutivo Nacional, atendiendo a las recomendaciones emitidas por la Comisión Presidencial para la Prevención, Atención y Control del COVID-19, permanecerán en suspenso las causas y no correrán los lapsos; salvo para aquellas que puedan decidirse a través de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles”.

<sup>34</sup> “SEGUNDO: En materia de amparo constitucional se considerarán habilitados todos los días. Los jueces y las juezas, incluso los y las temporales, están en la obligación de tramitar y sentenciar los procesos respectivos”.

<sup>35</sup> “CUARTO: Los Magistrados y las Magistradas de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, durante el periodo de Alarma Constitucional, mantendrán el quórum necesario para la deliberación conforme con lo que regulan los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

<sup>36</sup> “QUINTO: Las Juezas Rectoras y los Jueces Rectores, las Presidentas y los Presidentes de los Juzgados Nacionales de lo Contencioso-Administrativo, las Juezas y los Jueces de los Tribunales Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, las Presidentas y los Presidentes de los Circuitos Judiciales Penales, las Coordinadoras y los Coordinadores de los Circuitos Judiciales Laborales, las Coordinadoras y los Coordinadores de los Circuitos Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y las Coordinadoras y los Coordinadores de los Tribunales con competencia en materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, y las Juezas y los Jueces de los Tribunales Agrarios y Civiles, quedan facultados para que adopten las medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia en las diversas Circunscripciones Judiciales, de conformidad con los objetivos de la presente Resolución, debiendo informar inmediatamente de las mismas a la Comisión Judicial”.

Por su parte, la Sala de Casación Civil dictó varias resoluciones con las cuales incorporó progresivamente la justicia virtual al ámbito civil, comenzando con la resolución número 003-2020 en la cual estableció el plan piloto en la jurisdicción civil en los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta, el Despacho Virtual: «*Se laborará los días **lunes a viernes**, en el horario comprendido de **8:30 a. m. a 2:00 p. m.**, igualmente se fija la hora **12:00 m.** para el sorteo de distribución de causas» (Art. 1).*

Asimismo, se indicó que los tribunales habilitados serían única y exclusivamente el despacho en aquellos Tribunales ubicados en los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta<sup>37</sup>, la habilitación para cumplir las funciones tribunalicias con el mínimo de personal, de ser necesario ello<sup>38</sup>, el formato de recepción de las causas nuevas en PDF<sup>39</sup>, el sorteo de distribución<sup>40</sup>, la sustanciación de la causa<sup>41</sup>, la función de la Unidad Receptora de Documentos<sup>42</sup>, el auto de admisión de demanda<sup>43</sup>, el diario digital<sup>44</sup>, el sistema adversarial de la contestación de la demanda,

<sup>37</sup> Artículo 2.

<sup>38</sup> Artículo 3.

<sup>39</sup> “**CUARTO:** *Causas Nuevas. El accionante, dentro del horario establecido, procederá a enviar vía correo electrónico la solicitud o demanda junto con los instrumentos (anexos), de forma digitalizada en formato pdf, a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal distribuidor de Municipio ordinario y ejecutor de medidas; de Primera Instancia, según corresponda. La pretensión deberá contener, además de lo establecido por la legislación vigente y como presupuesto procesal, la indicación de dos (02) números telefónicos del demandante y su apoderado (al menos uno (1) con la red social WhatsApp u otro que indique el demandante), dirección de correo electrónico, así como números telefónicos, correo electrónico de la parte accionada, a los fines del llamamiento de ley”.*

<sup>40</sup> Artículo 5.

<sup>41</sup> Artículo 6.

<sup>42</sup> “**SÉPTIMO:** *Unidad Receptora de documentos: Se dispondrá la creación de la Unidad Receptora de Documentos, integrada por un (1) funcionario, quien cumplirá con todas las indicaciones de bioseguridad. Los documentos originales recibidos, quedarán registrados en formularios de recepción de documentos, del cual el peticionante deberá consignar dos (2) formatos, el cual descargará de la página web del estado respectivo (aragua.scc.org.ve, anzoategui.scc.org.ve, nuevaesparta.scc.org.ve.) Esta unidad deberá estar, preferiblemente y de ser el caso, ubicada en la planta baja de la sede judicial. La Dirección Administrativa Regional junto a la Rectoría Civil de cada estado deberán coordinar labores para su debida implementación, de igual forma para preservar la seguridad del funcionario y del usuario”.*

<sup>43</sup> Artículo 8.

<sup>44</sup> “**NOVENO:** *Diario Digital: Cada Juzgado deberá remitir vía correo electrónico, al culminar las horas de despacho, las actuaciones diarias reflejadas en el Libro Diario Digital,*

cuestiones previas y reconvencción<sup>45</sup>, el régimen probatorio<sup>46</sup>, la fase de sentencia<sup>47</sup> y la jurisdicción voluntaria<sup>48</sup>.

La Sala de Casación Civil dictó en fecha 5 de octubre de 2020 la resolución número 004-2020 en la cual estableció la formalización y la impugnación del recurso extraordinario de casación civil de forma telemática.

En efecto, en dicha resolución se dispuso que el período de flexibilización abarcaría los días hábiles de lunes a viernes en el horario de 8:30 AM a 12:30 PM para el despacho presencial, quedando el despacho virtual, a través de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles en las semanas rígidas (Art. 1).

Se estableció que en todo momento se propenderá a la utilización de los medios telemáticos y digitales<sup>49</sup>, así como se hizo un exhorto de colaborar con las normas sobre bioseguridad para los casos en que los justiciables accedan a las instalaciones del Tribunal Supremo de Justicia<sup>50</sup>.

En la estricta materia de la formalización del recurso de casación, y la consecuente impugnación, se estableció que la consignación sería

---

*a la Rectoría Civil correspondiente, para que esta a su vez remita a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de su publicación en el portal web”.*

<sup>45</sup> “DÉCIMO: De la oposición de cuestiones previas, contestación de la demanda, reconvencción: Dentro de la oportunidad legal correspondiente conforme al procedimiento instaurado, la parte demandada deberá dentro del horario establecido, enviar vía correo electrónico, la oposición de cuestiones previas o contestación de la demanda y la reconvencción, junto con los instrumentos (anexos), de forma digitalizada en formato pdf, a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal de Municipio ordinario y ejecutor de medida, de Primera Instancia donde se está sustanciando la causa, la cual deberá contener la indicación de los números telefónicos, direcciones de correo electrónico de la parte y su abogado, a los fines de las notificaciones subsiguientes en la causa. / a) Remitiendo vía correo electrónico al demandado acuse de recibo y notificando de forma expresa día y hora de la oportunidad en la cual se llevará a cabo la consignación de los originales de los instrumentos enviados vía digital, haciéndoles saber sobre las normas de bioseguridad. / b) Los documentos originales serán recibidos en la Unidad Receptora de Documentos, quedando registrados en formularios de recepción de documentos, del cual el peticionante deberá consignar dos (2) formatos, que descargará de la página: [aragua.scc.org.ve](http://aragua.scc.org.ve), [anzoategui.scc.org.ve](http://anzoategui.scc.org.ve) o [nuevaesparta.scc.org.ve](http://nuevaesparta.scc.org.ve)”.

<sup>46</sup> Artículo 10.

<sup>47</sup> Artículo 12.

<sup>48</sup> Artículo 13.

<sup>49</sup> Artículo 2.

<sup>50</sup> Artículo 3.

en formato PDF, de manera telemática, enviada al correo de la Secretaría de esta Sala, secretaria.salacivil@tsj.gob.ve, conjuntamente con una diligencia en la cual se explique la cualidad en la que se obra y sus pormenores, debiéndose consignar el físico de dicha formalización en la oportunidad en que así lo indique la Sala de Casación Civil. Asimismo, una vez que se venda el lapso de formalización en cuestión, se notificará a la contraparte, quien podrá, de ser el caso, presentar su escrito de impugnación en los mismos términos telemáticos en los que fue presentado por el formalizante (Art. 4)<sup>51</sup>.

De igual forma, se dispuso que las decisiones de la Sala Civil serán publicadas en la página web del Tribunal Supremo de Justicia<sup>52</sup>.

El 5 de octubre de 2020, la Sala de Casación Civil dictó la resolución número 005-2020 con la cual le dio entrada formal a la justicia virtual.

En efecto, en dicho cuerpo normativo se estableció el mismo régimen de despacho presencial y virtual que la resolución 004-2020, pero aplicándolo a todos los tribunales de la jurisdicción civil del país (Art. 1).

De igual forma se reguló lo referido a las causas nuevas<sup>53</sup>, el sorteo de distribución de causas<sup>54</sup>, la sustanciación de la causa<sup>55</sup>, la Unidad Receptora de Documentos<sup>56</sup>, la admisión de las demandas<sup>57</sup>, el diario digital<sup>58</sup>, las contestaciones, cuestiones previas y reconveniones<sup>59</sup>, la

<sup>51</sup> De igual forma, *Vid.*, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia identificada RC-000125, fechada 27-08-2020, expediente número AA20-C-2018-000254.

<sup>52</sup> Artículo 5.

<sup>53</sup> Artículo 2.

<sup>54</sup> “*TERCERO: Sorteo de distribución: La distribución de solicitudes y demandas se realizará diariamente a las 12:00 m., por orden correlativo de recepción. Realizado el sorteo aleatorio y asignado el número respectivo a la demanda o solicitud, el distribuidor reenviará vía correo electrónico las solicitudes y/o demandas a los distintos Tribunales. Debiendo asentar lo conducente en Libro Digital destinado a tal fin*”.

<sup>55</sup> Artículo 4.

<sup>56</sup> Artículo 5.

<sup>57</sup> Artículo 6.

<sup>58</sup> “*SÉPTIMO: Diario Digital: Cada Juzgado al culminar las horas de despacho, deberá cargar al portal web las actuaciones realizadas en el Libro Diario Digital, ello a los fines de fomentar la transparencia en el servicio de administración de justicia*”.

<sup>59</sup> “*OCTAVO: De la oposición de cuestiones previas, contestación de la demanda, reconvenión e intervención de terceros: Dentro de la oportunidad legal correspondiente conforme al procedimiento instaurado, la parte demandada deberá dentro del horario establecido, enviar vía correo electrónico, la oposición de cuestiones previas o contestación de la*

fase probatoria<sup>60</sup>, la fase decisoria<sup>61</sup>, el régimen de las causas en curso<sup>62</sup> y el régimen recursivo y se crearon los llamados autos de certeza<sup>63</sup>.

En fecha 16 de junio de 2022, la Sala de Casación Civil dictó la resolución 001-2022 con la cual derogó la resolución 005-2020, y con ello, la justicia telemática en el área civil.

En tal sentido, se regresó al sistema anterior al Covid-19, esto es, al despacho presencial, de lunes a viernes en el horario comprendido de 8:30 a.m. a 3:30 p.m. y hora administrativa de 03:30 p.m. a 04:30 p.m. (Art. 1).

Asimismo, se regresa al sistema de atención al justiciable anterior a la pandemia, esto es, a tramitar, conforme al Código de Procedimiento Civil, lo correspondiente a los trámites de causas nuevas y en curso, notificaciones, citaciones, consignación, recepción y admisión de documentos y diligencias, la atención al público, sorteo de distribución, oposiciones, contestaciones, reconveniones, intervención de terceros, promoción y evacuación de pruebas, sentencias, apelación y distribución al superior y su trámite (Art. 2).

Las formas y los actos procesales se sustanciarán presencialmente conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y en las leyes especiales, conforme al orden consecutivo legal y preclusión de las etapas (Art. 3), incluyendo el sorteo de distribución de las causas nuevas y de los recursos (Art. 4); el libro diario –derogando al diario digital– (Art. 5).

---

*demanda, la reconvenición o cita en tercería que considere, junto con los instrumentos (anexos), de forma digitalizada en formato pdf, a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal de Municipio ordinario y ejecutor de medida, o de Primera Instancia donde se está sustanciando la causa, la cual deberá contener la indicación de los números telefónicos, direcciones de correo electrónico de la parte y su abogado, a los fines de las notificaciones subsiguientes en la causa. / El Tribunal deberá remitir vía correo electrónico a las partes, las diligencias y escritos consignados por su contraparte en forma digital, a los fines de mantenerlos informados del desarrollo del proceso, ello respetando los lapsos procesales de ley. En los casos de la contestación de la demanda y la promoción de pruebas, el Tribunal deberá levantar acta dejando constancia de la remisión y la oportunidad en la que se realiza, ello en garantía al derecho a la defensa de las partes y al debido proceso consagrado constitucionalmente”.*

<sup>60</sup> Artículo 9.

<sup>61</sup> Artículo 10.

<sup>62</sup> Artículo 11.

<sup>63</sup> Artículo 12.

Un punto sumamente importante es el aspecto de las citaciones y notificaciones: la resolución deja abierta la posibilidad de que se practiquen telemáticamente, para el caso en que se halle imposible practicarla presencialmente o que haya sido infructuoso el mismo, siempre que se tenga certeza de la autenticidad de los correos electrónicos, ante lo cual el juez *podrá* elegir dicha actuación telemática (Art. 6)<sup>64</sup>.

Se mantendrán en vigencias las audiencias telemáticas (Art. 7)<sup>65</sup>, sin dejar d lado la lucha contra el Covid-19, manteniendo la bioseguridad (Art. 8)<sup>66</sup>, manteniéndose la obligación de publicar las sentencias en el portal web del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 9)<sup>67</sup>. Y en el artículo 10 se dispone «*Se deroga la Resolución N° 05-2020 de fecha 5 de octubre de 2020, emitida por esta Sala de Casación Civil*».

Con dicha derogatoria, queda extinto el procedimiento telemático vigente hasta el momento, y consistente en la presentación previa de cualquier escrito de las partes, o de cualquier decisión por el lado del órgano jurisdiccional, de forma telemática, enviado a través de correo.

<sup>64</sup> “Artículo 6. Citaciones y notificaciones. Los trámites relativos a las citaciones y notificaciones se realizarán conforme lo establece la norma adjetiva civil. Excepcionalmente y en respeto a la celeridad procesal, se podrá hacer uso de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles, aportados por las partes cuando las circunstancias de tiempo y lugar lo amerite y siempre y cuando pueda corroborarse la citación o notificación realizada por el funcionario o funcionaria autorizado o autorizada por ley, en pro del postulado consagrado en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

<sup>65</sup> “Artículo 7. Audiencias en salas telemáticas. Se mantendrán las celebraciones de las Audiencias en Salas Telemáticas mediante el uso de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles, cuyas prácticas han repercutido positivamente en la tutela judicial efectiva y en el debido proceso; sin menoscabo de aquellas en que las partes que no posean, no dispongan o no tengan acceso a los medios tecnológicos, por lo que se les deberá facilitar el trámite legal establecido antes del uso de estos mecanismos electrónicos y de conformidad con el Código de Procedimiento Civil, en garantía del derecho de acceso a la justicia”.

<sup>66</sup> “Artículo 8. Mantener medidas sanitarias y bioseguridad. Se insta a las juezas, jueces, funcionarias y funcionarios integrantes de los tribunales que conforman la jurisdicción civil a nivel nacional, así como, a las abogadas y los abogados, ciudadanas y ciudadanos en general, el acatamiento de las medidas sanitarias de bioseguridad en la ejecución de sus actividades, quedando a salvo las medidas sanitarias que acuerde el Ejecutivo Nacional”.

<sup>67</sup> “Artículo 9. Publicación. Se insta a todas las Juezas y Jueces de la jurisdicción civil, publicar las sentencias interlocutorias y definitivas en el sitio web del Tribunal Supremo de Justicia, [www.tsj.gob.ve](http://www.tsj.gob.ve), el cual es único portal del Poder Judicial reconocido en el país”.

La utilización de los correos electrónicos como vía de comunicación entre las partes y el tribunal quedará reducido en los presentes momentos a la notificación o citación, de ser el caso, potestativo del juez previa verificación de la autenticidad de los mismos, así como la celebración de las audiencias telemáticas, en el proceso que por mandato de la Ley se deba aplicar.

#### **IV. IMPACTO DE LA JUSTICIA TELEMÁTICA EN EL DERECHO VENEZOLANO**

##### **1. El dominio «Google» y la garantía de protección de los datos judiciales**

Una de las enseñanzas que nos legó la justicia telemática de la resolución 005-2020 de la Sala de Casación Civil, es que la utilización de internet –es decir, de correos electrónicos y páginas web destinadas al proceso civil y mercantil– bajo un dominio web que no es el institucional, no es el más idóneo, al menos, desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Fue el caso durante la pandemia que, para la transmisión de información procesal –consignación de escritos y diligencias, y envío de boletas, autos y sentencias por parte del tribunal–, se decidió utilizar correos Gmail, cuya propiedad del dominio pertenece al gigante de la web Google.

Si bien no existe discusión acerca de la manejabilidad de dicho correo, dado que es catalogado como uno de los mejores del mundo, su utilización por parte de órganos especializados del Poder Público deja mucho que desear.

En los últimos años hemos tenido experiencias a nivel global sobre la caída momentánea de diversas plataformas de interacción social, tales como WhatsApp, que pertenece al complejo Meta, lo cual aparejó diversos inconvenientes en las comunicaciones globales.

Lo anterior nos permite preguntarnos ¿qué ocurriría si la plataforma que sostiene a Gmail, esto es, el dominio Google, llegara a tener una caída como la antes mencionada? Aun suponiendo que sea de algunas horas, ¿se imaginan el impacto nacional que conllevaría semejante situación en materia judicial?

Aunado a lo anterior, Google es una empresa estadounidense, cuya ubicación, además se halla en dicho país; ¿por qué hacer depender la seguridad informática de la plataforma de los correos electrónicos desde donde se enviarán documentos judiciales, a una compañía que no se encuentra en la República? ¿Puede el Poder Judicial venezolano solucionar un eventual problema técnico en el servidor de Google? Obviamente, la seguridad del sistema dependerá única y exclusivamente de esa compañía, y Venezuela jamás podría solucionar cualquier inconveniente o desperfecto.

Si Venezuela no tiene poder de decisión ni de acción para solucionar problemas informáticos en la plataforma de Google, ¿cómo podrá protegerse la información que se envía por correos? ¿Quién protegería de ataques de piratas informáticos? ¿Quién responde por la eliminación de la información de los correos?

Por ello, sostenemos que, por un tema de seguridad jurídica, la justicia telemática que se implante en los próximos años en el país no debe depender de una plataforma que existe en otro país: debe optimizarse el dominio web *tsj.gob.ve*, y constituir un servidor especial y especializado que garantice la información de los correos y de todo el sistema web.

Una inversión de este tipo es onerosa, lo sabemos, pero al final es eso: una inversión. Su fruto será un sistema automatizado, con una nube en la cual se amanece la información utilizada, con la certeza de que será Venezuela quien responda por la protección de datos, y, además, por las eventuales responsabilidades que toque, para el caso en que se produzca un desperfecto en el sistema<sup>68</sup>.

## **2. El problema de la presentación tempestiva de los escritos**

Un aspecto que generó muchísimas dudas en la tramitación de las causas bajo la justicia telemática pandémica, fue la obligación de presentar tempestivamente los escritos que, de forma telemática y previa, se habían consignado.

En varias partes del país hubo quejas porque algunos tribunales exigían que la presentación de los escritos y diligencias se diera en tiempo

---

<sup>68</sup> Esto patentizaría la garantía del debido proceso contenida en el ordinal 8 del artículo 49, antes mencionado, relativo a la responsabilidad del Estado Juez.

perentorio, so pena de que se declarara no presentada la actuación en cuestión; es decir, que aun habiéndose presentado telemáticamente el escrito, éste no se tendría como presentado si posteriormente no se consigna en físico.

Esto aparece un gran problema procesal: para la validez de la presentación de escritos, ¿qué se toma en cuenta? ¿es válido únicamente la presentación telemática? ¿Lo válido es la consignación en físico? ¿O existe una validez híbrida?

Si el sistema en el que se desenvuelve es el telemático, no cabría dudas –en principio– de que lo válido es la consignación digital. Y esto aparece la siguiente fundamentación: si la justicia telemática implantada en la resolución 005-2020 de la Sala de Casación Civil responde a la necesidad de no suspender el sistema de justicia en el país, en virtud de los inconvenientes de interacción social que fue por todos conocidos gracias a la pandemia del Covid-19, lo lógico es que se garantiza la continuación de las actividades jurisdiccionales condicionadas a la interacción telemática. Lo opuesto hubiese podido poner en riesgo la salud de los justiciables.

Hasta este punto, la utilización del sistema digital para las actuaciones procesales, se garantizaban dos garantías constitucionales: primero, se garantizaba el derecho a la salud, dado que se reducía el ya mencionado espacio de interacción físico y social, y segundo, se garantizaba el ejercicio de la función jurisdiccional, que incidía notablemente en la tutela judicial efectiva.

Si lo anterior es correcto, entonces con mayor razón generaba suspicacia en la obligación de presentar las actuaciones telemáticas en físico.

Entendemos que existía –y nunca dejó de existir– el expediente físico, y entendemos, además, que su importancia procesal no se veía menoscabada por la introducción del sistema telemático en el país; pero la duda en todo caso se cierne sobre la validez de la actuación: la obligación de presentación posterior ¿es lo que efectivamente le daba validez a la actuación en sí?

Pensamos que no, y con nosotros, muchos tribunales concluyeron igual. Sin embargo, en buena parte del interior del país se le dio validez

a la presentación física, y, además, la tempestividad dependía de su presentación física.

Esto último conlleva un agravante el problema: si la validez es lo presentado físicamente, ¿cómo se computan los lapsos? Porque para la presentación física, era el tribunal el que debía fijar una fecha.

Es decir, se realizaba la actuación telemática dentro de los tiempos procesales, pero la consignación en físico era con posterioridad a ello, de manera que, a nuestro entender, la posición tomaba por buena parte de los tribunales del país era la correcta: procesalmente lo válido es lo telemático, y esto incluye, por perogrullo, la cuestión de la tempestividad de las actuaciones realizadas.

Consideramos que, una eventual reforma procesal en la materia deberá contener y respetar la validez de los actos telemáticos y su tempestividad.

### **3. La evacuación de los testigos por vía telemática**

Un punto de capital importancia para el debido proceso es la tramitación de la evacuación de testigos por vía telemática. En efecto, el control procesal de las preguntas y repreguntas queda un poco condicionado por la utilización de medios digitales, lo que bastaría para preguntarnos si hay legitimidad constitucional para la utilización de este método en una etapa procesal de tanta relevancia.

A nivel comparado, como hemos visto, existe todo un andamiaje institucional que regula la evacuación probatoria; semejante estructura no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico, y careció, además, de la regulación especial de la resolución 005-2020 de la Sala de Casación Civil.

Pese a ello, y a que no tenemos conocimiento de sinsabores probatorios en lo testifical, consideramos que la eventual reforma procesal en Venezuela debe incluir un tratamiento pormenorizado de esta fase procesal. En tal sentido, consideramos que debe establecerse un sistema parecido al del Protocolo de Seúl, en el cual la testificación telemática tenga un control de la contraparte y una adecuada tutela por parte del juez.

Se puede establecer un sistema en el cual el deponente cuente con un sólido acceso a internet, y a la plataforma web que use el tribunal

—que, como bien expusimos *supra*, debe tener el dominio *tsj.gob.ve*—, en donde estén presente funcionarios judiciales que respalden la imparcialidad del acto, con cámaras laterales y frontales que den cuenta al juez de la causa que no existen elementos de persuasión a la deposición del testigo, además de la posibilidad de que con la conexión web la contraparte pueda ejercer su sano control y contradicción de la prueba.

#### **4. ¿Es válido el escrito enviado en otro formato que no es PDF?**

Uno de los aspectos más importantes de la resolución 005-2020 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, es la que se refiere a la obligación de consignar los escritos y diligencias en formato PDF.

Si bien existe una cierta seguridad al colocar los archivos en PDF, consideramos que no necesariamente esta sea una garantía constitucional procesal, en el sentido de que la normativa sobre justicia telemática debería y deberá en el futuro, regular que la consignación de los escritos podrá ser en cualquier formato admitido por los sistemas computarizados, siempre que el contenido pueda ser eventualmente validado por la parte consignante.

Un elemento que puede ayudar en sobremanera en este aspecto, es la consignación de los escritos y diligencias con firmas electrónicas<sup>69</sup>.

#### **5. Los problemas de las notificaciones**

Existe un problema que derivó de la vigencia de la resolución 005-2020 de la Sala de Casación Civil y fue el aspecto de las citaciones y notificaciones por correo electrónico.

Siendo que la vigente resolución 001-2022 ha dejado en manos del juez la posibilidad de aplicar la citación por vías telemáticas, para cuyo caso consideramos que, en primer lugar, deberá provenir de una razonada fundamentación del juez, aplicando criterios de ponderación, entendiendo que la citación es una institución de orden público<sup>70</sup>, y en segundo lugar, consideramos que la aplicación de esta modalidad de

<sup>69</sup> Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

<sup>70</sup> Sala de Casación Civil, sentencia número 765/12.12.2022, caso: *George Elias Arnawid*, con ponencia de Carmen Eneida Alves Navas.

citación debería realizarse residualmente, esto es, después de agotadas las otras formas de citación previstas en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, y sólo en los casos donde se reclaman pretensiones contractuales, donde las partes expresamente establecieron en dichos acuerdos, un correo específico para las citaciones y notificaciones.

Respecto a esto último –las notificaciones–, nos parece útil las realizadas telemáticamente, pero lo anterior debe constar en una reforma legislativa y que, además, otorgue garantía de certeza de la misma desde el punto de vista informático.

## **6. Las audiencias telemáticas**

Un giro innovador durante la vigencia de la resolución 005-2020 de la Sala de Casación Civil fue, sin duda, las audiencias realizadas de forma telemática. Muchas salas de audiencias fueron modificadas para que pudieran realizarse las mismas, en condiciones ópticas.

Consideramos que una sana apertura para la instrumentalización de la justicia telemática es el tema de las audiencias por dicha vía, lo cual, además, resulta sumamente útil. Empero, lo importante es resaltar que bajo esta modalidad no pueden realizarse todos los tipos de procesos, dados que algunos, por su naturaleza, no pueden celebrarse a través de un computador.

Nos referimos concretamente a los procesos concursales, como la quiebra, los cuales requieren de la presencia de los acreedores de la fallida en una primera audiencia. En audiencias de ese tipo, pueden suscitarse la presencia de decenas de acreedores, los cuales no podría tener cabida en una pantalla web.

Consideramos que la ponderación correcta de la situación es aplicar las audiencias telemáticas a asuntos que no revistan, por la materia y por lo dispuesto de la ley, una participación extensiva de muchas personas que funjan de parte.

## **V. CONCLUSIONES**

1. La Venezuela del siglo XXI aún no experimenta con total cabalidad la justicia telemática en el ámbito judicial. Ésta, se ha resistido pese a las necesidades que los usuarios del Poder

Judicial reclaman, pues los avances legislativos se han hecho esperar, y en la segunda década de esta centuria apenas tuvimos un coletazo de lo que podemos llamar «una introducción a la justicia telemática».

2. En efecto, el episodio pandémico permitió que se ensayara con los medios telemáticos, una forma de acceder a estrados de forma remota; pero la experiencia que nos dejó fue más bien el abreboca de una improvisación que no fue bien pensada.
3. La justicia telemática civil y mercantil que abrió su cauce con la resolución 002-2020 se resumió en un sistema de envío y recepción de documentos diversos por correo. Como hemos visto, la justicia telemática comparada va más allá de esto, pues permite el control jurisdiccional de los actos con la misma eficacia de los actos presenciales, e, incluso, podría decirse, con mejores garantías. Desde la utilización de una plataforma web que permite el almacenamiento de datos, con un acceso de primera para los justiciables, lo cual les habilita la opción de revisar sus expedientes en tiempo real a cualquier hora, hasta la posibilidad de realizar audiencias a distancia, con las debidas garantías, dan cuenta de la posibilidad de tener un sistema automatizado que permita un acceso a la justicia de manera eficaz.
4. En Venezuela se tuvo acceso de forma momentánea y específica por la pandemia del COVID-19, gracias a las resoluciones dictadas por el TSJ –sin perjuicio de las tímidas referencias que en el pasado se tuvo en materia penal y social–, pero el Parlamento no ha hecho aún una propuesta seria sobre la materia. Esto acarrea notables inconvenientes desde el punto de vista de la legitimidad constitucional y legal, dado que corresponde a nuestra Asamblea Nacional dictar las leyes que regulen el andamiaje del Poder Judicial, sobre todo en ámbitos de tal importancia como las formas de acceder a los estrados. Una reforma del Código de Procedimiento Civil luce necesaria en la actualidad. Una reforma que apunte a la automatización del proceso, a la capacitación de los funcionarios y de los usuarios del sistema judicial en líneas generales, y el establecimiento de garantías fiables de protección a los datos en los expedientes

- digitalizados, son algunos de los cometidos que deberán abordarse en los años por venir.
5. Hemos revisado que los principios constitucionales relativos al proceso dan cuenta de la posibilidad de innovar siempre que se respeten los estándares mínimos de estabilidad de los mismos –el núcleo duro de los derechos–, y esto permitiría que las reformas sucesivas a nuestras leyes procesales incorporen sin miramientos, una justicia *telematizada* que incorpore los elementos propios de la informática y la electrónica, pero respetando el espacio de interacción de las partes y de sus letrados.
  6. Ámbitos tan disímiles como los procesos concursales, los juicios de estado y capacidad, y la implementación en los tribunales civiles y mercantiles ordinarios de los medios alternos de resolución de conflictos bajo el prisma de la telemática, deben ponderarse al momento de la producción de una reforma legislativa. Por ello, sostenemos que el sistema implementado durante la pandemia del COVID-19 es apenas un ensayo de lo que debe hacerse, tomándose los correctivos que la experiencia nos legó.
  7. Consideramos que el área de la justicia que mejor ha entendido el proceso telemático ha sido el arbitraje comercial. Hemos expuesto los avances y virtudes de ese sistema, y de cómo los usuarios de dicho medio jurisdiccional han sabido empaparse de ella, siendo hoy por hoy lugar común a nivel comparado –y con las recientes y notables referencias venezolanas– la implementación de la telemática en el arbitraje.

Abogamos, pues, por una reforma de nuestro sistema judicial que tome de ejemplo al arbitraje que, sin convertirse en un calco de éste, aproveche su experiencia, y la propia obtenida durante la vigencia de la resolución 005-2020, y se trabaje en la construcción de un proceso telemático útil, fácil, confiable, y legítimo.

Caracas, octubre de 2023.



# INFLUENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE EN VENEZUELA \*

NICOLAS BADELL BENÍTEZ\*\*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Reconocimiento constitucional del arbitraje como mecanismo alterno de resolución de conflictos. 1) Reconocimiento constitucional del arbitraje como parte del sistema de justicia. 2) Reconocimiento del arbitraje como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. 2.1) Desde una perspectiva general. 2.2. Desde una perspectiva particular. A) Medidas cautelares. B) Reconocimiento del valor de cosa juzgada de los laudos y de su ejecución forzosa. 3) Incorporación del Tribunal arbitral a la Justicia constitucional. Control difuso. III. Principios del arbitraje. 1) Principio *Kompetenz-kompetenz*. 2) Principio de la autonomía de la voluntad de las partes. IV. Criterios respecto a las limitaciones materiales al arbitraje. 1) Arrendamiento de inmuebles. 2) Contratos de adhesión. 3.) Contratos de interés público. V. Revisión del laudo arbitral. 1) Recurso de nulidad. 2) Recurso de casación civil. 3) Amparo constitucional. 4) Revisión constitucional. 5) Avocamiento. VI. Bibliografía.

Buenos días, distinguido Rector y demás autoridades de la Universidad Monteávila, distinguidos Profesores Gonzalo Pérez Salazar y Luis Pettit, organizadores de este evento, Decano, Director y Profesores de la Facultad de Derecho de esta Universidad Monteávila, distinguidos miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Profesores Invitados, y demás colegas del derecho. En primer lugar, quiero agradecer al Profesor Gonzalo Pérez por su gentil invitación a participar en este IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional.

\* Conferencia dictada el 3 de noviembre de 2023, en el IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: Impacto del Derecho Procesal en el Ordenamiento Jurídico, celebrado en homenaje a Rafael Badell Madrid. Universidad Monteávila. Caracas.

\*\* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en la Universidad Complutense de Madrid, España. Programa Directivo, IE Business School, Madrid, España. Programa Avanzado de Gerencia (PAG) del IESA, Caracas, Venezuela.

El tema que tratamos en este Congreso es, sin duda, de gran importancia e interés; pues el derecho procesal constitucional acompaña a la aplicación e interpretación práctica de muchas otras ramas del derecho ante su necesaria sujeción a los principios y garantías previstas en el Texto Constitucional. Es un gran placer poder compartir con tan destacados ponentes nacionales e internacionales el impacto que ha tenido el derecho procesal constitucional en todo el ordenamiento jurídico.

Pero también me llena de orgullo el día de hoy, el propósito de esta IX Edición, rendir homenaje a la actividad académica y profesional del Dr. Rafael Badell Madrid, quien se ha dedicado con profundidad al estudio del Derecho Público y, muy particularmente, al de la Justicia Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, mediante un estudio detallado que se ha materializado tanto en una prolongada carrera docente como en la publicación de importantes obras jurídicas sobre la materia.

## I. INTRODUCCIÓN

Dentro del marco del Derecho Procesal Constitucional, hemos escogido un tema específico que nos permite demostrar el amplio alcance que ha tenido la Justicia Constitucional en nuestro país, delimitando a través de la jurisprudencia de los órganos que la integran y, en especial, de la Sala Constitucional, el desarrollo de una institución tan importante *como el arbitraje en Venezuela*.

En efecto, a partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje el 7 de abril de 1998, y posteriormente en 1999 con la nueva Constitución, el arbitraje tuvo un impulso en su estudio, desarrollo y funcionamiento como mecanismo alternativo de solución de conflictos en Venezuela de rango constitucional. Así, el artículo 258 de la Constitución de 1999, aunque no era el primer texto constitucional que lo hacía (pues ya las Constituciones de 1.857 y 1.858 incluían referencias al mismo<sup>1</sup>)

<sup>1</sup> Artículo 100 de la Constitución de 1857: Artículo 100.- Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de domicilio, ausentarse el Estado llevando consigo sus bienes y volver a él con tal que observen las formalidades legales, y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley.

Artículo 150 de la Constitución de 1858: Los venezolanos tienen el derecho de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén principiados los pleitos.

reconoció expresamente el arbitraje como un verdadero mecanismo de justicia y ordenó al legislador desarrollar su promoción.

Esa expresa consagración constitucional, junto con el auge progresivo del uso del arbitraje por parte de los particulares durante estos años, ha conllevado a que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (también creada en la Constitución de 1999), desarrollara, como máximo órgano del sistema de Justicia, una amplia y diversa jurisprudencia que ha tenido una *influencia significativa* en todos los aspectos, adjetivos y sustantivos, del arbitraje en Venezuela, influyendo directamente en la posición que respecto a esa institución jurídica han tenido durante estos años tanto las instituciones públicas del Estado, los particulares, el foro jurídico y las Cámaras de Arbitraje que funcionan en el país.

Cabe advertir que hemos enfocado el análisis del tema desde la perspectiva de la Sala Constitucional no por considerarlo un órgano que concentre los medios de defensa e interpretación del Texto Fundamental, al contrario, estamos claros que ello corresponde igualmente a todos los jueces de la República, pero utilizaremos la jurisprudencia de dicha Sala en esta materia por el carácter vinculante de muchas de sus sentencias y por la jerarquía que ocupa en la estructura de los órganos que integran la Justicia Constitucional.

En ese sentido, cumpliéndose 25 años desde que se dictó la Ley de Arbitraje Comercial, nos hemos propuesto desarrollar una breve y concisa reseña acerca de los criterios más importantes de la Sala Constitucional, la cual ha modulado, en el ejercicio de sus potestades de control de la constitucionalidad mediante la decisión de diversos medios (acción popular por inconstitucionalidad; recursos de interpretación constitucional; recursos extraordinarios de revisión, acciones de amparo y control difuso), diversos aspectos dentro de los que destacamos los siguientes:

---

Sobre una referencia de la mención al arbitraje en constituciones distintas a la de 1.999. Véase Eugenio Hernández-Bretón, “El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°149, Academia de Ciencias Políticas y Sociales Caracas, 2010.

## II. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

### 1) Reconocimiento constitucional del arbitraje como parte del sistema de justicia

En primer término, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala Constitucional al reconocer la **naturaleza constitucional** del arbitraje, y su integración al sistema de justicia nacional, descartándose que el artículo 258 de la Constitución prevea una **simple encomienda al legislador** a promover el arbitraje, *sino llegando inclusive en la actualidad a reconocer un verdadero derecho de los particulares al arbitraje.*

Como lo explican con claridad en la doctrina nacional, Andrea Cruz Suárez y Gabriel Sira, en una detallada recopilación jurisprudencial sobre este tema publicada en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 1* de la Asociación Venezolana de Arbitraje), la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido: i) **el carácter del árbitro y del tribunal arbitral como órgano jurisdiccional**, *apto para emitir decisiones que tienen carácter de cosa juzgada y que, por ende, gozan de ejecutoriedad, y (ii) la incorporación del arbitraje al sistema de justicia venezolano, si bien separado del Poder Judicial, pero regido por los mismos principios constitucionales que aplican a este último.*<sup>2</sup>

Efectivamente, bajo esas premisas ha existido una evolución jurisprudencial desde el año 2000, fecha en la que se dictaron las primeras sentencias en la materia. Así, en la sentencia no. 1.139 del 5 de octubre de 2000 (Caso: Héctor Luis Quintero Toledo), la Sala reconocía la existencia de una “justicia alternativa” que es “(...) *es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce sentencias (...)*”. Desde esa fecha ya afirmaba la Sala que en el arbitraje se producen decisiones **“que se convierten en cosa juzgada” y, que por tanto, son parte de la actividad jurisdiccional,** pero no del Poder

<sup>2</sup> Andrea Cruz Suárez y Gabriel Sira Santana “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia” *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 1*. Asociación Venezolana de Arbitraje. Caracas, 2020. p. 333.

Judicial (*Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00, 827/01 y 1.393/01*) **y que son capaces de vincular (al igual que lo haría una sentencia) a las partes intervinientes en tales procedimientos.**

En similar sentido, la sentencia no. 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Recurso de nulidad Ley de Promoción y Protección de Inversiones), se refirió al reconocimiento y promoción del arbitraje estableciendo que es (...) *es la propia Carta Fundamental la que incorpora los medios alternativos de justicia, dentro de los cuales obviamente se ubica el arbitraje, al sistema de justicia.*”, agregando además que los artículos 253 y 258 de la Constitución “(...) *reconocen e incorporan los medios alternativos de conflictos, como parte integrante del sistema de justicia patrio y, aunado a ello, establece una directriz a los órganos legislativos a los fines de que éstos promuevan al arbitraje, conciliación, mediación y demás vías alternativas para solucionar las controversias.* (resaltado nuestro).

Siguiendo la misma postura, la sentencia no. 1.121 del 20 de junio de 2007 (Caso: Distribuidora Punto Fuerte D.P.F. C.A.), se pronunció acerca del criterio pacífico de la jurisprudencia y de la doctrina en cuanto a la incorporación del arbitraje al sistema de justicia y el correlativo deber de promoverlo, lo que no es “(...) *otra cosa sino la constitucionalización de los medios alternativos para la resolución de conflictos, desarrollo que proviene del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*” (resaltado nuestro).

La misma sentencia agregó que el arbitraje se entiende como la posibilidad de que los particulares puedan excluir ciertas controversias del conocimiento de los órganos jurisdiccionales, “(...) *creando una obligación en cabeza del Estado de promover este tipo de mecanismos.*”. De ahí que podamos afirmar sin mayor equívoco, que ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala Constitucional en reconocer al arbitraje como mecanismo alternativo en el acceso a la justicia, sin que tal criterio haya establecido una interpretación restringida de lo que la doctrina ha establecido sobre el arbitraje<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> En la doctrina nacional, Salvador Yanuzzi Rodríguez, expone que con el arbitraje “se autoriza a particulares, por oposición a la figura del juez, para que aquellos puedan administrar justicia en los asuntos para los que hayan sido seleccionados por los interesados consensadamente o de acuerdo con las regulaciones del centro de arbitraje escogido

Bajo otra perspectiva, pero igualmente ratificando su rango constitucional, la Sala ha afirmado que el arbitraje funciona en colaboración con **“los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial”** (en sentencia no. 462 del 20/05/2010 (Caso: Gustavo E. Yélamo), explicando así en la sentencia no. 1.067 del 3/11/ 2010 (Caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.), que **“(…) la ‘justicia arbitral’ no puede percibirse como un compartimiento estanco y diferenciado de la ‘justicia estatal’, ya que ambas persiguen “por vías distintas pero complementarias, el mismo ideal de justicia”** (resaltado nuestro).

Se comportan así los medios alternativos y, dentro de ellos el arbitraje, según lo explica la Sala en la sentencia 192 del 28 de febrero del 2008 (Caso: Eduardo Weininger, Hernando Diaz Candia y otros), en **“(…) un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz”**.

Tanto es así que otra sentencia de la Sala, la no. 1.773 del 30 de noviembre de 2011 (Caso Van Raalte de Venezuela, C.A.) reconoce que en cumplimiento de la norma constitucional “(…) han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos.” (resaltado nuestro), afirmando incluso que con ello al arbitraje se le ha incluido **“(…) en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.”**

En definitiva, como se expone en una de las decisiones más emblemáticas que se ha dictado en la materia, como fue la sentencia no. 1.541 del 17/10/ 2008 que resolvió el recurso de interpretación constitucional del artículo 258 de la Constitución y que ratificó los criterios antes expuestos: ***Desde una perspectiva adjetiva***, el arbitraje es parte de la “actividad jurisdiccional” y “del sistema de justicia”, pero ***desde***

---

*para que lo administre, a objeto de que el tribunal de arbitraje, legalmente constituido, sustancie el procedimiento y dicte el laudo que decida la controversia, bien sea de derecho o de equidad, de acuerdo a lo pactado por las partes, en conformidad con las divergencias que los interesados hayan sometido a la consideración de los árbitros.* Salvador R. Yanuzzi Rodríguez, “Arbitraje ¿Segunda instancia? en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2, Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, 2021. p. 196.

*el ámbito organizativo*, no pertenece al Poder Judicial que “*atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa (...)*”. Vid. Sentencia de esa Sala N° 1.139/00.

Sin duda esta fundamental decisión de la Sala Constitucional no sólo reiteró lo que ya desde sus primeros años de existencia se venía afirmando sobre el arbitraje, sino que también -al tratarse de un recurso de interpretación- se abocó a entender lo esencial del arbitraje e incluso su alcance y delimitación.

Se trata de una concepción del arbitraje que en la actualidad se mantiene, pues como lo manifestó la Sala Constitucional de forma categórica en la sentencia no. 19 del 9/03/2021 (Caso: Laboratorio Clínico CD 26, C.A.), la incorporación del arbitraje al texto constitucional “*(...) excluye la posibilidad que el arbitraje sea calificado como institución excepcional a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial.*”.

Más recientemente, la Sala se ha vuelto a pronunciar sobre el reconocimiento constitucional del arbitraje, mediante sentencia no. 1.191 del 15 de diciembre de 2022, (Caso Marco Antonio Sosa Castillejo y otros), indicando que comportan violaciones a las garantías contenidas en los artículos 253 y 258 de la Constitución, el que se distorsione “*(...) la estructura del Arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, **al aplicar e imponer normas adjetivas propias del proceso civil ordinario (...)*** (resaltado nuestro), lo cual redundando además en su independencia frente al poder judicial

De manera que es reiterada y pacífica la doctrina de la Sala Constitucional respecto a la consideración del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos en Venezuela, integrado al sistema de justicia de rango constitucional.

## **2) Reconocimiento del arbitraje como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia**

### **2.1) Desde una perspectiva general**

La evolución de los criterios a los que nos hemos referido antes ha implicado, inclusive, el reconocimiento subjetivo del arbitraje respecto

a la esfera de derechos de los particulares, es decir que no solo se trata de un medio alternativo, sino que como ha afirmado la Sala en la mencionada sentencia 1.541, se trata de **“un derecho fundamental al arbitraje”** que deriva del derecho al acceso a la justicia, y a la **“tutela judicial efectiva”** de los particulares, criterio que para la Sala debe aplicarse en aras interpretar la ley conforme al *principio pro arbitraje*

En otras palabras, explica la Sala, *“puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...)”*. Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08 (Caso: Eduardo Weininger, Hernando Diaz Candia y otros).

La anterior interpretación ha conllevado, como es lógico, a la imperiosa necesidad, según lo ha exigido la Sala de forma reiterada (Sentencia No. 1328 del 16/10/2014 (Caso: IVIV EXTRUSIONES S.A), que *“el arbitraje como cualquier otro medio alternativo para la solución de conflictos, debe ceñirse al respeto de las garantías constitucionales contenidas en los artículos 26 y 49 del Texto Constitucional”*.

La doctrina en materia de arbitraje también sostiene esa visión de que es exigible en forma imperativa estas condiciones de todo procedimiento arbitral, afirmando que:

*(...) en el Derecho Arbitral y en el procedimiento arbitral se aplica un principio fundamental del Derecho Constitucional Procesal como es el debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución, en toda su extensión y amplitud, abarcando como parte integrante del debido proceso el derecho a la defensa, igualmente en toda su extensión y amplitud, pues también resulta claro que, en garantía de la supremacía y prevalencia de la Constitución, y con fundamento en el Derecho Procesal Constitucional, debe garantizarse ese derecho constitucional al debido proceso, a través de los mecanismos procesales disponibles según la propia Constitución y las leyes aplicables.<sup>4</sup>*

<sup>4</sup> Pedro Rengel Núñez, “Arbitraje y garantías constitucionales procesales” en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 2*, Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, 2012. p. 168.

### 3) Desde una perspectiva particular

#### A) Medidas cautelares

La vinculación del arbitraje al derecho a la tutela judicial efectiva, también se ha manifestado con el reconocimiento por parte de la Sala **del poder cautelar** en el arbitraje para asegurar la efectiva ejecución del laudo arbitral.

Esta posibilidad ya venía establecida incluso en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, disposición sobre la cual ha correctamente señalado la doctrina que *“La tutela cautelar es consustancial con el ejercicio de la función jurisdiccional del árbitro, pues responde a una necesidad de prevenir o asegurar que la tutela definitiva sea efectiva y real, y que el transcurso del tiempo y la actividad de las partes no conspiren en contra de la materialización del derecho (...)”* que deba ser tutelada por el órgano jurisdiccional.<sup>5</sup> y además se ha afirmado también que *“El poder cautelar del árbitro es indiscutido hoy día en el sistema arbitral venezolano (...)”*<sup>6</sup>, lo cual sin duda ha encontrado un inequívoco respaldo en las decisiones de la Sala Constitucional. Dos criterios merecen la pena destacar en este ámbito:

- i) La posibilidad que tienen los árbitros de dictar medidas cautelares previa verificación de los requisitos procesales para su otorgamiento, acudiendo a la asistencia de los Tribunales ordinarios para su ejecución, conforme lo exige el artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial, lo cual quedó plasmado desde la sentencia no. 572 del 22 de abril de 2.005 (Caso: COINMARCA).

En cuanto a la necesidad de acudir a los Tribunales ordinarios para la ejecución de las medidas cautelares que dicte el árbitro, la doctrina ha estipulado que la norma del mencionado artículo 28 se enfoca en la necesaria colaboración entre la justicia arbitral y la estatal, específicamente en la necesidad del tribunal arbitral de contar con el *“ius imperium”* y

<sup>5</sup> Jorge. I. González Carvajal, “Comentario al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana Tomo II*, Universidad Monteávila Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022. p. 1021.

<sup>6</sup> Ibidem. p. 1021.

la “*coertio*”, propios de la justicia estatal para llevar a cabo actuaciones que “(...) requieran el uso eventual de la fuerza pública o la coerción, o que por circunstancias particulares hagan imposible que las produzca el propio tribunal”<sup>7</sup> (resaltado nuestro) y;

ii) La posibilidad que tienen los particulares de solicitar medidas cautelares anticipadas ante los Tribunales ordinarios en caso de que la dilación en la constitución del Tribunal Arbitral conforme a la cláusula del contrato pueda causar daños de imposible reparación por el laudo definitivo, asunto detalladamente regulado por la Sala en la reconocida sentencia no. 1.067 del 3/11/2010 (Caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.), para lo cual exigió la Sala el cumplimiento de una serie de formalidades, como lo son, en forma resumida, las siguientes:

- Se podrá solicitar medidas cautelares previas al arbitraje, sin que ello se considere como una renuncia al acuerdo de arbitraje, para lo cual el peticionante de la cautelar debe acompañar el contrato contentivo de la cláusula de pacto arbitral, y expresar su pretensión cautelar; e indicar que ya ha iniciado o iniciará los actos tendentes a la constitución del tribunal arbitral.
- El tribunal competente se determinará por normas atributivas de competencia, tomando en consideración los tribunales en los que cursen acciones relativas a la controversia sometida a arbitraje, con independencia de la interposición de recursos o consultas establecidos en el ordenamiento jurídico, incluso de aquellos relativos a la falta de jurisdicción.
- La parte solicitante deberá acreditar los fundamentos para la procedencia de la medida, esto es, el peligro de mora o la apariencia de buen derecho.
- Para decretarse la medida, el Tribunal debe verificar previamente la inexistencia de normas en los reglamentos del respectivo centro de arbitraje al cual se encuentra sometida

<sup>7</sup> Jorge I. González Carvajal “Comentario al artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo II, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022. p. 1087.

la controversia, que prevean el nombramiento de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares, o que aun existiendo, las partes hayan excluido la posibilidad de someterse a árbitros *ad hoc* para el otorgamiento de tales medidas.

- Una vez dictada la medida, el solicitante, en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos, deberá acreditar que llevó a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral, lo cual no será necesario si se hace constar en el mismo escrito de solicitud cautelar. Sino se cumple con ello dentro del lapso correspondiente, el tribunal de oficio revocará la medida cautelar decretada, y condenará en costas al solicitante, siendo también responsable de los daños y perjuicios causados al sujeto sobre el que hayan recaído las medidas.

Hasta tanto no se haya constituido el tribunal arbitral, la incidencia generada por la solicitud seguirá su curso de ley, siendo admisible cualquier recurso que asista a las partes. Una vez que se constituya el Tribunal Arbitral, se remitan inmediatamente las actuaciones para que provea sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarla, ampliarla o modificarla.

- La medida cautelar acordada decaerá automáticamente, si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido.

## **B) Reconocimiento del valor de cosa juzgada de los laudos y de su ejecución forzosa**

Por último, esa vinculación al derecho a la tutela judicial efectiva, ha conllevado al reconocimiento del valor de cosa juzgada de los laudos y de su susceptibilidad de ejecución forzosa ante el Tribunal de Primera Instancia competente según lo dispone el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial (sentencia no. 572 22/04/05 (caso: (Caso: COINMAR-CA) y sentencia no. 827 del 23/05/2001 (Caso: GRUPO INMENSA, C.A. y CORESMALT).

Ha advertido la Sala, sin embargo, que tal ejecución de los laudos, en particular los dictados **en el extranjero** deben ceñirse a las interpretaciones vinculantes de la Sala Constitucional “*Caso de no ser así y no adaptarse al sistema constitucional venezolano, ellos, por inconstitucionales, se harán inejecutables, por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación, y a la protección de la Constitución.*” (resaltado nuestro). Sentencia no. 1.393 del 7 de agosto de 2001 (Caso: Recurso de nulidad convenio para evitar doble tributación entre los EE.UU. y Venezuela.)

#### **4) Incorporación del Tribunal arbitral a la Justicia constitucional. Control difuso.**

La interpretación del artículo 258 de la Constitución no se agotó en el reconocimiento del arbitraje dentro del sistema de justicia, sino que ha tenido un alcance aún mayor, pues en aras de ampliar el ámbito de protección del texto fundamental, podríamos afirmar que la Sala Constitucional ha incorporado al arbitraje, desde el punto de vista material, **en la justicia constitucional**, mediante el reconocimiento expreso de las facultades a los árbitros de ejercer el control difuso de la constitucionalidad.

Así, en sentencia No. 702 del 28 de octubre de 2018 (Caso: Cámara de Arbitraje de Caracas), la Sala Constitucional, en respuesta a la consulta remitida por esa Cámara de Arbitraje de Caracas, declaró conforme a derecho la desaplicación por control difuso que hizo el Tribunal Arbitral del literal “j” del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, estableciendo que:

*(...) resulta de aplicación extensiva a los árbitros el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta con preferencia (ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).*

Este *criterio* ha sido ratificado en sentencias recientes sobre la misma materia de arrendamiento, como son la sentencia Nos. 378 del 25 de julio de 2022 (Caso: Cámara de Arbitraje de Caracas), la Sala declaró nuevamente conforme a derecho la desaplicación -por control difuso de la constitucionalidad- de la prohibición de arbitraje para resolución de conflictos, contenida en la Ley de Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.

Posteriormente, la Sala Constitucional dictó la sentencia no. 971 del 27 de julio de 2023 (Caso: Cámara de Arbitraje de Caracas), mediante la cual confirmó el criterio a favor de la procedencia de la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad de la misma norma en materia de arrendamiento. En este sentido, señaló que el tribunal arbitral actuó conforme a derecho: “(...) ***al desaplicar la prohibición contenida en el literal j del artículo 41 del Decreto-Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para Uso Comercial, por considerarlo inconstitucional para de ese modo decidir el fondo de la controversia planteada.***” (*resaltado nuestro*).

En definitiva, la Sala Constitucional ha dejado clara su postura en cuanto a la potestad que tienen los árbitros para desaplicar por control difuso -tal como lo realizan los jueces- cualquier norma que en el caso concreto colida con los postulados constitucionales, protegiendo de esta forma la supremacía y prevalencia del ordenamiento jurídico constitucional venezolano.

### III. PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE

La Sala también ha tenido la oportunidad de reconocer los principios fundamentales del arbitraje, como son: el principio de ***Kompetenz-kompetenz*** y el principio de **autonomía de voluntad de las partes**, considerando que los mismos constituyen “**el régimen jurídico estatuario del arbitraje**” (Sentencia No. 1.067/10 Caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.)

#### 1) Principio *Kompetenz-kompetenz*

Respecto al primero, la Sala Constitucional de forma categórica ha reconocido la facultad que tienen los tribunales arbitrales de determinar

su propia competencia para conocer o no de las solicitudes y procedimientos arbitrales, ello con el objeto, como indica en la precitada sentencia No. 1.541, de “*garantizar la sana operatividad de la institución arbitral*”.

Igual criterio encontramos en la sentencia No. 962 del 1/08/2014 (Caso Enterprise Rente a Car, C.A.), en la cual se afirmó el “*(...) reconocimiento absoluto del efecto negativo del principio kompetenz-kompetenz que rige el arbitraje*”, frente a la jurisdicción del poder judicial.

## 2) Principio de autonomía de voluntad de las partes

En segundo lugar, la Sala ha sido clara y enfática en reconocer que el arbitraje se sustenta en el “*el principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad*”, afirmando en la sentencia 1.514 del 2008 que el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1.998, “*(...) reconoce como elemento esencial a la existencia del arbitraje la manifestación de las partes para someter una controversia a arbitraje*”.

Sobre este asunto, la Sala también ha mantenido una doctrina sustentada en el texto fundamental, vinculando el principio de autonomía de voluntad de las partes (sentencia No. 107 del 9 de marzo de 2023 (Caso Elías Atencio Pérez), al **derecho constitucional al desenvolvimiento de la personalidad**, pues en su criterio el ordenamiento jurídico “*... no puede dejar de reconocer en la persona un ámbito de auto soberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas*”.

Inclusive, en sentencia reciente No. 842 del 26 de junio de 2023 (Caso: Sociedad Civil Valle Arriba Golf Club), la Sala adicionó a ese fundamento, el **derecho a la libertad económica previsto en el artículo 112** ya que el mismo determina **la libertad de las personas para establecer sus relaciones contractuales, dentro de lo cual está la libertad de someterse al arbitraje**. La Sala en dicha sentencia reafirmó nuevamente también el reconocimiento del arbitraje como una manifestación de voluntad de las partes de excluir su controversia de los tribunales ordinarios al señalar que “*(...) las partes que lo suscriben se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces de la jurisdicción ordinaria, siendo que este acuerdo de Arbitraje es exclusivo y excluyente de dicha jurisdicción tal (...)*” (resaltado nuestro).

De este principio, la Sala Constitucional ha derivado dos aspectos fundamentales, como son:

### A) Cláusula Arbitral

Materia en la cual el criterio jurisprudencial ha sido reiterado y pacífico en exigirse que la cláusula arbitral contenga una “(...) *manifestación libre, inequívoca y expresa de voluntad* (...)” (Sentencia no. 1.541), y que, **además la misma se tendrá como válida hasta que sea declarada su nulidad** (Sentencia No. 554 del 21 de mayo de 2013 Caso: Antonio Fernández de Sousa y Joao Gonçálves). La redacción de la cláusula no puede dejar dudas respecto la voluntad de las partes de excluir el asunto del conocimiento de los Tribunales ordinarios, aceptando la jurisprudencia que ante una contradicción o falta de claridad en la manifestación de esa voluntad, dicha cláusula no es suficiente para obligar a las partes al arbitraje

Cabe hacer mención también a la sentencia 1.067 caso ASTIVENCA, en la cual la Sala detalló los requisitos para revisar la eficacia de esta cláusula, como son:

**“(i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje”**, lo cual para la Sala no se limita a la verificación de un documento, **“(...) sino además de circunstancias tales como la manifestación de voluntad que se colige del intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímiles u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo o del cual se derive la manifestación de voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje”**<sup>8</sup>; y

**“(ii) No puede efectuarse un examen o análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito (ej. Cuestionar Facultades de un representante u órgano de la sociedad mercantil para someter a su representada)”**.

<sup>8</sup> Esto debe entenderse que se refiere, incluso, a documentos en formato electrónico, como bien lo ha dicho parte de la doctrina al señalar que “*Un intercambio de correos electrónicos donde se evidencia la voluntad clara e inequívoca de las partes de someterse a arbitraje como medio exclusivo y excluyente para dirimir sus controversias, satisface perfectamente este requisito*” (el de escritura). Militza A. Santana Pérez “Comentario al artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo I, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022. p. 493

## B) Renuncia tácita a la cláusula arbitral

Según ha explicado la Sala (sentencia no. 1.169 del 22/06/2007, Caso: Belén María González Pérez), la renuncia tácita a la cláusula arbitral se verifica cuando las partes han decidido iniciar el proceso jurisdiccional ante los Tribunales ordinarios y, existiendo una cláusula de arbitraje, no se haya hecho la respectiva oposición “en forma”, es decir que no se haya opuesto la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, referida a la falta de jurisdicción”.

De modo que, conforme al criterio de la Sala, en esos casos el juez deberá esperar a que ambas partes confirmen (*una con la presentación de la demanda, y la otra cuando no oponga la cuestión previa de falta de jurisdicción*) su renuncia tácita al arbitraje, para así confirmarlo y dar lugar al juicio ordinario.

Este criterio reiterado y pacífico de la Sala fue recientemente acogido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia no. 938 del 19 de octubre de 2023 (Caso Cesar Augusto Cabeza vs. Constructora Sambil y otros) en la cual la Sala Político-Administrativa verificó que una de las partes había opuesto la cuestión previa contemplada en el numeral 1 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, lo cual la llevó a concluir con base al criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional que “(...) *no se configuró la existencia de una “renuncia expresa o tácita” de la parte demandada respecto a la citada cláusula compromisoria, por el contrario, insistió en la validez de la misma frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (...)*”.

La Sala Constitucional igualmente aclaró en la sentencia 1.067 del 2010 (ASTIVENCA) “*que la interposición de medidas cautelares ante órganos de la jurisdicción ordinaria con ocasión de un procedimiento arbitral, no se traduce en la renuncia tácita de la parte que lo solicita*”.

Así, tanto el principio Kompetenz-Kompetenz como el principio de la autonomía de la voluntad de las partes son principios rectores en materia de arbitraje, los cuales han sido interpretados tanto por la Sala Constitucional como por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de forma positiva y dándole al particular la certeza de que la voluntad manifestada o no a través de una cláusula

arbitral, será respetada en aras de la prosecución de los fines y garantías constitucionales del derecho de acceso a la justicia arbitral, como parte integrante del sistema de justicia nacional.

#### IV. CRITERIOS RESPECTO A LAS LIMITACIONES MATERIALES AL ARBITRAJE

Desde el punto de vista sustantivo, la Sala Constitucional también ha realizado una interpretación progresiva del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual establece diversas materias que deben considerarse excluidas del arbitraje, tales como las referida a orden público, funciones del imperio del Estado y de la capacidad de las personas.

Sobre este aspecto, la doctrina ha señalado que la fórmula que establece el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial es la “*arbitrabilidad objetiva*”, haciendo referencia a las “controversias susceptibles de transacción” sobre lo cual las autoras Ingrid Araque e Ivette Villarroel comentan que “(...) *se trata de una expresión que resulta poco clara y que ofrece inexactitudes*”<sup>9</sup>, y sobre la misma disposición añaden en forma concluyente que la disposición del referido artículo 3 “(...) *lo que efectivamente está señalando es que es posible arbitrar pretensiones en las que se afirma la titularidad de verdaderos derechos subjetivos*”<sup>10</sup>.

Lo anterior derivó de una particular interpretación del principio tuitivo o protector de la legislación especial que realizó la Sala en la sentencia 1.541 del año 2008, y que fue ratificada en la sentencia 702 del 2018, con el objeto de conciliar la aplicación del arbitraje con las normas de orden público y las normas imperativas.

En particular, la Sala, al referirse a “áreas sensibles” como son el arrendamiento, operaciones inmobiliarias, protección al consumidor, normas imperativas del Estado, afirmó que no debe interpretarse como contradictorio el arbitraje a las normas de orden público, pues ello de modo alguno puede excluir *per se* a los medios alternativos de solución de conflictos que surjan en esas materias.

<sup>9</sup> Ingrid Araque Sayago e Ivette Esis Villarroel “Comentario al artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo I, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022. pp. 353-354.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 356.

Claramente, según lo explicó la Sala en las referidas sentencias, la declaratoria “(...) *de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar las (...) protecciones (...) del débil jurídico*”, las cuales son de naturaleza sustantiva”, pero que por el contrario, la aplicación voluntaria por las partes de un medio alternativo como el arbitraje es un asunto “*exclusivamente adjetivo*”. El orden público, para la Sala, es la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas especiales, lo cual exige que los árbitros apliquen la ley especial y de fondo para dirimir la controversia, pero de modo alguno excluye la aplicación del arbitraje y demás medios alternativos de solución de conflictos.

En otras palabras, el arbitraje no puede alterar el régimen de protección que establece, por ejemplo, la regulación administrativa y que ejerce directamente la Administración Pública según lo previsto en la ley, pero si puede aplicarse para resolver en esa misma relación una pretensión pecuniaria entre las partes.

Conforme ese criterio, la Sala reinterpreto la posibilidad de someter al arbitraje en materias que en principio se consideraban ajenas a esa institución, como fueron:

### **1) Arrendamiento de inmuebles**

En la sentencia 702 del 2018 (Caso: Cámara de Arbitraje de Caracas), la Sala estableció que el carácter imperativo, irrenunciable y de orden público de ciertas normas en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial, no era óbice para que las partes (arrendador y arrendatario) pudieran ejercer su derecho fundamental de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir, o que surjan entre ellos con motivo de la relación arrendaticia, tales como (demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de un contrato de arrendamiento, reintegro de alquileres pagados en exceso, reintegro de depósito en garantía, ejecución de garantías, prórroga legal, retracto legal arrendaticio y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia), claro está, aclaró la Sala, siempre *que se trate de un arbitraje de derecho, el cual obliga al árbitro a utilizar las normas sustantivas previstas, en este caso, en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial*.

## 2) Contratos de adhesión

Respecto a los contratos de adhesión, la Sala Constitucional también tuvo la oportunidad de pronunciarse al conocer de una demanda de nulidad por inconstitucionalidad ejercida en contra del artículo 87, ordinal 4°, de la aquel entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que establecía la nulidad de cláusulas contractuales que en un contrato de adhesión impusieran la aplicación obligatoria de arbitraje.

Al respecto la Sala estableció en sentencia no. 192 del 28/2/2008 (Caso: Eduardo Weininger, Hernando Diaz Candia y otros), con fundamento en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, que cuando dicha norma “(...) *dispone que se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas (...) que impongan la utilización obligatoria de arbitraje (...)*” se debe entender que tal nulidad “(...) *se refiere a las cláusulas principales del contrato por adhesión, no así a las cláusulas que sean documentadas separadas e independientes de dicha convención*” (resaltado nuestro).

De modo que constituye un límite al arbitraje aquellas cláusulas de arbitraje que se impongan en un contrato de adhesión en su texto principal, salvo que figuren en forma aparte, de tal manera que pueda desprenderse la voluntad inequívoca y expresa de las partes de someter el asunto a arbitraje. Este criterio fue reiterado y acogido en la sentencia no. 258 del 13 de abril de 2023 (Caso: Convenios Operativos Nacionales, C.A.) de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Este criterio fue recientemente utilizado por la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no. 258 del 13 de abril de 2023<sup>11</sup>, la cual pronunció -haciendo referencia al criterio de

<sup>11</sup> Vale la pena mencionar que esta decisión de la Sala Político-Administrativa también se pronunció acerca de los límites del arbitraje en materia de contratos públicos y su relación con el artículo 151 de la Constitución, acogiendo un criterio no favorecedor del arbitraje y en consecuencia en contravía de lo que la Sala Constitucional estableció sobre ese tema en concreto. En efecto, dicha Sala indicó que “*Así, visto que en el caso bajo examen está involucrada la prestación de un servicio público a través de obras realizadas por un particular, pero por disposición del Estado actuando investido de ius imperio, juzga la Sala, que en este caso concreto el análisis de la presente causa no puede ser sustraído del conocimiento de los órganos jurisdiccionales*. La Sala no hizo ninguna mención a la distinción entre lo elementos sustanciales (indisponibles) y la procedencia del arbitraje como elemento meramente de un carácter adjetivo sobre este tipo de controversias.

la Sala Constitucional de la sentencia no. 1.067 y la no. 192 ya citadas sobre si la cláusula compromisoria de un contrato era lo suficientemente válida para sostener que las partes se habían efectivamente y voluntariamente sometido a un procedimiento arbitral para tramitar la controversia.

En dicho análisis, la Sala Político-Administrativa consideró que al estar consagrada la cláusula de compromiso arbitral en un contrato de “Condiciones Generales de Contratación para Ejecución de Obras” “(...) *que si bien se encuentran previstas en documento escrito, suscrito por las partes contratantes, son cláusulas predispuestas, supuesto en el cual se requiere que la manifestación de voluntad sea expresa e independiente.*” (resaltado nuestro); ante lo cual finalmente estipuló la Sala que en ese caso no constaba una clara manifestación de las partes en someter voluntariamente sus controversias a un tribunal arbitral.

Respecto de esta limitación en específico, la doctrina ha apuntado que la misma se justifica en “(...) *que en este tipo de contratos la intervención de las partes no es paritaria, sino que por el contrario, el contenido de las cláusulas son previamente incluidas por una sola (...)*”<sup>12</sup>, lo cual hace necesario y suficiente para reconocer la voluntad la manifestación de voluntad de ambas partes, que la misma “(...) *esté contenida en un instrumento independiente del contrato de adhesión.*”<sup>13</sup>, siendo ello totalmente cónsono con la citada jurisprudencia de la Sala Constitucional.

### 3) Contratos de interés público

En tercer lugar, la Sala ha matizado las limitaciones que pudieran entenderse aplicables en un principio a los Contratos suscritos por el Estado, entendiendo la jurisprudencia que el Estado podría celebrar negocios comerciales y contrataciones que justificaran el uso del arbitraje.

Así, desde temprano, la Sala Constitucional en la sentencia 568 del 20/06/2000 (Caso Aerolink International C.A.) aceptó la procedencia de cláusulas arbitrales en contratos públicos, así como lo hizo en la sen-

<sup>12</sup> Militza A. Santana Pérez, “Comentario al artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo I, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022. pp. 489-490.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 490.

tencia 1.502 del 4 de agosto de 2.006 (Caso: Administradora UNIQUE IDC, C.A.).

Pero fue en la sentencia ya citada 1.514 en la que con mayor detalle trató el asunto, refiriéndose inclusive a las limitaciones que se derivan del artículo 151 de la Constitución referida a los contratos de interés público. En ese sentido, en la ya citada sentencia 1.541 la Sala afirmó que resultaba imposible “(...) *sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general* (...)”.

En ese sentido la Sala reconoció la posibilidad de que el Estado pueda “*someter controversias (...) a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros*”; siendo responsabilidad del Estado en esos casos “*determinar el alcance, oportunidad y conveniencia, para someter determinados ‘negocios’ a un sistema de arbitraje*”, lo cual, según aclaró la Sala, “*...en forma alguna se vincula con la determinación del ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del conflicto, sino se refiere exclusivamente a la posibilidad de someter a arbitraje las correspondientes controversias*”.

## V. REVISIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Lo relativo al proceso de revisión del Laudo Arbitral también ha sido parte de la doctrina dictada por la Sala en la materia, abarcando no solo lo relativo al recurso ordinario que es el recurso de nulidad, sino el análisis de los demás recursos que prevé el ordenamiento jurídico para el control de la constitucionalidad de las decisiones judiciales.

### 1) Recurso de nulidad

Por lo que se refiere al recurso de nulidad contra el Laudo, la Sala ha sido enfática en reconocer que éste es el único medio idóneo para la revisión de los laudos definitivos cuando se verifiquen los supuestos taxativamente previstos en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Como ejemplo de ello, destaca la sentencia No. 1.773 del 30/11/2011 (Caso: Van Raalte de Venezuela, C.A.), que de forma expresa validó el conocimiento de este recurso *a una única instancia*, y se indicó además que contra los laudos sólo procede dicho recurso de nulidad.

Ello es compatible con lo establecido en los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, cuyo alcance y contenido del artículo 44 fue analizado por la sentencia no. 462 del 20 de mayo de 2010 (Caso Gustavo E. Yélamo), de la siguiente manera:

*“(...) desde el punto de vista sustantivo, el contenido y extensión de los supuestos regulados en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, permiten ventilar en el correspondiente juicio de nulidad, denuncias como las formuladas por el presunto agraviado, vinculadas con la violación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, bien sea por contravención al procedimiento legalmente establecido o bien porque el laudo es contrario a normas de orden público”.*

Esto resulta cónsono con lo que también ha señalado la doctrina en cuanto a la naturaleza y fines del recurso de nulidad, indicando que *“(...) el juez que deba conocerlo **no está facultado para dirimir el fondo de la controversia**, por lo que debe limitarse a resolver los motivos de nulidad invocados por el proponente del recurso, quien debe circunscribir sus alegatos a demostrar los hechos que se subsumen en la causal en que fundamenta el recurso.”*<sup>14</sup> (resaltado nuestro). Se reafirma de esa manera que el recurso de nulidad no funge en absoluto como si se tratase de un recurso de apelación ejercido ante tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Así lo ha establecido en la doctrina Adolfo Hobaica, al señalar en forma enfática que *“(...) en ningún caso la decisión del fondo de la controversia que le fue planteada a los árbitros puede ser atacada de nulidad”*<sup>15</sup>, siendo esa circunstancia *“(...) una de las características esenciales del arbitraje (...) debido a que cuando las partes se someten a él renuncian voluntariamente a hacer valer sus derechos ante los jueces de la jurisdicción ordinaria”*<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Salvador R. Yanuzzi Rodríguez, “Arbitraje ¿Segunda instancia?”, ob. cit. p. 203.

<sup>15</sup> Adolfo Hobaica, “Comentario al artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo II, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022. p. 1324.

<sup>16</sup> Ibidem. p. 1324.

Ciertamente, el criterio principal ha sido el de la prevalencia del recurso de nulidad en materia de revisión de los laudos, siendo esa siempre la vía ordinaria y más idónea para atacar ciertos aspectos del laudo, conforme a lo que establece el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, sin que ello obste para que en forma extraordinaria y excepcional, otros recursos procesales puedan recaer pero sobre las sentencias que decidan precisamente sobre los recursos de nulidad<sup>17</sup>, bajo la premisa de que ello -el recurso de nulidad- no puede traducirse tampoco en una segunda instancia, la cual no está legalmente permitida en materia de arbitraje en Venezuela.

## 2) Recurso de casación civil

En cuanto al recurso de casación civil, la Sala Constitucional ha sido firme en estimar inadmisibles el ejercicio de ese recurso contra las sentencias que resuelvan el recurso de nulidad. Así, en la sentencia no. 1.773 (Caso Van Raalte de Venezuela, C.A.), haciendo alusión a los criterios de la sentencia no. 1.067 sobre principios del arbitraje, señaló que éstos “(...) *serían frontalmente desconocidos si se admitiera la posibilidad de Casación respecto a la decisión que emita un Tribunal Superior que conozca de un eventual recurso de nulidad (...)*”.

En sentencia no. 1.365 del 16 de octubre de 2013 (Caso: TREVI CIMENTACIONES, C.A.), la Sala reiteró el criterio de la sentencia no. 1.773, indicando que se “(...) *fijó con carácter vinculante que no procede el recurso de casación, contra la sentencia que resuelve la pretensión de nulidad de un laudo arbitral, bien sea resolviendo el fondo o inadmitiéndolo*”.

---

<sup>17</sup> Esto ha sido comentado por la doctrina, específicamente Álvaro Badell Madrid, de la siguiente manera: “*Téngase en cuenta que contra el laudo arbitral solamente procede el recurso de nulidad conforme a lo dispuesto en el capítulo VII de la LAC, por lo que la Sala Constitucional ha sido firme en fijar su postura de inadmisibilidad de amparos constitucionales contra el mismo (sentencia número 462 de fecha 20 de mayo de 2010, caso: Gustavo Yélamo) y el recurso extraordinario de casación civil (30 de noviembre de 2011, caso: Van Raalte de Venezuela, C.A.)*.” Álvaro Badell Madrid, “Pasado, presente y futuro del arbitraje en Venezuela y su relación con el poder judicial”, en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1, Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, 2020. p. 31.

El criterio de la Sala Constitucional también ha sido respaldado por la Sala de Casación Civil. Por ejemplo, en sentencia no. 903 del 19 de agosto de 2.004, esa Sala estableció que “(...) *no es revisable en casación, ni la sentencia que decida el recurso de nulidad contra el laudo arbitral y menos una de sus incidencias cautelares, por cuanto ello no está contemplado en la ley y además iría en contra de los principios de celeridad y simplicidad que deben regir el procedimiento de arbitraje*”. (Resaltado nuestro).

### **3) Amparo constitucional**

En lo que respecta a las acciones de amparo, si bien el asunto fue inicialmente controvertido en la doctrina por considerarse que el ejercicio de dicha acción menoscaba el principio pro arbitraje, lo cierto es que en la actualidad ninguna duda cabe respecto a la procedencia de la acción de amparo constitucional contra laudos arbitrales que violen directamente derechos constitucionales.

En este sentido, la sentencia no. 3.345 del 20 de diciembre de 2.002 (Caso: Servicios y Transportes Marinos MACA, C.A.), que recayó sobre una decisión que declaró sin lugar un recurso de nulidad interpuesto contra laudo arbitral, la cual estableció muy claramente que: “*un laudo arbitral puede ser objeto de amparo, si él infringe derechos o garantías constitucionales en perjuicio de uno de los afectados por dicha infracción (...)*”, con lo cual se asentó un criterio acerca de la viabilidad de los amparos constitucionales en materia de arbitraje.

Posteriormente, desde la sentencia No. 2.635 del 19/11/2004 (Caso: Consorcio Barr), oportunidad en la cual se conoció de una acción de amparo ejercida contra un laudo cautelar dictado por un tribunal arbitral extranjero que impedía a los particulares acceder a los tribunales venezolanos para defenderse ante la falta de jurisdicción, la Sala Constitucional con fundamento en el carácter universal del amparo, reconoció la procedencia de dicha acción por la evidente violación que existía en ese caso al derecho a la defensa y al acceso a la justicia.

Luego de un importante avance, en la actualidad en esta materia, la Sala ha aplicado en diversos casos el mismo criterio utilizado en otros ámbitos para determinar la procedencia o no del amparo constitucional.

Podemos afirmar que en la actualidad existe un análisis particular, casuístico, en cada juicio conforme al carácter extraordinario y excepcional del amparo conforme a la vía ordinaria, aceptando la Sala el amparo constitucional cuando ***exista una violación directa e inmediata de derechos constitucionales; y se hayan agotados los medios ordinarios existentes o se demuestre que éstos no sean suficientes para proteger los derechos constitucionales que se denuncian como violados*** (Sentencia 179 del 14 de mayo de 2021, Caso: Desarrollos Mercayag, C.A.).

En particular, la Sala ha examinado de forma discrecional en cada caso, si la vía ordinaria, es decir el recurso de nulidad interpuesto con una solicitud de suspensión de efectos del laudo que opere con la caución exigida en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje comercial, *puede funcionar como medio de protección*, se declara inadmisibile el amparo constitucional. (Sentencias nos. 462 del 20/05/2010 (Caso: Gustavo E. Yélamo 1497 del 14 de noviembre de 2012 (Caso: Carlos Alfredo Bustamante).

La Sala ha negado la acción de amparo constitucional, por ejemplo, cuando su objeto busca anular el Laudo Arbitral, es decir, como se afirmó en la sentencia 1541, cuando busca sustituir el recurso de nulidad. Fundamentalmente se ha dirigido la protección de amparo al control de laudos parciales o cautelares que violan derechos constitucionales (Sentencia no. 882 del 1 de noviembre de 2022 (Caso: Carrofert Media Group, C.A.), y el ejercicio de la oposición ante el Tribunal Arbitral no es suficiente para la protección que se requiere.

En suma, a diferencia de lo que sucede con el recurso de casación, no existe un criterio general y uniforme que se pronuncie en contra del ejercicio de amparos constitucionales en materia de arbitraje. Pero se hace referencia a que ello sea de una manera excepcional cónsona con la esencia de la acción de amparo. Además, el amparo debiera recaer sólo ante cuestiones que no versen sobre el fondo del asunto o que no estén comprendidas dentro de las causales del recurso de nulidad, o también en el momento que haya sido agotada esa vía ordinaria; siempre y cuando se trate también de violaciones a los derechos y garantías constitucionales.

#### 4) Revisión constitucional

En esta materia el criterio no ha sido uniforme. Así, la Sala estableció en la sentencia. 443 del 6 de mayo de 2.013 (Caso: Procuradora General del Estado Monagas), que **“si bien los laudos arbitrales son una manifestación de la función jurisdiccional, no emanan del poder judicial y, en consecuencia, no se ajustan al elemento orgánico que determina el segundo supuesto de la revisión constitucional”**.

Pero al mismo tiempo, en la citada sentencia Van Raalte de Venezuela del 30/11/2011, y recientemente en sentencia del 30/04/2021 (Caso Alimentos Polar), la Sala indicó que el laudo puede impugnarse por la vía ordinaria, o excepcionalmente a través del amparo o **“mediante el mecanismo de revisión constitucional”**.

Por su parte la doctrina en interpretación del criterio de la Sala Constitucional, ha agregado que **“Siendo el recurso de nulidad la única vía de impugnación del laudo arbitral, lo que sí sería, sin duda objeto del recurso de revisión es la sentencia producida como consecuencia del recurso de nulidad del laudo arbitral”**<sup>18</sup>. (resaltado nuestro).

#### 5) Avocamiento

Respecto a este mecanismo excepcional de desviación de la competencia en materia judicial, debemos destacar lo que ha establecido la Sala Constitucional en cuanto a la posibilidad del *avocamiento* en arbitraje. Si bien no se trata de un recurso ejercido contra el laudo, comporta un mecanismo que implica la intervención excepcional de cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo, según la materia de fondo debatida, en los asuntos dirimidos ante un Tribunal Arbitral y que por ende afectarían al laudo como tal.

Al respecto, conviene recordar que el avocamiento se entiende como **“(…) un mecanismo judicial que permite al Tribunal Supremo de Justicia, en cualquiera de sus Salas, atraer para sí cualquier proceso que curse por ante cualquier tribunal de la República”**<sup>19</sup>, que encuen-

<sup>18</sup> Rafael Badell Madrid, “El recurso de revisión constitucional en el arbitraje” en *Revista del Comité de Arbitraje de Venamcham*, Segunda Edición, Caracas, 201º-2011. p. 14.

<sup>19</sup> Rosnell V. Carrasco Baptista “Justicia constitucional y arbitraje” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello No. 74*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2020. p. 17.

tra su base legal en el artículo 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Cuando se comenzaron a producir estas actuaciones de la Sala Constitucional relativas al tema en el año 2020, la doctrina opinó acerca de sus implicaciones, indicando que: *“En principio, el criterio asentado en relación con el recurso de revisión constitucional parece indicar que la Sala no consideraría procedente ejercer otros recursos, más allá de los aquí nombrados, contra los laudos arbitrales ni contra las irregularidades cometidas en el curso de un proceso arbitral”*<sup>20</sup>. (recurso de nulidad y amparo constitucional sobre sentencias de recursos de nulidad), lo que en efecto resultaba congruente con el criterio general de esa Sala Constitucional, de garantizar la debida autonomía y suficiente independencia del arbitraje ante el poder judicial.

El asunto surgió con la decisión del 20/02/2020 (Caso: Alimentos Polar, C.A.), en el cual la Sala Constitucional, ante una solicitud de avocamiento, dictó una medida cautelar de suspensión del procedimiento arbitral y ordenó la remisión del respectivo expediente. Esta decisión de la Sala generó discusión en el foro, dado que para un importante sector de la doctrina ello significó una preocupación en cuanto a una eventual e indebida intromisión del Poder Judicial en materia de arbitraje, en contravía de su naturaleza contractual, y del ejercicio de la libre voluntad entre las partes, su celeridad y autonomía frente a la jurisdicción estatal<sup>21</sup>.

Luego, en sentencia no. 151 del 30 de abril de 2021 (Caso: Alimentos Polar, C.A.), la Sala finalmente estableció que no se habían verificado suficientes razones para que procediese el avocamiento, explicando que *“(...) no resultan concretadas ni provenientes de la amenaza de un proceso de arbitraje que evidencie un graven desorden procesal o escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen la paz pública o la institucionalidad democrática”* (resaltado nuestro).

A pesar de lo anterior, en el presente año 2023, la Sala Constitucional volvió a pronunciarse de una solicitud de avocamiento formulada

<sup>20</sup> Andrea Cruz Suárez y Gabriel Sira Santana “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, ob. cit. p. 362.

<sup>21</sup> Al respecto véase: “Pronunciamiento sobre la tramitación del Avocamiento que cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de un Arbitraje Comercial” en *Principia*, No. 3, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, Caracas, 2020.pp. 144-145.

sobre varios expedientes sustanciados en Tribunales ordinarios y uno en procedimiento arbitral ante el CEDCA, decidiendo la admisión de la solicitud y ordenando también la remisión del expediente del tribunal arbitral (sentencia no. 1.239 del 14 de agosto de 2.023 (Caso: Restaurant Herford Grill, C.A.).

Para admitir el avocamiento, la Sala aludió de forma general a una posible afectación de los derechos sociales de los trabajadores dependientes de una sociedad envuelta en la controversia, y a la necesidad de verificar si los procedimientos jurisdiccionales denunciados afectaban: “(...) *derechos de eminente orden público, derivados de una relación de arrendamiento de inmuebles de uso comercial; comprometiéndose tangencialmente no sólo el derecho de propiedad sobre el fondo de comercio en atención a potenciales actos lesivos respecto a los bienes referenciados a dicho fondo de comercio, sino adicionalmente, ponderándose la afectación de los perniciosos y dañinos efectos que se ciernen sobre los derechos sociales constitucionalmente consagrados a favor de los trabajadores del establecimiento comercial, producto del cese de la operación comercial (...) (...)*”, pero sin hacer mención específica al avocamiento respecto al arbitraje.

Aunque se solicitaron los expedientes, a la fecha en que se culminó este artículo no ha habido pronunciamiento sobre la segunda fase a los fines de determinar si la Sala declara procedente el avocamiento y conoce del fondo del asunto.

Sobre esta particular situación, compartimos una posición intermedia en el sentido de que si se sostiene y afirma de forma reiterada que el arbitraje no puede escapar del control judicial, dentro de ello podría intervenir mediante la figura del avocamiento, pero en nuestro criterio, de forma limitada, en el sentido de que la participación de la Sala Constitucional solo podría dirigirse a revisar los eventuales desordenes procesales y violaciones al orden público que justifican el avocamiento a los fines de reponer el proceso como mecanismo de protección de forma que el fondo de la causa pueda ser decidido por el Tribunal Arbitral una vez efectuadas las correcciones o nulidades procesales correspondientes<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Este criterio es expuesto en la doctrina nacional por Luis Alberto Petit Guerra “¿Jurisdicción constitucional “en el arbitraje doméstico”? Garantías procesales y constitucionales en el proceso arbitral en Venezuela” en *Revista Saber y Justicia Volumen 2 Número 18* Escuela Nacional de la Judicatura. Santo Domingo. 2020. p. 10.

Por otra parte, la Sala de Casación Civil en sentencia No. 651 del 26 de octubre de 2023 (Caso: Carrofert Media Group, C.A.), en un criterio novedoso, declaró procedente la primera fase de un avocamiento, ante un proceso de un recurso de nulidad contra laudo arbitral cumpliéndose al menos con uno de los requisitos del avocamiento al haber recaído sobre un tribunal ordinario, como es la “**transgresión del orden público procesal y constitucional**”. Posteriormente la Sala de Casación Civil en sentencia No. 57 del 23 de febrero del 2024, declaró procedente la segunda fase del avocamiento y anuló el Laudo Arbitral Final y todas las actuaciones.

La Sala contrastó el Laudo Arbitral Final del caso con los requisitos de validez de la “sentencia arbitral”, establecidos en el artículo 626 del Código de Procedimiento Civil, disposición legal que se refiere a la institución jurídica del Arbitramento o Arbitraje Civil, siendo el laudo del caso comentado producto de un procedimiento de Arbitraje Comercial, por lo que legamente debió invocarse el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial sobre la nulidad del laudo.

En ese sentido la Sala pasó a pronunciarse sobre aspectos relativos al fondo de la causa, realizando consideraciones sobre la no correspondencia del fundamento legal del laudo con lo establecido al respecto en la cláusula compromisoria, haciendo mención además a la falta de notificación de la Procuraduría General de la República, solicitud que no fue atendida por el Tribunal Arbitral “*con base en que era falso que la actividad a la cual se refería era de interés público*”.

La citada sentencia No. 57 representa un caso inédito en el que la Sala de Casación Civil conoció sobre el fondo de una causa resuelta mediante un procedimiento de arbitraje comercial, valiéndose del procedimiento de avocamiento y, además, declaró la nulidad de un laudo arbitral, lo cual corresponde ordinariamente a los Tribunales Superiores.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ARAQUE SAYAGO, Ingrid y VILLARROEL, Ivette E., “Comentario al artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana Tomo I* Universidad Monteávila Centro de Investigación y Estudios para

la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022

BADELL MADRID, Álvaro, “Pasado, presente y futuro del arbitraje en Venezuela y su relación con el poder judicial”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 1*, Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, 2020.

BADELL MADRID, Rafael, “El recurso de revisión constitucional en el arbitraje” *Revista del Comité de Arbitraje de Venamcham*, Segunda Edición, Caracas, 2011.

CARRASCO BAPTISTA, Rosnell, “Justicia constitucional y arbitraje”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, No. 74, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2020.

CRUZ SUÁREZ, Andrea y SIRA SANTANA, Gabriel, “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 1*. Asociación Venezolana de Arbitraje. Caracas, 2020.

GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge I. “Comentario al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo II, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022.

—————, “Comentario al artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo II, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “El arbitraje y las normas constitucionales” en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°149, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010.

HOBICA, Adolfo, “Comentario al artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo II, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022.

- PETIT GUERRA, Luis A., “¿Jurisdicción constitucional “en el arbitraje doméstico”? Garantías procesales y constitucionales en el proceso arbitral en Venezuela” en *Revista Saber y Justicia*, Volumen 2 Número 18, *Escuela Nacional de la Judicatura*. Santo Domingo. 2020.
- RENGEL NÚÑEZ, Pedro, “Arbitraje y garantías constitucionales procesales” *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 2*, Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, 2012.
- SANTANA PÉREZ, Militza A., “Comentario al artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo I, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Caracas, 2022.
- YANUZZI RODRÍGUEZ, Salvador R. “Arbitraje ¿Segunda instancia?” en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2, Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, 2021.



# ADECUACIÓN CONVENCIONAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL: LAS RATIFICACIONES JUDICIALES EN PERÚ A PATIR DEL CASO CUYA LAVY

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO\*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Breve resumen de la sentencia. II.1. La reducción del análisis convencional a la perspectiva procesal. III. Las distintas manifestaciones o “facetas” de la independencia judicial. III.1. De la independencia interna/externa a la independencia institucional/individual. III.2. El carácter constitutivo de la independencia judicial. III.3. La independencia judicial como metagarantía. III.4. La independencia judicial como principio imponderable. IV. El problema de los jueces no ratificados y su retorno a la carrera judicial. V. Un sistema de rendición de cuentas no es incompatible con la independencia judicial bajo ciertos parámetros. V.1. Sobre la legitimidad de evaluar el desempeño de los jueces y fiscales. V.2. Sobre los estándares internacionales en materia de evaluación e independencia. VI. Consideraciones finales. • Bibliografía.

*Resumen:* El presente artículo analiza, en primer lugar, el planteamiento que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* sobre las obligaciones estatales vinculadas a la garantía de la independencia judicial en el marco de los procesos de ratificación. Luego de ello, se presentan, desde un marco teórico más amplio, las distintas dimensiones de la independencia haciendo énfasis en las perspectivas institucional y personal, proponiendo un contraste con la óptica que la presenta solo como un conjunto de garantías procesales. La tesis central que se desarrolla a continuación es que la independencia judicial tiene una naturaleza de regla constitutiva en el ejercicio de la función del juez, y que, por tanto, es una garantía que no puede ser objeto de restricciones. A partir de ello, se retorna al caso *Cuya Lavy* para mostrar el riesgo de comprender la independencia solo desde la perspectiva procesal, que no permite ver en un modelo de *accountability* judicial como la ratificación es un problema estructural. Finalmente, se llama la atención sobre la necesidad de entender la rendición de cuentas en el ámbito jurisdiccional, en lugar de como una

---

\* Universidad Nacional Mayor de San Marcos Pontificia Universidad Católica del Perú.

limitación a la independencia, como una reivindicación y correlato de ella que debe mostrarla como una judicatura abierta, transparente, honesta y dispuesta a generar confianza y legitimidad en la ciudadanía.

*Palabras clave:* Independencia judicial; ratificación judicial; garantías constitutivas; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú*.

## I. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad ha tenido gran resonancia en los países del sistema interamericano<sup>1</sup>. Desde su formulación inicial, se han elaborado distintos esquemas para explicarlo de manera pedagógica, destacando su relevancia para el cumplimiento de los compromisos internacionales de los Estados respecto del respeto a los derechos humanos. El profesor argentino Néstor Sagüés ha presentado el control de convencionalidad como un instrumento que funciona en dos sentidos: desde “arriba”, desde la Corte Interamericana, como una suerte de control concentrado con efectos vinculantes generales respecto de la interpretación que realiza la Corte y, “desde abajo”, como autorización (obligación dice la Corte), para el control difuso que incorpora al juez nacional como un aliado del derecho internacional al interior de cada Estado<sup>2</sup>.

El esquema parece bastante lógico, en la medida que el control de convencionalidad, desde sus inicios, se abre paso desde las competencias de la Corte, pero tratando de incorporar a los jueces nacionales como órganos aliados para la implementación de las obligaciones internacionales de los Estados<sup>3</sup>. Desde otra perspectiva, esta vez referido

<sup>1</sup> Sobre el control de convencionalidad, la literatura es hoy en día muy extensa. Para un recuento desde su implantación en la jurisprudencia de la Corte, me remito a: Sergio García Ramírez, “Control de convencionalidad”, en *Pensamiento Constitucional* N° 21, 2016, pp. 173-186 / ISSN 1027-6769.

<sup>2</sup> Cfr. Néstor Sagüés, “El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. concordancias y diferencias con el sistema europeo”; en: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos--* / coord. por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Alfonso Herrera García, 2013, ISBN 978-84-9053-101-3, pp. 993-1030.

<sup>3</sup> Puede afirmarse incluso que es el “espíritu” del razonamiento en el caso Almonacid, recogido en el famoso fundamento 124: “[...] Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del

a la forma como opera en su puesta en práctica, el mismo autor se ha referido a un control “destructivo”, frente a una modalidad de ejercicio que sería más bien “constructivo”. En el primer caso, el control supone la “inutilización” de normas del Estado en cuestión, mientras que en los supuestos de control “constructivo” la labor de los jueces nacionales se orienta a buscar, vía interpretación, “relecturas adaptativas del derecho nacional, de tipo armonizante, en consonancia, esto es, ‘conforme’, con el Pacto y tal jurisprudencia”<sup>4</sup>.

La inaplicación de normas nacionales, como consecuencia de su incompatibilidad –indiscutible– con normas del sistema interamericano, no resulta problemático, especialmente en sistemas que tienen una cierta tradición en el ejercicio del control difuso judicial. En buena cuenta, al suscribir un tratado los Estados partes expanden su sistema de fuentes y se comprometen a actuar en consecuencia con ello. De otro lado, observando la propia Constitución, se trata de una competencia constitucionalmente establecida a favor de los jueces que, en el marco de un sistema de integración del derecho interno con el derecho internacional en materia de derechos humanos, pueden y deben ejercer tal competencia. La cuestión problemática viene cuando de la mano de esta competencia, el control convencional concentrado en la Corte, dispone que las “autoridades nacionales” asuman el cumplimiento de ciertas decisiones, prescindiendo de la propia Constitución Nacional o, peor aún, se obliga incluso a promover reformas constitucionales luego de “constatar”, la manifiesta incompatibilidad de alguna cláusula constitucional con los mandatos de la Convención o de cierta interpretación que de la misma haya realizado la Corte Interamericana.

No puede negarse que los ejemplos que se pueden exhibir, en muchos casos son bastante expresivos de dicha incompatibilidad,

---

Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. [...] En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

<sup>4</sup> Cfr. Néstor Sagüés, “El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. concordancias y diferencias con el sistema europeo”, ob. cit., p. 5

además que denotan situaciones de injusticia. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con el caso de la censura previa en Chile o la prisión sin condena de oficio en México<sup>5</sup>. Hay otros casos sin embargo, en los que el papel de la Corte puede – y debe– merecer más reflexiones a la hora de imponer determinadas interpretaciones. En lo que sigue, presentaré el caso *Cuya Lavy* como uno de aquellos casos en los que, al menos en uno de sus mandatos, puede resultar bastante discutible.

Una reforma constitucional aprobada mediante referéndum en el año 2018 y que obtuvo el respaldo de del 87 % del electorado, incorporó a la Junta Nacional de Justicia (JNJ) como nueva institución que venía a reemplazar al ex Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), luego de conocerse una serie de actos de corrupción que involucraba a la mayoría de sus integrantes<sup>6</sup>. Tras la reforma, ahora corresponde a esta institución la ratificación de jueces y fiscales cada 7 años. La reforma en cuestión también incorporó, luego de algunas interpretaciones controvertidas por parte del propio Tribunal Constitucional peruano<sup>7</sup>, una cláusula para que, tanto jueces y fiscales excluidos, ya sea mediante procesos disciplinarios, o mediante procesos de ratificación, fueran prohibidos de reingresar a la carrera. Respecto de este extremo, la Corte Interamericana, como veremos, concluye en el caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú*, que se trataría de una cláusula constitucional incompatible

<sup>5</sup> Caso “*La última tentación de cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile (2001) y el más reciente, CASO GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO VS. MÉXICO SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2023.

<sup>6</sup> Un resumen del caso puede verse en: [https://idehpucp.pucp.edu.pe/observatorio-de-casos-anticorrupcion-y-lavado-de-activos/casos-materia-corrupcion/cuellos-blancos/#:~:text=EI%20caso%20%E2%80%9CCNM%20audios%20\(Cuellos,jueces%20y%20fiscales%3B%20luego%2C%20se](https://idehpucp.pucp.edu.pe/observatorio-de-casos-anticorrupcion-y-lavado-de-activos/casos-materia-corrupcion/cuellos-blancos/#:~:text=EI%20caso%20%E2%80%9CCNM%20audios%20(Cuellos,jueces%20y%20fiscales%3B%20luego%2C%20se)

<sup>7</sup> Antes de la reforma, la Constitución solo tenía una referencia explícita para los casos de magistrados que no hubieran sido ratificados por el ex CNM, para los que se establecía que no podrán volver a postular. El Tribunal interpretó que esta restricción era muy intensa mientras que para el caso de aquellos magistrados sancionados por faltas graves no existía tal prohibición constitucional. Con esta premisa el TC emitió un precedente con el siguiente enunciado: “Regla sustancial : El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2°, con el numeral 2.2°, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial.” STC 1333-2006-PA/TC Fundamento 25.

con la Convención. Aquí sostenemos que los argumentos de la Corte son conceptuales y abstractos, además de carecer de la fuerza fáctica y de evidencia como para oponerse a una reforma que tiene un amplio respaldo ciudadano y que, asimismo, se asienta en experiencias culturales y contextuales propias de cada país. La sentencia en el caso *Cuya Lavy* tiene otras dimensiones desde luego. Se ocupa de la independencia judicial, pero también en este extremo, la Corte es más bien ambigua y no se arriesga a sostener que las ratificaciones de jueces y fiscales en Perú es incompatible con los estándares de independencia e imparcialidad judicial. También este extremo merece, por tanto, nuestra crítica. Pero vayamos por partes, primero presentando el caso y sus elementos más relevantes.

## II. BREVE RESUMEN DE LA SENTENCIA

En el caso *Cuya Lavy y otros Vs. Perú*, cuya sentencia fue emitida el 28 de setiembre de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) condenó al Estado peruano tras establecer una serie de violaciones a los derechos en el marco de procesos de evaluación y ratificación de jueces y fiscales por parte del extinto Consejo Nacional de la Magistratura - CNM (hoy, Junta Nacional de Justicia)<sup>8</sup>.

Las afectaciones denunciadas se habrían producido entre los años 2001 y 2002 en el marco de los procesos de ratificación a que fueron sometidos conforme a la legislación peruana de entonces. La Corte

<sup>8</sup> El mandato de la Corte incluye la obligación de adecuación normativa a los estándares desarrollados en la sentencia:

*“206. Debido a lo anterior, la Corte considera que es necesario que el Estado adopte las medidas legislativas o de otro carácter para adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la Convención Americana, de conformidad con lo resuelto en la presente sentencia en lo relativo a la reincorporación de los magistrados no ratificados al Poder Judicial o al Ministerio Público y a la posibilidad de recurrir las decisiones mediante las cuales se determine la no ratificación de un magistrado. Ello implica que el Estado debe adoptar dichas medidas en un plazo razonable. Independientemente de las reformas que deba adoptar el Estado, mientras estas no se produzcan, las autoridades estatales están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, las autoridades internas deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención. (resaltado agregado)*

acreditó que el Estado peruano violó, entre otros derechos, el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, así como el derecho a contar con los medios adecuados para la defensa de las víctimas dado que, durante el procedimiento de evaluación y ratificación, el CNM nunca formuló cargos o acusación en contra de las víctimas, ni les informó de los cargos que les permitieran presentar pruebas de descargo respecto de las mismas, previas a la decisión de no ratificarlos.

En el corazón de su razonamiento, la Corte IDH pareciera atacar el sistema de ratificaciones de jueces y fiscales que se encuentra recogido en la Constitución peruana y que se ha mantenido a lo largo de más de un siglo en las constituciones desde 1920, aunque en los textos anteriores se exigía de una justificación debida<sup>9</sup>. La Corte parece asumir que las ratificaciones de jueces y fiscales, en su diseño original<sup>10</sup>, resultarían

<sup>9</sup> Conforme al texto vigente de la Constitución reformada:

“Artículo 154.- Son funciones de la Junta Nacional de Justicia:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto público y motivado conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.

2. Ratificar, con voto público y motivado, a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años; y ejecutar conjuntamente con la Academia de la Magistratura la evaluación parcial de desempeño de los jueces y fiscales de todos los niveles cada tres años seis meses. Los no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. [...]

<sup>10</sup> No debe perderse de vista que el caso Cuya Lavy es un caso año 2001. Para aquel entonces, tanto la legislación interna como la propia jurisprudencia del TC peruano, admitían que las ratificaciones no requerían ni debido proceso ni motivación escrita, puesto que la ratificación era asumida, como dijo el TC, “como un acto de confianza o de no confianza” en el magistrado. De manera sorprendente el TC de aquellos años, resume la historia de las ratificaciones, asumiendo sin mayor reparo una suerte de constitucionalización de la arbitrariedad que, según se lee, habría ocurrido con la constitución de 1993: “Es evidente, a la luz de la historia del derecho constitucional peruano, que las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 establecieron, como parte del proceso de ratificación judicial, la obligatoriedad de la motivación de la resolución correspondiente. Sin embargo, no ha sido ésta una exigencia que se haya incorporado al texto de 1993. Por el contrario, de manera indubitable y ex profeso, los legisladores constituyentes de dicha Carta optaron por constitucionalizar la no motivación de las ratificaciones judiciales, al mismo tiempo de diferenciar a esta institución de lo que, en puridad, es la destitución por medidas disciplinarias (cf. Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional-1993*, T. III, p. 1620 y ss.). Desde una interpretación histórica es evidente que el mecanismo de ratificación judicial ha sido cambiado y, por ende actualmente percibido como un voto de confianza o de no confianza en torno a la manera como se ejerce la función jurisdiccional. Como tal, la decisión que se tome en el ejercicio de dicha competencia no requiere ser motivada. Ello a deferencia, cabe advertir, de la destitución que, por su naturaleza sancionatoria, necesaria

incompatibles con el principio de independencia judicial, del que se derivan, como garantías, la estabilidad e inamovilidad de sus cargos. En tal sentido argumenta:

123. De la independencia judicial se derivan las garantías de la estabilidad e inamovilidad de juezas y jueces, dirigidas a salvaguardar su independencia, la cual resulta aplicable también a las y los fiscales en razón a la naturaleza de las funciones que ejercen, así como las garantías a un adecuado proceso de nombramiento y a ser protegidos contra presiones externas que amparan tanto la labor de las juezas, los jueces como la de las y los fiscales.

La Corte IDH asume, de este modo, como una de sus premisas, que las “juezas y los jueces solo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones y que todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial” (párr. 126).

La incompatibilidad de los procesos de ratificación y las garantías de independencia e inamovilidad en la función judicial ha quedado resumida en el siguiente fundamento de la sentencia:

129. [...] la garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo, para las juezas, los jueces y los y las fiscales, implica, a su vez, (i) que la separación de sus cargos deba obedecer exclusivamente a causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque han cumplido el término de su mandato; (ii) que los jueces, las juezas, los y las fiscales solo pueden ser destituidos o destituidas por faltas de disciplina graves o incompetencia; y, (iii) que todo proceso deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley. (subrayado agregado)

Desde nuestro punto de vista, en este razonamiento se resume, en buena cuenta, la incompatibilidad del sistema de ratificaciones en su conjunto con los estándares de la Corte. Las razones las enumera la

---

e irreversiblemente debe ser explicada en sus particulares circunstancias.” Cfr. Caso Almenara Bryson, EXP. N.º 1941-2002-AA/TC, Fundamento 20.

propia Corte IDH: “faltas de disciplina graves o incompetencia” son las únicas razones que pueden justificar el apartamiento de la carrera de un juez o fiscal; dichas faltas deben, además, acreditarse mediante un justo proceso y deben venir establecidas con precisión en normas previas. Sin embargo, la Corte no es explícita para calificar la incompatibilidad y eso ha generado, como veremos luego, que las autoridades de la propia Junta Nacional de Justicia asuman que, cumpliendo ciertas exigencias formales, se puede “adecuar” a las exigencias de la Corte.

### **II.1. La reducción del análisis convencional a la perspectiva procesal**

Conforme ha quedado expuesto, la Corte sostiene que la única vía para separar a un juez o fiscal de su condición de tal sería un procedimiento disciplinario por falta grave. Sin embargo, la legislación interna, ha insistido en separar el proceso de ratificaciones respecto de los procesos disciplinarios. Así el artículo 35 de la Ley Orgánica de la JNJ, establece lo siguiente:

[...] El procedimiento de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias que adopte el Poder Judicial o el Ministerio Público y de las sanciones de destitución que imponga la Junta Nacional de Justicia.

La ratificación requiere del voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros de la Junta. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. La decisión que emite la Junta Nacional de Justicia debe estar debidamente motivada. (subrayado agregado)

De este modo, la contravención a lo establecido por la Corte IDH es evidente: mientras la Corte concluye en el caso *Cuya Lavy* que “[e]l proceso de evaluación y ratificación seguido a las presuntas víctimas es materialmente sancionatorio y que, por lo tanto, son aplicables las garantías del debido proceso propias de los procesos disciplinarios”, la legislación peruana vigente, desde la Ley Orgánica de la JNJ hasta su Reglamento, sigue insistiendo en establecer diferencias entre ratificación y procesos disciplinarios.

Respecto a la naturaleza sancionatoria del sistema de evaluaciones y ratificaciones peruano, la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos, en la misma línea, ha tenido ocasión de señalar que “[...] se trata de un procedimiento de carácter materialmente sancionatorio, pues t[iene] como objeto esencialmente valorar la conducta, idoneidad y desempeño de los operadores de justicia. [E]n dicho proceso se utiliz[a] un criterio basado en la conveniencia de la permanencia de los magistrados en su cargo [que] no se trata de un estricto control jurídico, ni est[á] basado en criterios objetivos que garantizan una real rendición de cuentas y no dejan un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad decisoria a cargo, lo que result[a] incompatible con la garantía de estabilidad reforzada de los operadores de justicia” (sentencia caso *Cuya Lavy*, párr. 107).

En un caso anterior, la propia Corte IDH ya se había percatado de esta incompatibilidad en la legislación peruana. Así, en el caso *Moya Solís vs. Perú* se llegó a la misma conclusión:

[Si bien] el Estado aleg[a] que los procesos de evaluación tienen diferencias con los procesos disciplinarios, pues los primeros buscan evaluar al funcionario cada cierto tiempo, mientras que los segundos buscan establecer si se cometió una infracción administrativa. No obstante, ambos procesos tienen como finalidad evaluar la conducta e idoneidad de un funcionario, sea periódicamente o como resultado de la presunta comisión de una falta. Además, cuando un proceso de evaluación concluye que la calificación del desempeño de un funcionario o funcionaria no fue satisfactoria y debe, por ello, ser separado de su cargo, se convierte en un proceso materialmente sancionatorio, pues la desvinculación de la persona evaluada es una sanción a su bajo desempeño. (párr. 69).

Pese a que podemos estar de acuerdo con las conclusiones a las que arriba la Corte, al establecer que la única posibilidad de separar a un juez o fiscal de la carrera es mediante un proceso disciplinario y con las debidas garantías, la ausencia de un pronunciamiento claro sobre las ratificaciones periódicas y su incompatibilidad evidente con los mandatos de la Convención, pareciera sugerir que también la ratificación puede lograr pasar el test de convencionalidad, siempre que se respeten ciertos estándares procesales mínimos. La Corte no se pronuncia de manera explícita, sino que solo se limita a la evaluación del resultado al que conduce el proceso de ratificación, lo que en los casos de no

ratificación, el resultado sería similar al proceso de destitución por falta grave. En tal sentido, replica la misma conclusión a la que había llegado anteriormente: “a juicio de la Corte, a un proceso de evaluación o ratificación, en tanto involucra la posibilidad de destitución de los funcionarios evaluados en casos de incompetencia o bajo rendimiento, le son aplicables las garantías del debido proceso propias de los procesos disciplinarios, aunque su alcance pueda ser de diferente contenido o intensidad” (caso *Moya Solís Vs. Perú*, párr. 70).

Así, la Corte IDH no ha señalado que la existencia de un sistema de ratificaciones judiciales periódicas en el Perú resulta *per se* inconvencional. Lo que sí ha dicho es que por ser la ratificación un procedimiento materialmente sancionador, en la medida que el juez o fiscal no ratificado queda automáticamente separado de la carrera judicial o fiscal, sujeto incluso a prohibición de reingreso a dicha carrera, se impone que este procedimiento deba contemplar y respetar las garantías de debido proceso y motivación que se exigen para el procedimiento disciplinario, cuya sanción de destitución produce similares efectos o consecuencias a la no ratificación.

Esta calificación que hace la Corte IDH de las ratificaciones judiciales como un procedimiento materialmente sancionador no supone que esté sosteniendo que resulta exactamente similar o equivalente, en su naturaleza y contenido, al procedimiento disciplinario. Ello hubiera implicado contradecir y corregir lo sostenido permanentemente por el constituyente y legislador nacionales, y el propio Tribunal Constitucional (TC), para quienes se trata de dos procedimientos diferentes, de distinta naturaleza y finalidad. Lo que sostiene la Corte IDH es que la ratificación o evaluación de jueces y fiscales resulta un procedimiento materialmente sancionador por las consecuencias que se derivan de la no ratificación del magistrado que, al igual que en el proceso disciplinario de destitución, conlleva como sanción la exclusión o cese en la carrera judicial. Es decir, dos procedimientos que, aunque distintos, pueden culminar con un desenlace equivalente.

Por ello, en la sentencia del caso *Cuya Lavy* se reitera que, al igual que en cualquier proceso judicial o sancionador, en el procedimiento de ratificación o evaluación de magistrados judiciales se deben respetar las garantías del debido proceso y motivación en las actuaciones y

resoluciones del órgano evaluador. Sin embargo, el análisis que sigue a continuación parte de una cuestión básica a considerar: ¿es la perspectiva procesal el único parámetro convencional desde donde se puede valorar la compatibilidad del sistema peruano de evaluación y ratificaciones judicial y fiscal? ¿No hay ningún otro indicador sustantivo de las garantías de independencia e inamovilidad mediante el cual pueda concluirse, asimismo, que el sistema de *accountability* judicial y fiscal deba ser reformado en nuestro país?

En las siguientes secciones se sostendrá principalmente que sí. La decisión de la Corte IDH en el caso *Cuya Lavy* y en su jurisprudencia anterior presenta una importante deficiencia respecto a la valoración no sustantiva –ni constitutiva– que evita plantear sobre la garantía constitucional y convencional de la independencia judicial. Ello conlleva como consecuencia central que solo se concluya que la inserción de derechos procesales básicos, como el derecho a ser oído, a recibir una debida motivación, y otros vinculados, sea lo único necesario a cambiar para lograr la compatibilidad del sistema de evaluación y ratificación con lo que estipula la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sin embargo, esta perspectiva deja de lado la exigencia de preservar la permanencia en el cargo a través de mecanismos que no solo contengan garantías procesales mínimas, sino que logren, en su integridad, conservar, al máximo posible, la independencia en el ejercicio mismo de la función jurisdiccional. Ello implica una obligación fuerte del Estado por encontrar un diseño institucional que posibilite un equilibrio adecuado entre la necesidad de *rendición judicial de cuentas* y la independencia sustantiva.

### III. LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES O “FACETAS” DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

El caso *Cuya Lavy* pone en evidencia las dificultades teóricas y prácticas para una adecuada garantía de la independencia judicial. Las múltiples connotaciones y facetas de la independencia judicial plantean desafíos diversos en función del contexto en que se pone a prueba. En esta dirección, la teoría estándar ha insistido en las dimensiones interna (para proteger al juez de su propia organización interna) y externa (para

proteger a la propia organización judicial de cualquier interferencia extraña de otros poderes externos). No obstante, a la luz de los nuevos desafíos, esta manera convencional de abordar el problema parece hoy insuficiente.

### **III.1. De la independencia interna/externa a la independencia institucional/individual**

Shimon Shetreet (2017) ha sugerido un esquema más completo que parte por distinguir una dimensión institucional o corporativa de la independencia, orientada fundamentalmente a la defensa del Poder Judicial y de la organización judicial en su conjunto y una dimensión individual orientada a la figura central del juez. A nivel individual, la independencia requiere todavía identificar dos elementos más que le son esenciales: la *independencia sustantiva*, que exige que “[e]n el ejercicio de sus deberes judiciales, la emisión de decisiones judiciales y el ejercicio de otros deberes judiciales (a diferencia de los aspectos administrativos), el juez debe estar libre de cualquier interferencia ejecutiva o de cualquier presión o enredo político, financiero o comercial”. Por su parte, la *independencia personal* se refiere al estatus de la condición personal del juez. Su garantía pasa inevitablemente, como lo enfatiza Shetreet, por el establecimiento de un sistema objetivo de acceso a la judicatura mediante concursos transparentes y públicos, la permanencia en el cargo en forma vitalicia o hasta la edad de jubilación y un sistema adecuado de remuneraciones que esté fuera del alcance en su regulación del Poder Ejecutivo.

Para garantizar la independencia judicial a nivel *sustantivo y personal*, no es suficiente un sistema normativo que en forma abstracta diseña el estándar ideal de independencia. Con frecuencia, la independencia judicial depende más bien de prácticas, costumbres judiciales y, en general, una cultura de respeto y especial consideración a la condición de principio constitutivo que representa la independencia en el contexto de las actuales democracias. La organización vertical, la cultura del formalismo o incluso la poca autoestima o la falta de carácter en el desempeño de la función judicial pueden minar ostensiblemente el rol que está llamado a cumplir la independencia.

### III.2. El carácter constitutivo de la independencia judicial

El carácter constitutivo y no solo regulativo de la independencia se refiere tanto a su dimensión institucional como individual. La independencia debe funcionar como una norma pero no es cualquier norma. En la teoría jurídica de los sistemas contemporáneos, la distinción entre normas derivadas o normas que regulan una actividad o el desempeño de una institución y las normas que la configuran como tal, parece ser una distinción relevante<sup>11</sup>. La teoría del derecho se refiere a la distinción entre normas regulativas y normas constitutivas. Se trata de una distinción un tanto intuitiva que, para lo que aquí interesa, será asumida en términos de normas que crean el juego (normas constitutivas) y normas que la regulan (normas regulativas). Así, por ejemplo, la norma que recoge la forma republicana de gobierno (art. 43 de la Const.) puede asumirse como norma constitutiva, mientras que la norma que reconoce la ciudadanía y, en consecuencia, habilita el derecho de sufragio activo a partir de los 18 años, puede asumirse con una norma regulativa (art. 30 de la Const.). Los principios constitucionales destacan, en general, como verdaderas normas constitutivas del Estado constitucional. Como ha destacado el juez de la Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky, si hay que distinguir entre principios y reglas, las reglas son auténticas normas regulativas que se colocan por lo general en un nivel infraconstitucional, mientras que los principios son normas constitutivas que vienen formuladas a nivel constitucional. En realidad, dado su carácter suprallegal, “sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir ‘constitutivo’ del orden jurídico” (1996, p. 110).

Desde luego, no todos los principios constitucionales pueden considerarse propiamente constitutivos del orden jurídico o de la porción del sistema jurídico al que pertenecen. En otros casos, su función constitutiva es también regulativa al mismo tiempo. Es lo que ocurre con la mayoría de los derechos vinculados a la autonomía moral o a la dignidad humana. Estos se configuran como valores “objetivos” y, a su vez, como derechos subjetivos. Actúan como un orden que se “constituye”

<sup>11</sup> Cfr. Lorena Ramírez-Ludeña y Josep M. Vilajosana (Eds), *Normas Constitutivas y Derecho*, Marcial Pons, 2022.

sobre la dignidad y los derechos fundamentales, pero, al mismo tiempo, se configuran también como auténticos derechos fundamentales de las personas en tanto titulares.

Este es el caso de la independencia judicial, que forma parte de los principios fundantes del Estado constitucional de Derecho. En el caso de la función judicial, la independencia de los jueces se configura como un principio constitutivo, en la medida que sin independencia no puede hablarse propiamente del acto jurisdiccional en sentido estricto. Los jueces son tales en un Estado con división de poderes, solo si son efectivamente independientes. Pero al mismo tiempo, la independencia actúa también como un principio que puede ser reclamado como derecho. En el marco del orden convencional interamericano, así ha sido defendido por el juez Eduardo Ferrer en su fundamento de voto en el caso de la destitución de jueces de la Corte Suprema de Ecuador<sup>12</sup>. Desde luego, no resulta irrazonable argumentar que, si un ciudadano estuviera en condiciones de probar la falta de independencia del juez que va a juzgar su causa, no solo tiene habilitado como derecho las garantías al interior del proceso, sino que, además, podría apelar a los mecanismos de protección judicial de los derechos como es el caso del amparo en el marco del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta argumentación es, por lo demás, coherente con la comprensión de un Poder Judicial que actúa como garante de los derechos fundamentales y que, de este modo, realiza lo que Ferrajoli ha denominado la “dimensión sustancial de las actuales democracias constitucionales” (2003, p. 228).

### **III.3. La independencia judicial como metagarantía**

En esta misma línea, la independencia es un fin y un medio al mismo tiempo. Es un fin cuya realización depende no solo del modelo de organización judicial, sino de las propias convicciones del juez llamado

---

<sup>12</sup> El Juez Ferrer MacGregor, luego de hacer un recuento de la relevancia institucional del principio de independencia, se pregunta “si es posible configurar una suerte de derecho de los justiciables a condiciones democráticas de las instituciones públicas, con sustento no sólo en el referido artículo 3 de la Carta Democrática, sino también en el 29 de la Convención Americana”. Cfr. Voto razonado en el caso, *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (QUINTANA COELLO Y OTROS) VS. ECUADOR, DE 23 DE AGOSTO DE 2013*.

a reclamarse y actuar en forma independiente. Pero es también como lo propone Perfecto Andrés Ibáñez, un medio “para la realización de la imparcialidad de juicio”. De ahí que, como él mismo desarrolla, “el par independencia-imparcialidad en su unidad/distinción, exige que el juez no sea parte política, para asegurar su efectiva sujeción solo a la ley; y tampoco parte en los intereses contrapuestos en la causa”, de modo que pueda también garantizar plena imparcialidad. Debido a ello, Perfecto A. Ibáñez considera a la independencia como una verdadera “metagarantía”, en la medida que “sienta las bases, las condiciones de posibilidad, de todas las demás que configuran el estatuto del juez” (2012, p. 49).

Pero lo que aquí es necesario destacar no es tanto los mecanismos de protección jurisdiccional de la independencia judicial sino más bien su carácter de principio irreducible, es decir, su calidad de norma constitutiva de la función judicial en el Estado constitucional. En tanto norma constitutiva de la función judicial en el Estado democrático, una cuestión que merece también ser analizada es si la independencia judicial puede modularse o, en otros términos, si puede ser objeto de ponderaciones en atención a la protección que pueda merecer otros bienes o valores de similar importancia. Se trata aquí de la cuestión siempre problemática de la ponderación: ¿puede ser objeto de restricciones la independencia judicial?

#### **III.4. La independencia judicial como principio imponderable**

La imagen contemporánea de los principios constitucionales es la de su tendencia al conflicto. Los principios son normas que solo en abstracto parecen armoniosas mientras que en la práctica tienden al conflicto (Prieto). Bajo esta premisa, todos los principios parecen terminar en manos de jueces o incluso funcionarios con capacidad para *ponderar*, desdibujando su poder conceptual y finalista. El debate en la teoría es amplio e incluso muy confuso sobre la clasificación de los principios<sup>13</sup>. También las críticas a la ponderación y el riesgo de la manipulación o la degradación del carácter normativo de los principios

<sup>13</sup> Remito para un debate contextualizado al ámbito constitucional, al volumen que edité respecto del debate entre Juan Ruiz Manero y Luigi Ferrajoli, 2017.

constitucionales<sup>14</sup> requiere ser atendida en cierta medida. Más todavía si pensamos en la actuación de las ponderaciones a nivel constitucional respecto de principios que son como hemos dichos metanormas o principios constitutivos como ocurre con la independencia judicial.

En el caso de las ratificaciones judiciales incorporada desde hace más de un siglo en las constituciones peruanas del siglo XX y que, sabemos bien, ataca el corazón de la independencia de los jueces, el riesgo de la ponderación es evidente. La ponderación se presenta como estrategia para legitimar su presencia que, de otro modo resultaría conceptualmente disfuncional al modelo de la división de poderes y la garantía de la inamovilidad en la función que la propia Constitución reconoce junto a la independencia y la permanencia que aparecen como garantías en el mismo artículo 146.

La estrategia de la “armonización” lo ha explorado el propio Tribunal Constitucional presionado por las primeras decisiones del sistema interamericano que anunciaron en el marco de un acuerdo amistoso con el Estado peruano, que las ratificaciones judiciales sin motivación resultaban incompatibles con las garantías que la Convención reconocía a todos los jueces en estas circunstancias<sup>15</sup>. El TC respondió en una decisión que resultó luego en fundamento de justificación de las

---

<sup>14</sup> Ferrajoli ha escrito en este sentido llamando la atención sobre estos riesgos de dejar en manos de la judicatura la solución de conflictos entre principios que siempre son, según su entendimiento, conflictos aparentes y no reales que ocurren en todo caso en el campo de los hechos más no de las normas. En tal sentido ha llamado a actuar con mucha cautela frente a la teoría principalista a la que acusa de confiar en demasía “la solución de las aporías y de los conflictos entre derechos a la ponderación judicial, debilitando así la normatividad de las constituciones y la fuente de legitimación de la jurisdicción” Cfr.: Ferrajoli, 2011.

<sup>15</sup> INFORME N.º 109/06, PETICIÓN 33-03 y OTRAS. SOLUCIÓN AMISTOSA: ALEJANDRO ESPINO MÉNDEZ y OTROS/PERÚ, 21 de octubre de 2006. En dicho acuerdo quedó establecido lo siguiente: “73. *En esta oportunidad, la CIDH observa que en la cláusula primera del Acuerdo de Solución Amistosa, aparece consignado el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado peruano en relación con la falta de incorporación de ciertas garantías de la tutela procesal efectiva, en particular la exigencia de resolución motivada, que deber ser observada en todo tipo de procedimiento. La Comisión valora positivamente el reconocimiento de responsabilidad del Estado peruano por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales referido a los derechos consagrados en el artículo 1.1 de la Convención Americana (obligación general de respetar los derechos) y en el artículo 8 (garantías judiciales) del mismo instrumento. A juicio de la CIDH, dicho reconocimiento tiene pleno valor jurídico conforme a los principios del derecho internacional.*”

ratificaciones judiciales que recoge el propio texto constitucional. La estrategia fue precisamente la de la ponderación de bienes. Se trataba de argumentar en sentido “la ratificación ejercida dentro del marco de la Constitución, puede servir en el Estado Democrático para que la magistratura dé cuenta periódica del ejercicio de su independencia con responsabilidad cada siete años” (STC 3361-2004-AA/TC, caso Álvarez Guillen).

Así la independencia judicial no se veía atacada o, en todo caso, cualquier restricción a la independencia judicial como consecuencia de los procesos de ratificación, estaban “justificados” en atención al “favor” que recibía a cambio otro “bien constitucional” que sería ahora la ratificación de jueces y fiscales.

La tesis de la compatibilidad e incluso del “favor” que prestaría la ratificación a la independencia judicial se presenta como una idea persuasiva para un sector de la doctrina nacional que ha visto con cierta expectativa positiva el papel de las ratificaciones judiciales. En un trabajo que analiza precisamente el caso *Cuya Lavy*, Jorge Portocarrero se muestra en esta misma línea. Según su interpretación, “En el ordenamiento jurídico peruano, por tanto, la independencia judicial está necesariamente vinculada a la institución de la ratificación”. Cualquier lectura de la independencia judicial tendría que tomar en cuenta el carácter de relación “necesaria” que se establece con la figura de la ratificación. La conclusión a la que arriba desde esta perspectiva es que, “la institución de la ratificación periódica de jueces y fiscales en sus cargos, en el contexto del ordenamiento peruano, si bien representa una limitación al principio constitucional «independencia judicial», no es necesariamente contraria a dicho principio” (Portocarrero, 2023, p. 368). Se olvida de este modo el carácter constitutivo o de metagarantía de la independencia en los términos presentados *supra*.

El problema de la jurisprudencia de la Corte radica en que no evalúa la independencia en términos sustantivos y tampoco aprecia la devaluación de la independencia como consecuencia de procesos burocráticos que supone, en la práctica, el sometimiento de los jueces a procesos permanentes de expurgación de toda su vida y cada aspecto de sus actos dentro y fuera de la actividad funcional. Sometimiento que, por lo demás, está siempre expuesto al fisgoneo oprobioso de la prensa

y a la interpretación de los propios interesados en tergiversar hechos para desprestigiar a los magistrados, especialmente en aquellos casos en los que su independencia resulta fundamental en la lucha contra el crimen<sup>16</sup>.

#### IV. EL PROBLEMA DE LOS JUECES NO RATIFICADOS Y SU RETORNO A LA CARRERA JUDICIAL

Mención aparte merece la referencia de la Corte IDH al tema de los magistrados no ratificados por la JNJ. Actualmente, la referencia a esta figura no solo se encuentra en la Ley Orgánica, sino que ha sido objeto de una reforma en el propio texto constitucional que, en su actual artículo 154.2, dispone en forma explícita la prohibición de reingreso de los no ratificados<sup>17</sup>. Sobre este particular, la conclusión de la Corte IDH se recoge en el párrafo 205 de la sentencia:

205. La Corte advierte que, de acuerdo a las alegaciones de las partes, las propias declaraciones de las víctimas, así como de la normativa vigente, aún se mantiene la prohibición de que los magistrados no ratificados puedan reingresar al Poder Judicial y al Ministerio Público, pese a que el Estado reiteradamente ha señalado que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de enero de 2006<sup>18</sup> indicó que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial y al Ministerio Público, pues

<sup>16</sup> Puede citarse aquí, como ejemplo, el caso del Fiscal Domingo Pérez, uno de los Fiscales que ha liderado la lucha contra agrupaciones políticas involucradas en el caso LAVAJA-TO. Él ha tenido que solicitar medidas cautelares ante la Comisión Interamericana. Véase a respecto la Res. 55/2021, [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/mc/2021/res\\_55-21\\_mc\\_576-21\\_pe\\_es.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/mc/2021/res_55-21_mc_576-21_pe_es.pdf)

<sup>17</sup> Art. 154. 2 [...] “Los no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público.”

<sup>18</sup> La cita a pie de página en la sentencia es la siguiente: “El Estado se refirió a la sentencia de 8 de enero de 2006 del Tribunal Constitucional, dentro del Expediente N.º 1333-2006-PA/TC y agregó dicha sentencia sostuvo que “[l]a no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es incongruente con la relación a la propia naturaleza de la institución, ya que, [...], ésta no constituye una sanción”. Además, en el mismo sentido el Estado mencionó la Sentencia de 27 de enero de 2003 del Tribunal Constitucional, dentro del Expediente N.º 1941-2002-PA/TC, y Sentencia de 12 de agosto de 2005 del Tribunal Constitucional, dentro del Expediente N.º 3361-2004-PA/TC” (cita de pie de página 179).

el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial. (subrayado agregado).

La Corte no desarrolla mayor argumentación para sostener que la reforma constitucional realizada por el Estado peruano en el año 2018, resulta ahora incompatible con la Convención. Tampoco es claro, al menos en esta decisión, en qué sentido la cláusula constitucional de la prohibición de reingreso afecta algún derecho de la Convención. Pensemos en el caso de un magistrado que hubiera sido expulsado tras haberse establecido, en un debido proceso disciplinario, su responsabilidad en la comisión de faltas graves que comprometen el cargo, por ejemplo, hechos criminosos de corrupción, narcotráfico o violación; o faltas administrativas graves, como no asistir a las diligencias programadas en forma reincidente, o asistir en estado de ebriedad (ambas faltas consideradas graves en la Ley de la Carrera Judicial). ¿Es legítimo que el poder constituyente, evaluando su propia historia, reaccione frente a este tipo de hechos aprobando una cláusula que proscribe la posibilidad de retorno a estos magistrados que claramente traicionaron la confianza depositada para ejercer tan delicada función como poder delegado. ¿Cuál sería la legitimidad de un tribunal internacional para que sobreponiéndose al propio poder constituyente, le imponga a una nación el riesgo de abrirle una vez más las puertas de la judicatura a una persona con este antecedente?

Desde luego, se puede argumentar que no permitirles volver a postular supone en algún sentido una suerte de sanción de por vida. Pero este es un argumento retórico, pues incluso la Ley de la Carrera Judicial de manera expresa prohíbe que bajo el argumento de la resocialización se pueda acceder a la carrera judicial (art. 4). Cada sanción agota su cometido en el momento en que se la ejecuta, es decir, la expulsión es un hecho que se corresponde con los hechos que se imputan y concluye como acto autónomo con la sanción de destitución. Lo que ocurre con la cláusula constitucional no tiene que ver con la sanción sino con una situación nueva en la que se encuentra quien ha sido expulsado del sistema por graves hechos que conllevaron su destitución. Para todos estos casos, la norma constitucional establece una respuesta: no pueden postular al cargo de juez, como no lo pueden hacer quienes hubieran cometido cualquier delito doloso, como se establece en la propia Ley de

la Carrera Judicial. Se trata, en todo caso de un típico caso de restricción de derechos establecida en la propia Constitución, atendiendo a la relevancia constitutiva de la independencia y la imparcialidad judicial. En efecto, no podría argumentarse válidamente que la prohibición que establece la ley para postular al cargo de juez, a quienes hayan sido objeto de una sentencia condenatoria por delito doloso<sup>19</sup>, constituya una restricción de su derecho que les impide la resocialización o cosas por el estilo. Este argumento funciona aquí como un caso de *reductio ad absurdum* para mostrar que la Corte se equivoca en su razonamiento.

Si bien, en términos generales, la obligación de parte del Estado peruano para adoptar medidas de implementación de lo dispuesto por la Corte IDH en el caso *Cuya Lavy* no resulta controversial y tiene sustento en las propias fuentes del derecho internacional<sup>20</sup>, las interpretaciones de la Corte en este caso comprometen reformas constitucionales ratificadas mediante referéndum. También resultan igualmente problemáticas si se piensa en las razones sustantivas que estarían detrás, ¿puede un tribunal internacional obligar a un Estado a razonar al margen de sus razones contextuales? Las consideraciones abstractas y conceptuales de la Corte a la hora de delinear el contenido de la independencia, no ha valorado la dimensión perjudicial de las ratificaciones que ataca la esencia misma de ser juez: no se puede ser juez independiente si cada decisión antes de tomarla, especialmente las cuestiones más complejas, las que comprometen a quienes tienen poder, debe ser merituada

<sup>19</sup> Cfr. Art. 4 de la Ley de la carrera judicial: “Son requisitos generales para el ingreso y permanencia en la carrera judicial: 4. no haber sido condenado ni haber sido pasible de una sentencia con reserva de fallo condenatorio por la comisión de un delito doloso. La rehabilitación, luego de cumplida una sentencia condenatoria, no habilita para el acceso a la carrera judicial” (subrayado agregado)

<sup>20</sup> Art. 2 CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (subrayado agregado). Igualmente, conforme lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena: “Un Estado Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Por último, el artículo 68.1 de la Convención Americana que dispone que, “[l]os Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

respecto del impacto que tendría ante un proceso de ratificación. En las consideraciones de la Corte, no se han encontrado ni siquiera como testimonios ni como informes documentados, lo que supone un proceso de ratificación. El impacto de las ratificaciones judiciales no puede apreciarse desde los conceptos abstractos que delinear el contenido conceptual de la independencia judicial. Hace falta en este punto una indagación más empírica, incluso cultural, para hacerse una imagen más certera del grado de afectación que supone el mantener un sistema de ratificaciones permanentes en el sistema de justicia. Desde mi punto de vista, y observando de cerca la experiencia de las ratificaciones judiciales, puede sostenerse que su presencia en el sistema jurídico peruano, solo ha significado la creación de una cultura del sometimiento y la dependencia que erosiona los pilares de un Poder Judicial y un sistema de justicia más independiente de los poderes.

## **V. UN SISTEMA DE RENDICIÓN DE CUENTAS NO ES INCOMPATIBLE CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL BAJO CIERTOS PARÁMETROS**

Tal como se ha expuesto, las ratificaciones judiciales no pueden convivir con un sistema disciplinario, en la medida que ambos tendrían, en esencia, la misma finalidad: depurar a los malos jueces, solo que la ratificación genera un estado de permanente interferencia con la independencia de los jueces. De este modo, si pensamos en términos de proporcionalidad de medios en relación a la finalidad, las ratificaciones judiciales resultan medidas innecesarias. Ello sin embargo, no enerva la necesidad de que los jueces, como cualquier poder constituido en un modelo republicano de gobierno, rindan cuenta de sus actos. Más todavía si tomamos en cuenta el poder gravitante que corresponde a los jueces en el Estado constitucional. Como ha sostenido Shimon Shetreet, no hay independencia judicial al margen de la rendición de cuentas<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. Shetreet, S. "Independence and Accountability of the Judiciary", en *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 33, No. 4 (Oct. 1984), pp. 979-1012 (34 p.), Cambridge University Press

## V.1. Sobre la legitimidad de evaluar el desempeño de los jueces y fiscales

De acuerdo al artículo 146 de la Constitución, “el Estado garantiza a los magistrados judiciales [...] [s]u permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función”. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2009-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que para comprobar, cada cierto tiempo, que los jueces conservan tal conducta e idoneidad, “están sometidos a una ratificación”<sup>22</sup>. De ello se podría entender que una evaluación distinta a la que se realiza durante el proceso de ratificación, debería estar orientada al logro de otro tipo de objetivos –aunque relacionados a la conducta e idoneidad– constitucionalmente legítimos.

Así, en la misma sentencia, cuando el Tribunal analiza la legitimidad de la llamada evaluación parcial del desempeño, sostiene que esta persigue finalidades relacionadas con la calidad de la judicatura<sup>23</sup>, y beneficios para el propio juez, (“como más capacitación o beneficios técnicos”<sup>24</sup>). De este modo, este tipo de evaluación buscaría proteger, por un lado, el interés y derecho del ciudadano de recibir una justicia de calidad (que podría derivarse del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139.5 de la Constitución), y, por otro lado, la garantía de los jueces de recibir todas las condiciones necesarias para el desempeño de su función (condiciones tanto técnicas –derivadas del mandato establecido en el artículo 151 de la Constitución– como económicas –artículo 146.4–).

En relación con ello, la actual regulación de la evaluación parcial del desempeño –diseñada a partir de la reforma constitucional del 2018 en la Ley Orgánica de la JNJ– señala que dicha evaluación estará orientada “al conocimiento objetivo de los logros, aportes, competencias, potencialidades, limitación y debilidades de los jueces y fiscales

<sup>22</sup> Fundamento 55.

<sup>23</sup> “Prima facie, conscientes de la necesidad de una buena judicatura, este Colegiado no puede sino estar de acuerdo con el constante control a la actividad de aquellas personas de las cuales depende la seguridad jurídica y la paz social. Mientras mejores jueces tengan los peruanos, mejor democracia habrá, más inversión llegará, y más protegida se sentirá la población” (fundamento 55).

<sup>24</sup> Fundamento 56.

de todos los niveles, con el objeto de realizar las acciones que fueren necesarias para favorecer el desarrollo personal y profesional del funcionario evaluado” (artículo 38). Asimismo, señala que los resultados de la evaluación servirán para:

(1) El inicio de las acciones necesarias a fin de reforzar los aspectos detectados que generen deficiencia en el desempeño judicial o fiscal.; (2) Definir los criterios sobre la base de los cuales la AMAG elabora el plan de estudios para fortalecer las competencias de los jueces y de los fiscales, conforme a lo establecido por el reglamento; (3) Indicar al juez o fiscal los cursos o actividades necesarias que debe llevar en la AMAG, a fin de mejorar su desempeño [...] (artículo 40 de la Ley Orgánica de la JNJ).

De la lectura de ambas disposiciones, se puede sostener, en principio, que el diseño actual de la evaluación parcial de desempeño estaría vinculado con los dos fines constitucionales antes referidos: asegurar una adecuada capacitación de los jueces y fiscales, en aras de garantizar una mejor calidad de la justicia impartida a los ciudadanos. El problema, sin embargo, es que una evaluación de este tipo, si bien sería legítima en función de los objetivos que persigue, podría, potencialmente, afectar uno de los pilares de la función jurisdiccional: la independencia; cuya garantía se encuentra reconocida en el artículo 146.1 de la Constitución.

Ello no quiere decir, por supuesto, que debido a la garantía de la independencia no sea posible controlar, de forma permanente a los jueces. En nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado que “un control permanente de la judicatura no es inconsistente con el estatuto constitucional de los jueces, siempre y cuando se realice dentro de los parámetros de la razonabilidad y sensatez”<sup>25</sup>. Así, a diferencia de otros contextos<sup>26</sup>, en nuestro marco constitucional se admite la evaluación permanente al desempeño de los jueces, no solo porque

<sup>25</sup> Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2009-AI/TC, fundamento 56.

<sup>26</sup> Como Noruega, Suiza, Luxemburgo, y Dinamarca, donde se considera que la evaluación individual de los jueces es innecesaria para garantizar un sistema jurídico de alta calidad, y donde dicha evaluación es vista como completamente incompatible con la independencia judicial. Ver: Informe N.º 17 (2014) relativo a “La evaluación del trabajo de los jueces, la calidad de la justicia y el respeto de la independencia judicial”, del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos, punto 22. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680748215>

sería compatible con la garantía de la calidad del sistema de justicia, sino porque, además, esta es considerada un mecanismo que no implica, *prima facie*, una vulneración a la independencia de los jueces<sup>27</sup>.

Pero el hecho de que en nuestro contexto jurídico se haya optado por lograr un equilibrio entre la búsqueda de la calidad de la justicia, a través del control permanente de los jueces, y la conservación de su independencia, ello no significa que ambos fines con valor constitucional no se encuentren en una constante tensión. Esta situación tirante puede entenderse como la expresión del mandato constitucional a que se encuentre vías y mecanismos idóneos para lograr el mejoramiento del desempeño de los jueces y fiscales, pero que no afecten su independencia. De esta forma, el problema se concentra en cómo conciliar la evaluación con la independencia judicial, y en esa medida, resulta fundamental analizar si el diseño actual, establecido con la reforma constitucional del 2018, logra dicha conciliación, o, si por el contrario, conlleva una afectación grave a la garantía de independencia.

Los parámetros que una evaluación debería respetar para evitar afectar la garantía de la independencia, pueden estar referidos a diferentes aspectos. No obstante, en relación con el análisis específico al nuevo diseño insertado en la reforma del 2018, hay un factor que, en concreto, resulta clave para determinar la constitucionalidad de la nueva competencia asignada a la Junta Nacional de Justicia: el quién realiza la evaluación parcial del desempeño.

## **V.2. Sobre los estándares internacionales en materia de evaluación e independencia**

### ***El marco regional europeo***

Para el Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE), “la independencia judicial no significa que los jueces no tengan que rendir cuentas de su trabajo”<sup>28</sup>. No obstante, el CCJE precisa también que, debido a la enorme importancia de la garantía de la independencia, “la norma fundamental de cualquier evaluación individual de los jueces debe ser el mantenimiento del respeto total por la independencia

<sup>27</sup> Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2009-AI/TC, fundamento 59.

<sup>28</sup> Informe N.º 17 (2014), óp. Cit. punto 4.

judicial”<sup>29</sup>. Por lo tanto, los Estados no deben admitir, en absoluto, ningún grado de afectación en la misma. Pero para el CCJE el mejoramiento de la calidad de la justicia no es el único objetivo que perseguiría la evaluación constante a los jueces; sino que, además, este control estaría directamente vinculado con la adecuada rendición de cuentas hacia los ciudadanos que deben realizar todos los poderes del Estado en una sociedad democrática<sup>30</sup>.

Así, luego de evaluar el panorama regional y las distintas formas en que los diferentes Estados llevan a cabo la evaluación individual de su judicatura, en el Informe N.º 17 del año 2014 se trazan un conjunto de recomendaciones, entre las cuales las más relevantes en relación al mantenimiento de la independencia, son las siguientes:

(1) Si, tras un análisis cuidadoso, un Estado miembro decide que estos requisitos fundamentales no pueden alcanzarse por medios distintos (por ejemplo, mediante la evaluación «informal»), el CCJE recomienda la adopción de un sistema más formal. (2) El CCJE anima a todos los Estados miembros a que utilicen procedimientos de evaluación informal. (3) Las bases y elementos principales de la evaluación formal (donde exista) deben estar establecidas con claridad y exhaustividad en la legislación primaria. (4) La evaluación debe estar basada en criterios objetivos. Dichos criterios deben consistir fundamentalmente en indicadores cualitativos, pero además pueden consistir en indicadores cuantitativos. (5) Debe evitarse expresar los resultados de la evaluación mediante números, porcentajes o clasificando a los jueces sin ninguna información adicional, ya que esto puede provocar una falsa impresión de objetividad y certeza. **(6) Con el objetivo de proteger la independencia judicial, la evaluación individual debe estar realizada fundamentalmente por jueces. Los Consejos de la Justicia pueden desempeñar un papel en este proceso. Se deben evitar las evaluaciones realizadas por el Ministerio de Justicia o por otros organismos externos.** (7) Las fuentes de información en las que se basan los evaluadores deben ser suficientes y fiables. (8) La evaluación debe mantenerse separada tanto de las inspecciones que valoren el trabajo de un tribunal en su conjunto como de los procedimientos disciplinarios.

<sup>29</sup> Informe N.º 17 (2014), óp. Cit. punto 6.

<sup>30</sup> Informe N.º 17 (2014), óp. Cit. punto 23.

(9) Es fundamental que exista equidad procedimental en todos los elementos de las evaluaciones individuales. (10) Una evaluación desfavorable no debería por sí sola (salvo en circunstancias excepcionales) conducir a la suspensión de funciones. (11) Debe evitarse la utilización de evaluaciones para determinar el salario y la pensión de los jueces, (12) Los principios y procedimientos en los que se basan las evaluaciones judiciales han de estar a disposición de la ciudadanía. (énfasis añadido)

Como se observa, todas estas recomendaciones dirigidas a proteger al máximo la garantía de la independencia de los jueces, pueden ser clasificadas en cinco aspectos que, en conjunto, asegurarían una evaluación que respete la investidura de la judicatura: **(i)** el órgano encargado de la evaluación, **(ii)** los criterios a ser evaluados, **(iii)** la periodicidad, **(iv)** las garantías procesales para el evaluado, y **(v)** las consecuencias de la evaluación.

En relación con el primer aspecto –que tiene una especial importancia para el presente análisis– el Informe de la CCJE precisa que, el estándar óptimo para preservar la garantía de la independencia es que sean los propios jueces quienes realicen la evaluación. En contraste, se debe evitar, en todo sentido, que los organismos externos se encarguen de la evaluación; en particular, el Ministerio de Justicia o cualquier entidad del Poder Ejecutivo. Como excepción, si bien el CCJE señala que los Consejos de la Justicia pueden tener un papel durante la evaluación, no obstante, se recomienda altamente que se utilicen “otros medios de evaluación, por ejemplo, por parte de miembros de la Judicatura nombrados o elegidos por otros jueces para el propósito específico de la evaluación”<sup>31</sup>.

Al respecto, el hecho de que la presencia de los llamados Consejos de la Justicia se considere como una excepción, antes que como parte del estándar ideal para la entidad encargada de realizar la evaluación, podría tener que ver con dos cuestiones en particular, que, si no son debidamente analizadas, podrían conllevar una grave afectación a la garantía de la independencia. La primera cuestión está relacionada con el tipo de intervención que en cada caso específico tenga un Consejo de Justicia; y la segunda, a la manera en que dicha entidad esté conformada.

<sup>31</sup> Informe N.º 17 (2014), óp. Cit. punto 37.

Por ejemplo, una entidad como la Junta Nacional de la Justicia que no forma parte del Poder Judicial, sino que es un organismo autónomo y, por lo tanto, externo al mismo, podría tener una injerencia indebida en el desempeño de los jueces, considerando, sobre todo, que entre sus atribuciones se encuentra también el decidir sobre la permanencia de los jueces en sus cargos, a través del mecanismo de la ratificación. Pero esto será analizado a profundidad más adelante.

Por ahora, basta con señalar que, finalmente, el CCJE también menciona que la intervención de profesionales externos al Poder Judicial durante la evaluación, es válida siempre que dichos asesores tengan “suficiente conocimiento y experiencia relativos al sistema judicial como para ser capaces de evaluar adecuadamente el trabajo de los jueces. También es esencial que su papel sea únicamente consultivo y sin capacidad de decisión”<sup>32</sup>.

### *El marco regional iberoamericano*

En el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH y del ámbito interamericano en general, existe un vasto desarrollo en relación a los estándares que deben seguirse para preservar la garantía de la independencia de los operadores de justicia<sup>33</sup>. Pero, específicamente en relación con la evaluación de desempeño, encontramos algunos estándares en la “Declaración Copán-San Salvador” del año 2004, emitida en el marco de VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. En relación con el órgano a cargo de la evaluación, se señala que este:

[...] debe ser designado por la autoridad competente del sistema judicial y provenir de sus cuadros, sin perjuicio de la posibilidad de apoyo de operadores ajenos al Poder Judicial. Ello garantiza la independencia de los evaluadores en el cumplimiento de sus cometidos y la confianza de los evaluados en que su labor será examinada con mayor comprensión y profundidad por quienes reúnen conocimiento y experiencia en el ejercicio de similar función. Asimismo, la posibilidad de control por

<sup>32</sup> Informe N.º 17 (2014), óp. Cit. punto 38.

<sup>33</sup> CEJIL (2019) *Compendio de estándares internacionales para la protección de la independencia judicial*. Disponible en: [https://www.cejil.org/sites/default/files/compendio\\_de\\_estandares\\_judiciales\\_online.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/compendio_de_estandares_judiciales_online.pdf)

otros operadores del sistema, pero ajenos al Poder Judicial, objetiviza la instancia evaluatoria, proporciona la visión del justiciable y aporta transparencia al resultado de la evaluación. (punto II.11. Tercera).

### ***El marco universal***

En el año 2017, las ONU, a través de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, emitió la *Guía de Recursos para Reforzar la Integridad y Capacidad Judiciales*<sup>34</sup>. Específicamente, en relación con la evaluación permanente a los jueces, señala que entre los distintos sistemas implementados por cada uno de los Estados, se encuentra algunos donde la evaluación solo se realiza de manera excepcional por un tema de asensos, mientras que otros la realizan de manera periódica (con lapsos de dos a cinco años). En relación con lo que se evalúa, se reporta la existencia de una tendencia en la que la mayoría de los Estados la competencia jurídica y los conocimientos profesionales.

En tal sentido, se detecta también una tensión permanente entre la rendición de cuentas y la independencia. Se señala que, por una parte, “la evaluación es necesaria para garantizar la responsabilidad judicial (y la calidad del servicio prestado), [y] al mismo tiempo, se deben adoptar medidas para evitar el riesgo de que se utilicen las evaluaciones profesionales para influir indirectamente en las decisiones judiciales”<sup>35</sup>. No obstante, de acuerdo a dicha tensión, se afirma que uno de los mecanismos más idóneos para preservar la garantía de la independencia, es que (como se observa en muchos países) todos los jueces evaluados tienen la posibilidad de presentar apelaciones o reclamos en contra de las decisiones tomadas a partir del resultado de la evaluación.

Asimismo, de acuerdo a esta *Guía* existen dos modelos distintos que buscan evitar la afectación a la independencia con los mecanismos de rendición de cuentas. El primero propone un sistema complejo en donde se mezcla la mejora profesional y la motivación a la rendición de cuentas en el desempeño a través de acciones de “selección, formación inicial y permanente, evaluación profesional, asignación de funciones y disciplina”. En contraste, en el segundo modelo hay un énfasis en la

<sup>34</sup> Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ResourceGuideonStrengtheningJudicialIntegrityandCapacity/Resource\\_Guide\\_on\\_Strengthening\\_Judicial\\_Integrity\\_and\\_Capacity\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ResourceGuideonStrengtheningJudicialIntegrityandCapacity/Resource_Guide_on_Strengthening_Judicial_Integrity_and_Capacity_S.pdf)

<sup>35</sup> Ibid. p.15.

“participación de los jueces en el control de otros jueces de menor jerarquía como una manera de proteger la independencia judicial”<sup>36</sup>.

Sobre el quién debe encargarse de realizar la evaluación, la *Guía* hace un análisis particular de la competencia asignada, en algunos Estados, a los denominados Consejos de Justicia. Al respecto, se sostiene que estos consejos “son bastante diferentes entre sí en lo que respecta al alcance de sus poderes de decisión sobre la situación de los jueces, a su composición, y a la forma en que se elige o se nombra a sus miembros”. Por ello, “estas diferencias ponen de manifiesto puntos de vista bastante diferentes sobre los medios institucionales necesarios para proteger la independencia judicial o para promover un mayor equilibrio entre la independencia y la obligación de rendir cuentas”<sup>37</sup>. Lo que es más, hay países, como Alemania y Austria, donde existe un buen nivel de rendición de cuentas de parte de la judicatura, y una calidad bastante alta en la impartición de justicia, y, al mismo tiempo, una protección importante a la independencia, pero sin la presencia, en lo absoluto, de un órgano centralizado como lo es un Consejo de Justicia.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

El caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* ha actualizado en nuestro contexto el debate sobre la necesidad de extraer del diseño constitucional el mecanismo de las ratificaciones periódicas de jueces y fiscales. Si bien los argumentos de la Corte logran establecer la inconsistencia entre independencia judicial y ratificaciones periódicas en el marco del sistema interamericano donde rige el principio de inamovilidad para los jueces; no obstante, deja abierta la posibilidad de que cumpliendo determinadas exigencias procesales, las ratificaciones logren pasar el estándar interamericano.

Esta ponencia muestra que la independencia judicial se configura como un principio constitutivo de la función judicial en el Estado democrático. Esto supone en una de sus consecuencias, que la independencia no puede ser sometida a exámenes de ponderación o proporcionalidad, pues ningún fin relevante se puede encontrar sacrificando

---

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Ibid. p.16.

la independencia de los jueces. Al contrario, cualquier intento de disminuir o reducir o minusvalorar la independencia judicial, aumenta la desconfianza ciudadana hacia los jueces, poniendo en serio riesgo el propio sistema de balance y control del poder que es consustancial al sistema constitucional.

La sentencia en el caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú* muestra dos tipos de deficiencias en su argumentación. En primer lugar, su ambigüedad y abstracción, producto de un desarrollo conceptual y teórico de la independencia judicial, que le impide extraer conclusiones prácticas para establecer que la presencia de un sistema de ratificaciones judiciales permanentes, socaba la esencia de la independencia judicial en cuanto principio constitutivo de la democracia constitucional. En segundo lugar, pese a que su conclusión en este punto es más categórica y concluyente, la Corte se excede sin dar argumentos suficientes, al sostener que la cláusula de la prohibición de reingreso a la carrera judicial para magistrados no ratificados o expulsados en razón de la imposición de sanciones en procesos disciplinarios, resultaría incompatible con la Convención, aun sin precisar qué derecho o principio recogido en la Convención se estaría contraviniendo.

Finalmente, la independencia judicial, si bien resulta incompatible con mecanismos de ratificación sistémica no es incompatible, sin embargo, ni a los sistemas de control disciplinario y tampoco a los mecanismos de rendición de cuentas. Todos estos mecanismos fortalecen la confianza ciudadana hacia la institución judicial, siempre que se establezcan siguiendo pautas y estándares que garanticen la independencia judicial.

## BIBLIOGRAFÍA

- FERRAJOLI, L. “Sobre la definición de “democracia”: Una discusión con Michelangelo Bovero”. *Isonomía*, 19, pp. 227-241. 2003.
- FERRAJOLI, L. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa. Cuadernos De Filosofía del Derecho*, (34), 15–53. 2011. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- FERRAJOLI, F. & RUIZ MANERO, J. *Un debate sobre principios constitucionales*. Palestra Editores. Lima, 2017.

- IBÁÑEZ, P. A. “La independencia judicial y los derechos del juez”. En: Saiz Arnaiz, A. (Dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PORTOCARRERO QUISPE, J. A. “Restricciones a la independencia judicial en el Perú: análisis del caso Cuya Lavy y otros vs. Perú de la corte interamericana de derechos humanos”. *Revista De Derecho Político*, (117), 359–386. 202. <https://doi.org/10.5944/rdp.117.2023.37932>
- SHETREET, S. “Independence and Accountability of the Judiciary: Comparative Analysis of the Theories and the Realities with Lessons for the Asia-Pacific”. In H. Lee & M. Pittard (Eds.), *Asia-Pacific Judiciaries: Independence, Impartiality and Integrity* (pp. 9-34). Cambridge: Cambridge University Press. 2017. <https://doi.org/10.1017/9781316480946.004>
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de M. Gascón. Trotta. Madrid, 2003.



# EL PLAZO RAZONABLE COMO GARANTÍA (DELETÉREA EXPERIENCIA PROCESAL EN BOLIVIA)

MARCO ANTONIO BALDIVIESO JINÉS\*

## SUMARIO:

I. Antecedentes. II. Precedentes procesales previos del problema en la justicia constitucional boliviana. III. Sobre la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso. III.1. Derechos de la víctima. III. 2. La dimensión plural del derecho a un proceso sin dilaciones. III.3. Los principios como disposiciones ordenadoras, implícitas en cualquier norma sustantiva y adjetiva. III.4. Demora estructural (extraordinaria). III.5. La interpretación del código de procedimiento penal boliviano. IV. La interpretación correctora y previsor, componentes indispensables para el derecho procesal.

En principio debo elogiar a quienes organizan estos eventos que significan el origen, desarrollo y perfeccionamiento de novedosas ideas que contribuyen a mejorar nuestros sistemas de justicia y la vida cotidiana de las personas. Entre visiones y versiones, argumentos y opiniones, se analizan los modos y medios más eficaces de intervención jurídica sobre la institucionalidad del Estado y la cultura de los pueblos.

Contribuimos desde nuestra historia e idiosincrasia, exponiendo nuestros logros y desafíos, pero también nuestras limitaciones y fracasos; sumamos conocimiento y experiencia, con el propósito de seguir construyendo la academia.

---

\* Abogado Constitucionalista, Profesor Titular de la UMRPSFXC; (ex) Decano del Tribunal Constitucional de Bolivia; (ex) Asesor de la Asamblea Constituyente; (ex) Presidente del Tribunal Nacional de Honor del Colegio de Abogados de Bolivia; (ex) Conjuez de la Corte Superior Ch.; (ex) Representante de Chuquisaca al Consejo Pre-Constituyente y Pre Autónomo de Bolivia, Consultor de NU, OEA, USAID, UE, KAS. Docente de Pre y Posgrado; autor de libros y múltiples publicaciones en el área del Derecho.

## I. ANTECEDENTES

Como parte del proceso de modernización del Estado se emprendieron varios programas para mejorar los sistemas de justicia en Latinoamérica, una de las tareas pendientes era la reforma al subsistema sancionatorio. En Bolivia se logra aprobar una nueva ley adjetiva penal el 25 de marzo de 1999, incorporando garantías vanguardistas que permitan la transición del Sistema Inquisitivo al Sistema Acusatorio.

En un país acostumbrado al ritualismo procesal exagerado, con poco interés institucional –o ninguno– en el respeto a los derechos humanos; un Estado atrapado por un aparato judicial anquilosado, además de una mora judicial extrema –que había generalizado la retardación de justicia–. Se incorporó una versión “moderna” de la garantía procesal del “Plazo razonable”, pensada y presentada como el “remedio para todos los males” que obstruyen la celeridad y ocasionan demora en la justicia, garantía que está establecida constitucionalmente desde el 2009 en el Art. 115.II de la Constitución Política del Estado:

*El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, **pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.***

*En ese entendido, cumpliendo con el imperativo constitucional, el Art. 133 del Código de Procedimiento Penal dispone lo siguiente:*

### **TÍTULO IV CONTROL DE LA RETARDACIÓN DE JUSTICIA**

*Artículo 133°.- (Duración máxima del proceso). **Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía. Las causas de suspensión de la prescripción suspenderán el plazo de duración del procedimiento. Cuando desaparezcan éstas, el plazo comenzará a correr nuevamente computándose el tiempo ya transcurrido. **Vencido el plazo, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal.*****

Se crea la garantía procesal de “LA DURACIÓN MÁXIMA DEL PROCESO” como desarrollo progresista del –principio, derecho y garantía– del Debido Proceso Legal (SC 1970/2011-R Triple Dimensión), concordante con los principios de celeridad, inmediatez, efica-

cia, oportunidad, responsabilidad y resultados (Arts. 178, 180 y 232, CPE). Esta norma innovadora –en esa época– sí tenía el propósito loable de disminuir la demora en los procesos judiciales y contribuir a mejorar la eficacia del Sistema Judicial; era un modo razonable de solución procesal a un problema jurisdiccional, y sobre todo una forma de responder al clamor social ante la exagerada retardación de Justicia.

Era interesante elucubrar un discurso que pueda articular las normas primarias, como los valores de justicia y libertad, los principios procesales de celeridad, eficacia e inmediatez, con elementos del debido proceso –adjetivo y sustantivo– como el plazo razonable. Loable propósito que busca disminuir y hasta erradicar la retardación de justicia, instrumentalizando el derecho procesal constitucional aplicado a materia penal.

Como suele acontecer, esta alternativa procesal a la demora judicial fue rápidamente tergiversada por inescrupulosos actores de la jurisdicción penal, quienes aprovecharon tres debilidades del subsistema de justicia sancionadora.

1. La incompatibilidad entre la propuesta normativa “moderna”, y la compleja realidad social, económica y cultural, de Bolivia.
2. La falta de conexión entre la norma adjetiva penal y la deleznable situación de un aparato judicial plagado de corrupción, con escaso presupuesto, y demasiada carga procesal.
3. La falta de precisión y previsión de la norma procesal, debido al desconocimiento de la realidad social e institucional del Sistema de Justicia.

Hace una década, el promedio de duración de un proceso penal era de 8 años –cuatro de ellos en instancias de apelación–, la dilación malintencionada –de las partes y de las autoridades– era habitual; la carga procesal excesiva impedía la atención y el seguimiento minucioso a la mayoría de los procesos, y como trabas siempre presentes, el influjo político (tráfico de influencias) y económico (soborno).

Si no eran las cuestiones procedimentales como ausencias recurrentes de abogados, testigos o peritos, aplazamiento o suspensión de audiencias, o la interminable espera del resultado de las apelaciones e impugnaciones en tribunales de alzada; era usual que jueces y fisca-

les se enfermen, excusen o viajen y hasta renuncien –frecuentemente–, abandonando “casos complejos”, a cambio de considerables recompensas ilícitas (dinero u mejores cargos).

Sin considerar el complejo contexto se pretendió aplicar un “Remedio procesal” a la rémora de la Mora Judicial, el resultado no fue el esperado –el remedio fue peor que el padecimiento–; la garantía procesal del Plazo Razonable de duración del proceso se trastocó en un instrumento nocivo que promovía la impunidad lesionando el supremo valor de la Justicia. El extendido abuso de esta garantía procesal usada para extinguir procesos penales, terminó beneficiando a parricidas, violadores, narcotraficantes, corruptos y otros delincuentes.

## II. PRECEDENTES PROCESALES PREVIOS DEL PROBLEMA EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA

Para el análisis de la problemática planteada es necesario citar la SC 1036/2002 de 29 de agosto: *(...) dado el carácter público del proceso, el cómputo de los seis meses previstos por el art. 134 CPP para el desarrollo de la Etapa Preparatoria, empieza a partir de que el Juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal, siendo éste el actuado jurisdiccional que marca el inicio del proceso penal, y a partir de ahí, se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, ampliable únicamente en el supuesto establecido por el segundo párrafo del art. 134 CPP; sin que esto quiera decir que la extinción opere ipso facto, como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en las SSCC 764/2002-R y 395/2002-R; pues deben desarrollarse las formalidades establecidas por el mismo artículo 134 CPP”.*

La SC 033/2006-R de 11 de enero, modificó el entendimiento anterior: *“Sin embargo, no obstante a que los vocales recurridos, como se tiene dicho, no analizaron el fondo de la problemática por no haberse individualizado las fojas donde se encontraban las pruebas, es necesario aclarar lo argumentado en el Considerando V del Auto de vista AV./A.V.-15/2005 sobre que, el plazo de los tres años de duración máxima del proceso, es a partir de la última notificación con la imputación en casos de pluralidad de imputados, no tomaron en cuenta lo*

*previsto por la SC 1036/2002-R, de 29 de agosto, pues el cómputo de los seis meses previsto por el art. 134 del CPP para el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza a partir de que el Juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal, y a partir de ahí, se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, plazo que en casos de existir pluralidad de imputados se computa desde la última notificación con la imputación formal; lo que no implica que el plazo de tres años (art.134 CPP) en el que deben finalizar los juicios se amplíe, con ese razonamiento interpretativo la ya citada SC 1036/2002-R, en forma clara, determinó que el computo de los tres años de duración del proceso no debía efectuarse desde la imputación formal al señalar que: “éste entendimiento interpretativo (se refiere a la imputación formal y no al inicio del proceso) no significa que nuestro sistema procesal se aparte del mandato de justicia pronta y efectiva, que contiene el art. 116.X constitucional, por cuanto el plazo de tres (años art. 134 CPP) en el que deben finalizar los juicios, no se amplía con este razonamiento interpretativo” (las negrillas son nuestras).*

Continúa refiriendo la citada Sentencia 033/2006-R que: “Por su parte el art. 5 del CPP, párrafo segundo dispone que: “Se entenderá por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito”; por consiguiente, considerando dicha normativa, el cómputo de los tres años de duración del proceso penal previsto en el art. 133 del CPP, Se computa a partir de la primera sindicación efectuada en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito; en consecuencia, para computar la extinción de la acción penal por el transcurso máximo del tiempo previsto en el referido art. 133 del CPP, es necesario considerar lo manifestado” (las negrillas son nuestras).

A partir de la somera lectura de las Sentencias citadas, se evidencia claramente que el proceso penal se inicia con la notificación al sindicado con la imputación formal, a partir de ese momento corre el plazo de los seis meses previstos **para el desarrollo de la etapa preparatoria y para la presentación de la acusación**; en caso de pluralidad

de imputados, **el plazo corre a partir de la última notificación, lo que no implica que el plazo de los tres años para la conclusión del proceso penal previsto en el art. 133 del CPP se amplíe**, sino que el mismo en aplicación del principio de celeridad se tome en cuenta a partir de la **denuncia en sede judicial o administrativa**. Se tiene, que la SC 1036/2006-R de 29 de agosto, fue precisada por la SC 033/2006 de 11 de enero, de modo que los plazos previstos para el cálculo de los tres años de duración del proceso como señala el art. 133 del CPP, se encuentran claramente determinados, tomando en cuenta el principio de celeridad procesal previsto en el art. 116-X de la CPE.

Sin embargo también es necesario manifestar que la citada SC 033/2006-R, refiere que el “*(...) trámite de extinción de la acción penal está sujeto a que el recurrente demuestre que fundamentó su pedido mencionando las piezas procesales con las que acreditó la demora o dilación del proceso atribuible al órgano jurisdiccional o al Ministerio Público, conforme a lo determinado por la SC 101/2004, de 14 de septiembre y el AC 0079/2004 de 29 de septiembre, pues quien pretende solicitar la extinción de la acción penal, debe fundamentar que la mora procesal más allá del plazo máximo establecido por Ley, es responsabilidad del órgano judicial o del Ministerio Público, precisando de manera puntual en qué parte del expediente se encuentran los actuados procesales que provocaron la demora o dilación invocada, lo que no implica ni se traduce en la necesidad de que el solicitante tenga que ofrecer y producir nueva prueba, cuando la misma se encuentra en el expediente del proceso, sino únicamente individualizarla; fallos que son de cumplimiento vinculante y obligatorio y tienen la debida fundamentación jurídica doctrinal y constitucional relativa al tema tratado*” (las negrillas fueron añadidas)

Como describe la SC 033/2006-R citada precedentemente, es necesario que quien demande la extinción de la acción penal, más allá del cumplimiento del plazo máximo previsto por Ley, debe demostrar inexcusablemente que la demora procesal es responsabilidad del órgano judicial y del Ministerio Público, para lo cual debe señalar concretamente en que folios del expediente se encuentra esa prueba.

### III. SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR DURACIÓN MÁXIMA DEL PROCESO

La Constitución Política del Estado en vigencia, asume una nueva visión del principio de eficacia y la protección a la víctima –Arts. 180.I y 113.I CPE–, a partir de estos postulados fundamentales deben desarrollarse, la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia, orientando el sistema constitucional hacia un Estado más garantista y respetuoso de los derechos humanos.

Desde esta nueva perspectiva garantista aplicada al caso concreto; en la ponderación de bienes superiores, nítidamente se contraponen dos criterios de protección: 1. Los derechos de la víctima, al acceso efectivo a la justicia y la reparación del daño; y 2. El derecho del procesado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia se abordan estos conceptos; Sentencia N° T-190/95: “**DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA- Efectividad.** “**El acceso a la administración de justicia, no debe entenderse en un sentido puramente formal, en cuya virtud pueda una persona acudir a los tribunales, sino que radica sobre todo en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera resolución –ya por la vía activa, ora por la pasiva- la obtenga oportunamente.**

(...) **PRINCIPIO DE EFICIENCIA/MORA JUDICIAL- Carga laboral.** Para la Corte es claro que la **eficiencia**, cuya consagración se manifiesta en el artículo 228 de la Carta cuando impone el cumplimiento de los términos procesales, constituye principio de ineludible acatamiento por parte de los jueces y fiscales, so pena de las sanciones legales por la falta disciplinaria en que incurren cuando los desconozcan, lo cual tiene por finalidad específica la de obtener **prontitud y calidad** en la impartición de justicia. Los funcionarios judiciales no pueden, por vía general, esquivar la responsabilidad que les cabe por la inobservancia de los términos, escudándose apenas en la disculpa de la congestión de trabajo debida al número de procesos en curso.”

Las víctimas de daños en sus bienes y derechos, reaccionaban legítimamente contra el agresor con la misma violencia, aplicando la justicia por mano propia y la venganza privada, este uso del “ojo por ojo”

quedó en rezago al constituirse una organización social más sólida que asumió la responsabilidad de sancionar a quienes infringían las normas de convivencia social. Por delegación de potestad, de las víctimas y agraviados, en interés de la propia comunidad, y con el propósito de garantizar la paz social y el orden público; es el Estado quien asume la acción de la justicia. A decir de Da Costa Andrade, *MERECIMIENTO DE PENA Y NECESIDAD DE TUTELA PENAL COMO REFERENCIAS DE UNA DOCTRINA TELEOLÓGICO-RACIONAL DEL DELITO*. Pág. 155 (dentro de la obra *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, libro homenaje a Claus Roxin) “En sentido convergente, define GALLAS como *Strafwürdig* “aquel comportamiento antisocial tan peligroso y reprochable y tan intolerable como ejemplo, que para defensa de la sociedad aparece como necesaria y ajustada una reacción como la pena, el medio más drástico de coerción estatal y la expresión más fuerte de censura social”.

### **III.1. Derechos de la Víctima**

Desde que el Estado se hace cargo de procesar y sancionar a los delincuentes, éste debe garantizar a la víctima un mínimo de condiciones que permitan su recuperación moral y material:

#### **a) Elementos de la Reparación Moral**

a.1. Objetivar la acción de la justicia a través de la sanción al delincuente.

(QUE SE HAGA JUSTICIA).

a.2. Resguardar la dignidad de la víctima, durante el proceso.

(RESPECTO AL AGRAVIADO).

a.3. Evitar que se prolonguen las aflicciones de la víctima, abreviando la duración del proceso.

(CELERIDAD).

#### **b) Elementos de la reparación material**

b.1. Indemnización por daño psicológico (moral)

b.2. Indemnización por daño físico (personal)

b.3. Indemnización por daño patrimonial (económico)

Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas adoptó en la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985 en la **Resolución N° 40/34**, la primera declaración sobre la protección a la víctima, la **“Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”**.

*1. Acceso a la justicia y trato justo: expresa que las víctimas serán tratadas con compasión y respeto a su dignidad. Además, la amplitud conceptual referida de víctima conlleva la superación de los paradigmas del proceso penal para facilitar el acceso y permitir el pago por los daños y perjuicios ocasionados por la existencia de un hecho delictivo.*

*Por otro lado, plantea que los procesos judiciales y administrativos se deberán adecuar a las necesidades de la víctima, lo que comprende:*

- a) informar del papel y alcance de lo que es ser víctima, sus derechos, la marcha de las actuaciones y decisiones;*
- b) dar espacio a las opiniones de las víctimas en las etapas que correspondan;*
- c) prestar asistencia apropiada durante el proceso judicial;*
- d) proteger su dignidad, minimizar molestias, garantizar su seguridad, el de la familia y testigos a su favor contra intimidaciones y represalias;*
- e) garantizar justicia pronta **sin dilaciones** y **ejecutar la decisión jurisdiccional**.*

*También prevé la inclusión de mecanismos sencillos y distintos a la aplicación de una pena para solucionar controversias a fin de facilitar la conciliación y reparación.*

*2. Resarcimiento e Indemnización: comprende el pago que el reo, condenado o el Estado debe realizar en favor de la víctima como consecuencia de los daños físicos, psíquicos, patrimoniales o culturales producidos por la acción u omisión tipificada como delictiva y por los perjuicios provocados.*

*3. Asistencia: mediante la cual se obliga al Estado a prestar o promover asistencia necesaria a las víctimas, ya sea por medios gubernamentales, privados, comunitarios o autóctonos.*

*También propone capacitación a los sujetos intervinientes en un proceso judicial (jueces, policías y fiscales) para dar atención debida a la víctima, de manera que se garantice una ayuda apropiada y rápida.*

- La Corte Constitucional de Colombia –preclara en conceptos y definiciones– en la **Sentencia C-277/98**, emitió el siguiente **discernimiento**:

**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN PROCESO PENAL/DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE LOS DELITOS.**

*Los derechos de las víctimas del proceso penal y, en particular a la indemnización de perjuicios, no son sólo una manifestación de los derechos de justicia e igualdad sino que se constituyen también en una expresión de los deberes constitucionales del Estado. “(...)*

*Dentro de la concepción de Estado social de derecho, que reconoce como principios esenciales la búsqueda de la justicia y el acceso a la misma, el derecho procesal penal no sólo debe operar, como manifestación del poder sancionador del Estado, a favor del inculcado, sino que debe procurar también por los derechos de la víctima. Debe entonces –el proceso penal– hacer compatibles los intereses de ambos sujetos procesales, pues, el perjudicado con el delito no puede convertirse en una pieza suelta e ignorada por la política criminal del Estado ya que, como se ha explicado, los derechos de los sujetos procesales constituyen valores y principios reconocidos por la Constitución Política.*

- Revisando la legislación comparada, el Código Procesal Penal de Nicaragua otorga en el artículo 110 diversos derechos a las víctimas, los que podrá ejercer por sí o con auxilio de abogado:

1. *Derecho de información;*
2. *Derecho de petición y audiencia;*
3. **Derecho de protección;**
4. **Derecho de intervención;**
5. *Derecho de probar;*
6. *Derecho a impugnar;*
7. *Derecho de reparación;*
8. *Los demás derechos que otorguen otras leyes.*

**III.2. La dimensión plural del Derecho a un proceso sin dilaciones**

Conforme al principio de igualdad ante la Ley, el Estado también tiene obligaciones garantistas para con el procesado; entre muchas otras

desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, se menciona especialmente, al **proceso sin dilaciones indebidas**.

Precisando el uso de términos, la legislación comparada y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, también reconocen esta garantía bajo el *nomen juris* de “**plazo razonable**” de duración del proceso. A decir de Fernández Viagas Plácido. - El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. (Ed. Civitas S.A. Madrid-España 1994. Pg. 77) “¿Cómo precisar la Razonabilidad de un plazo? Se trata de un concepto ambiguo en sí mismo, apreciable solamente en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.” El **Tribunal Constitucional de España en la SC 5/1985 expresa sobre el vocablo**: “*Este concepto (...) es un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico*”.

**A) La legislación internacional** y extranjera –en particular–, sobre derechos humanos, también incorpora el derecho a un proceso sin dilaciones.

#### **A.1) Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Artículo 8.1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

#### **A.2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Artículo 14.3. “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c. A ser juzgada sin dilaciones indebidas”.

**A.3)** Se cita como paradigma la **Constitución de los EEUU** (*speed trial*): “**In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted**

**with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.” Sexta enmienda.-** “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a un **juicio rápido** y público por un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley, y de ser informado de la naturaleza y causa de la acusación y ser confrontado con los testigos en su contra, tener un proceso obligatorio para obtener testigos a su favor, y tener la asistencia de abogado para su defensa. “

#### **A.4) Constitución Política de ITALIA**

Artículo 111.- La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley. Todo juicio se desarrollará mediante confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una **duración razonable** garantizada por la ley.

#### **A.5) Constitución Política de MEXICO**

Artículo 16. Párrafo 3º.- La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, **sin dilación alguna** y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

#### **A.6) Constitución Política de CHINA**

Artículo 135.- Al tratar los casos criminales, los tribunales populares, las fiscalías populares y los organismos de seguridad pública deben dividirse el trabajo y la responsabilidad, coordinar entre sí sus esfuerzos y efectuar un control mutuo para asegurar la **aplicación justa y efectiva de las leyes**.

#### **A.7) Constitución Política de TURQUÍA**

Artículo 141. Court hearings shall be open to the public.(...).Special provisions shall be provided in the law with respect to the trial of minors.

It is the duty of the judiciary to conclude trials as quickly as possible and at the minimum cost. Es deber del órgano judicial que la **conclusión de los litigios sea rápida** y con el costo mínimo.

### **A.8) Constitución Política de COLOMBIA**

Artículo 29º.- (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público **sin dilaciones injustificadas**; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

### **A.9) Constitución Política de VENEZUELA**

Artículo 26º.- (...) Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a **obtener con prontitud la decisión correspondiente**. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, **sin dilaciones indebidas**, sin formalismos o reposiciones inútiles.

**B) La Jurisprudencia comparada** ha desplegado importantes precedentes y líneas jurisprudenciales sobre el derecho a ser procesado sin dilaciones indebidas.

### **B.1) Jurisprudencia de Tribunales Internacionales**

#### **B.1.1) Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

**CASO Stögmüller C. AUSTRIA**, (*Solicitud N° 1602/62*), ESTRASBURGO 10 de noviembre de 1969.

#### **“DERECHO**

1. La pregunta planteada en el caso Stögmüller en la parte que la Comisión declaró admisible, una cuestión que corresponde al Tribunal decidir: si la detención de la demandante se prolongó más allá del plazo razonable en el marco del Artículo 5, apartado 3 (art. 5-3) de la Convención.

2. El apartado 3 del artículo 5 (art. 5-3), “toda persona arrestada o detenida en conformidad con el párrafo 1 (c) (art. 5-1-c)” (...) tiene el derecho, incluyendo “**a ser juzgado dentro de un plazo razonable** o puesta en libertad antes del juicio”, la liberación puede estar” sujeta a las garantías de comparecencia a la audiencia.

(...)

4. (...) sin embargo, implica claramente que la persistencia de la sospecha no es suficiente para justificar, después de cierto tiempo, una prórroga de la detención. **Se requiere que no exceda de un plazo razonable. Pero todo el mundo reconoce la imposibilidad de traducir este concepto en un número fijo de días, semanas, meses o años o períodos que varían en función de la gravedad de la ofensa.”**

### **B.1.2) Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

**Caso “Firmenich”** (Vs. Argentina), Informe del 13 de abril de 1989 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (previamente analizado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, citado también más adelante): Si bien este informe se refiere a la duración del plazo de la prisión preventiva, es aplicable también al caso de estudio del presente trabajo, y es remarcable la adopción, en el sistema interamericano, de la doctrina del TEDH, así la Comisión **estableció que el plazo razonable no puede establecerse con precisión absoluta**, es decir que no puede medirse en unidades de tiempo (días, semanas, meses, años), sino que **debe considerarse, caso por caso**, a partir de los siguientes factores: duración efectiva de la detención, gravedad de la infracción, complejidad del caso, asimismo es importante señalar que de la doctrina que surge del presente informe, puede concluirse que **un plazo puede exceder el máximo legal establecido para el mismo, y sin embargo seguir siendo razonable**, en virtud de los indicadores señalados.

### **B.1.3) Corte Interamericana de Derechos Humanos**

**Caso “Genie Lacayo Vs. Nicaragua”**, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de enero de 1997: Si bien en este caso se discute el derecho de la víctima del delito a la razonable duración del proceso penal, es interesante destacar que la Corte **adoptó la tesis del “no plazo”**, estableciendo como criterios de razonabilidad, siguiendo al TEDH, la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

**Caso “Suárez Rosero Vs. Ecuador”**, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 de noviembre de 1997: aquí la Corte, siguiendo nuevamente al TEDH, estableció que el tiempo del proceso era aquel

que estaba encerrado entre la detención del imputado, primer acto del procedimiento, y el pronunciamiento de sentencia definitiva de la última instancia, y **adoptó una vez más la tesis del “no plazo”**, junto con los tres criterios apuntados en el caso “Genie Lacayo”.

## **B.2) Tribunales Estatales**

### **B.2.1) Tribunal Constitucional de España**

#### **Número de referencia: 5/1985 (SENTENCIA)**

##### **“II. Fundamentos jurídicos**

**3. (...)** No ofrece duda que la doctrina jurisprudencial es inequívoca en cuanto a la constitucionalización del **derecho a un proceso sin dilaciones** indebidas, en todos los órdenes jurisdiccionales. (...)

**4. (...)** El TEDH ha conocido, ciertamente, de casos penales, y con mayor frecuencia, de acusaciones de vulneración del derecho al proceso en un tiempo razonable, en los que el recurrente había sufrido prisión (entrando también en cuestión, el art. 5 del Convenio), y es principalmente, respecto de procesos de esta naturaleza donde ha elaborado los criterios que sirvan para concretizar, en cada caso, la indeterminación del concepto de «**plazo razonable**», que utiliza el texto del Convenio, y que nuestra C.E. denomina «sin dilaciones indebidas».

**5.** Hasta ahora hemos tratado de la primera de las interrogantes que nos planteábamos en el fundamento primero. La cuestión siguiente es qué quiere decirse bajo la expresión «sin dilaciones indebidas», utilizada en el art. 24.2, (...)

Lo primero es analizar si nuestra Constitución ha introducido una definición de mayor rigor que la del texto europeo (art. 6.1 ), y en esta línea de análisis, los mismos precedentes jurisprudenciales a los que nos referido antes (las Sentencias de este TC de 14 de julio de 1981, 13 de abril de 1983 y 14 de marzo de 1984), nos llevan a la idea de que el concepto del art. 24.2 (dilaciones indebidas) no se identifica con la sola retardación o detención, medida acudiendo a los plazos que para la realización de actos del proceso, o para el conjunto de los que integran una instancia, puedan estar establecidos en las reglas que organizan el proceso. Por dilación indebida no se está diciendo cosa distinta de lo que dice el art. 6.1 de la Convención Europea y de lo que desde la

afirmación de este precepto ha señalado el TEDH. El art. 24.2 **no ha constitucionalizado el derecho a los plazos; ha constitucionalizado, configurando como un derecho fundamental, con todo lo que esto significa, el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable.**”

### **B.2.2) Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina**

**Caso “Berel Todres”** del 11 de noviembre de 1980: En este caso, la CSJN establece precisiones a la doctrina de “Mattei”, refiriéndose por primera vez a la actitud del imputado en el proceso penal, al afirmar que **la celeridad en los procesos penales es sólo aquella que sea posible y razonable**, de modo que, como derecho de altura constitucional, ella no se ve perjudicada si la duración excesiva se debe a “la deducción por las partes de recursos manifiestamente inoficiosos”.

**Caso “Firmenich”** del 28 de julio de 1987: Si bien este caso se refiere a los alcances del significado de “plazo razonable” de la prisión preventiva, ya hemos advertido sobre la estrecha vinculación que existe entre este plazo y el plazo de duración del proceso. Aquí la CSJN al interpretar el significado del derecho en cuestión, recurre a la jurisprudencia del TEDH, y citando alguno de los precedentes de aquél Tribunal referidos a este punto (“Neumeister”, “Stögmüller” y “Ringelsen”), se enrola en la **teoría del no plazo**, ya explicitada *ut supra*, manifestando que **el plazo razonable no se podía traducir en un número fijo de días, semanas, meses o años**, sino que debía examinarse esa razonabilidad a través de la confrontación de las circunstancias del caso con criterios determinados: la gravedad del hecho, sus características, las condiciones personales del imputado.

### **B.2.3) Corte Constitucional de Colombia**

#### **Sentencia No. T-546/95**

#### **MORA JUDICIAL-Naturaleza**

*“Una de las fallas más comunes y de mayores efectos nocivos en la administración de justicia es, precisamente, la mora en el trámite de los procesos y en la adopción de las decisiones judiciales, la cual en su mayor parte es imputable a los jueces. La mora judicial no sólo lesiona gravemente los intereses de las partes, en cuanto conlleva pérdida*

*de tiempo, de dinero y las afecta psicológicamente, en cuanto prolonga innecesariamente y más allá de lo razonable la concreción de las aspiraciones, y los temores y angustias que se derivan del trámite de un proceso judicial, sino que las coloca en una situación de frustración y de desamparo, generadora de duda en cuanto a la eficacia de las instituciones del Estado para la solución pacífica de los conflictos, al no obtener la justicia pronta y oportuna que demanda. La mora injustificada afecta de modo sensible el derecho de acceso a la administración de justicia, porque éste se desconoce cuando el proceso no culmina dentro de los términos razonables que la ley procesal ha establecido, pues una justicia tardía, es ni más ni menos, la negación de la propia justicia. La mora judicial constituye una conducta violatoria del derecho al debido proceso. (...)*

#### **MORA JUDICIAL-Justificación**

*En cuanto al tema de la justificación de la mora judicial, ésta sólo es legítima frente a la presencia de situaciones procesales, sobrevinientes e insuperables, no obstante una actuación diligente y razonable. La diligencia en el ejercicio de la actividad judicial es un postulado constitucional y su omisión sólo puede justificarse cuando median circunstancias de tal magnitud que, a pesar de la diligente y razonable actividad del juez, no son posibles de superar, de modo que a pesar de la actitud diligente y del deseo del juzgador los términos legales para impulsar el proceso y decidir en oportunidad se prolongan en el tiempo”.*

#### **B.2.4) Corte Suprema de EE.UU.**

**Barker v. Wingo, 407 US 514 (1972) Barker v. Wingo, 407 EE.UU. 514 (1972)**

“El Peticionario no fue sometido a juicio por el asesinato sino hasta más de cinco años después de haber sido arrestado, durante los cuales la fiscalía obtuvo numerosos aplazamientos (..)

(...)

Por último, y quizás lo más importante, **el derecho a un juicio rápido** es un concepto más vago que otros derechos procesales. (It is, for example, impossible to determine with precision when the right has been denied...) por ejemplo, resulta imposible determinar con precisión cuando el derecho ha sido negado. We cannot definitely say how long is

too long in a system where justice is supposed to be swift but deliberate. Nosotros definitivamente no podemos decir cuánto tiempo es demasiado largo en un sistema donde se supone que la justicia sea rápida,

(...)

**No encontramos ninguna base constitucional para sostener que el derecho de juicio rápido se puede cuantificar en un número determinado de días o meses.** The States, of course, are free to prescribe a reasonable period consistent with constitutional standards, but our approach must be less precise. Los Estados, por supuesto, son libres de fijar un plazo razonable de conformidad con las normas constitucionales, pero nuestro enfoque debe ser menos preciso.”

### **B.2.5) Sala Constitucional de Venezuela**

**Exp. No. 02-1809** 16 días del mes de Noviembre de dos mil cuatro.

“Con relación al planteamiento del solicitante, en cuanto a la presunta discrepancia entre el referido fallo del 22 de diciembre de 2003 y la sentencia No. 397 del 19 de marzo de 2004, advierte la Sala, que cada uno de ellos juzga sobre pretensiones disímiles. En la sentencia número 3744, como se apuntó, la Sala interpretó el contenido y alcance de los artículos 26 y 49.3 de la Constitución “*con relación a las dilaciones judiciales del proceso penal, en particular, las que ocasiona la realización de la audiencia preliminar con multipartes*”. Por su parte, en la número 397, conociendo en consulta confirmó la inadmisibilidad de la acción de amparo propuesta por la defensa, entre otros, de los ciudadanos Abel Rodney Alvarado Rodríguez y Favio José Pérez Hernández, y, para ese caso en concreto, por orden público constitucional instó al Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas, a realizar las diligencias necesarias para designar a los escabinos y constituir el tribunal mixto, a fin de la celebración del juicio oral y público”.

### **DECISIÓN**

“Por las razones que han sido expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, dicta los siguientes pronunciamientos:

1.- **REITERA** el carácter vinculante de la doctrina contenida en el fallo 3744, dictado por la Sala el 23 de diciembre de 2003, **con relación**

**a las dilaciones judiciales del proceso penal**, particularmente, las ocasionadas con la constitución del tribunal mixto con escabinos.

2.- **ORDENA** remitir copia certificada del presente fallo a los Presidentes de los Circuitos Judiciales Penales de todas las Circunscripciones Judiciales de la República, a fin de la correspondiente notificación a los jueces de instancia que conforman el respectivo Circuito Judicial Penal, de la obligación de dar estricto cumplimiento a la doctrina de esta Sala.

-Publíquese y regístrese. Remítanse las copias certificadas ordenadas. Cúmplase lo ordenado.

-Dada, firmada y sellada, en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los: 194° de la Independencia y 145° de la Federación”.

### **B.2.6) Tribunal Constitucional de Bolivia**

#### **SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0101/2004 de, 14 de septiembre de 2004**

“Lo señalado concuerda con lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que considera que el concepto de “plazo razonable” al que hace referencia el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe medirse de acuerdo a los siguientes criterios: “...la complejidad del litigio, la conducta de los demandantes y de las autoridades judiciales y la forma cómo se ha tramitado la etapa de instrucción en el proceso” (Informe 43/96. Caso 11.430, 15 de octubre de 1996, punto 54, Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Este también es el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha señalado en reiterados fallos que, para considerar la duración razonable de un proceso penal, debía considerarse la complejidad del caso, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

Esta doctrina ha sido asumida por el Tribunal Constitucional de España que entre los criterios para establecer el derecho a tener un proceso sin dilaciones indebidas, ha considerado a “...las circunstancias del proceso, su complejidad objetiva, la duración normal de procesos similares, la actuación procesal del órgano judicial en el supuesto concreto y

la conducta del recurrente al que le es exigible una actitud diligente...” (Sentencia 313/1993).

Resulta claro que en el marco de nuestra legislación, que a diferencia de las líneas arriba aludidas, ha establecido un plazo máximo general para la conclusión de los procesos tanto del régimen anterior como del establecido por la Ley 1970, no es posible considerar factores como la complejidad del asunto y sus circunstancias, que han sido asumidas dentro del plazo global establecido, sino la actuación del Ministerio Público (en los Actos Iniciales y la Etapa Preparatoria), del órgano judicial y la conducta del imputado o procesado.”

Vale la pena resaltar la coincidencia del mismo derecho para el encausado y para la víctima, la “*justicia pronta sin dilaciones*”; ambas partes en condiciones disímiles pero con idéntica facultad, pueden exigir a las autoridades el desarrollo raudo de un proceso efectivo. Es más, existen situaciones en las que el derecho a *la justicia pronta* debe relegar los intereses del encausado y de la propia víctima, en beneficio de intereses superiores, tales como el *ivi maraei* (tierra sin mal), armonía, equilibrio y la justicia social (art. 8.I y II CPE). Así también se ha entendido en la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (Caso Barker vs Wingo, –ya citado–) “*El derecho a un juicio rápido es genéricamente diferente de cualquiera de los demás derechos consagrados en la Constitución para la protección de los acusados. In addition to the general concern that all accused persons be treated according to decent and fair procedures, there is a societal interest in providing a speedy trial which exists separate from, and at times in opposition to, the interests of the accused. Además de la preocupación general de que todos los acusados sean tratados con arreglo a los procedimientos decentes y justos, hay un interés social en la prestación de un juicio rápido que existe independiente de y, a veces en oposición a los intereses del acusado.*”

### **III.3. Los principios como disposiciones ordenadoras, implícitas en cualquier norma sustantiva y adjetiva**

Los derechos colectivos, como la Paz Social y Seguridad Pública están implícitamente contemplados en nuestra Constitución, así se tiene

de la lectura de los art. 8.I y II: *sumaj qamaña*, ñandereco, *ivi maraei*; *armonía, bienestar común, vivir bien*; también debemos observar los deberes colectivos como el art. 178.I: *...la potestad de impartir justicia emana del pueblo...*; y el 225.I referido al Ministerio Público: *...Defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad y ejercerá la acción penal pública.*

Debe también citarse el principio ético moral del *ama quilla* –no seas flojo– directamente relacionado con los principios generales de la administración de justicia, como la *probidad, la celeridad, el servicio social* y los principios básicos de la jurisdicción ordinaria, como la *eficacia, eficiencia e inmediatez*. Directrices normativas que tienen que asumir todos los jueces y fiscales del Estado de Derecho Plurinacional Comunitario, debiendo los profesionales abogados –como servidores de la Ley– contribuir a su cabal observancia.

Según la definición de Celso Antonio Bandeira citado por Durán Ribera Willman. Principios, Derechos y Garantías Constitucionales. Ed. Tribunal Constitucional. Sucre-Bolivia 2006. Pg. ...), principio es el “*mandato nuclear de un sistema, verdadero cimiento del mismo, disposición fundamental que se irradia sobre diferentes normas constituyendo su espíritu y sirviendo como criterio para su exacta comprensión e inteligibilidad, exactamente por definir la lógica y la racionalidad del sistema normativo, en cuanto le confiere la tónica y el sentido armónico. Es el conocimiento de los principios que preside la intelección de las diferentes partes componentes del todo unitario que tiene por nombre sistema jurídico positivo*”.

La unidad ontológica que es la Constitución, está cohesionada por las normas primarias –valores y principios– que actúan como uniformadoras e informadoras del sistema dispositivo constitucional, y debido al carácter fundamental de las normas constitucionales, estas directrices también se transmiten al resto del derecho, positivo y consuetudinario. A partir de estos criterios, se puede dimensionar en la medida correcta la incidencia de los principios en nuestro sistema normativo. Está ínsita la necesidad de considerar –*prima fase*– el contenido de las normas primarias, para entender el contenido del derecho y plantear válidamente su interpretación.

Estas directrices amplias, pueden estar explícitas o entenderse entre líneas, ya que su contenido puede deducirse de las propias normas que impregna; así se entiende que la irradiación al plexo normativo del Estado, deba darse desde el sitial más elevado del ordenamiento jurídico, mostrándose primero como parte de la Constitución, y ratificando su vocación de primacía jerárquica, se presenta en el contenido constitucional, como parte de las normas primarias.

Reafirmando lo dicho, FROTA ARAÚJO, Francisco Regis. Los Principios Constitucionales. *Memoria de V Seminario Internacional de Justicia Constitucional*. Sucre-Bolivia 2001. Pág. 186. Citando a BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Elementos de Derecho Administrativo. Expresa: “Los principios generales del derecho, entonces, son el origen, el fundamento del derecho, y por lo tanto deben estar dotados de generalidad, para poder abarcar a todo el ordenamiento jurídico, pues son su base. En consecuencia, estos principios, al constituirse en formulaciones amplias, no siempre estarán expresados positivamente y si lo están, tendrían que ubicarse en el sector del ordenamiento jurídico donde se formulan las proposiciones más abstractas, esto es en la Constitución Política del Estado.

#### **III.4. Demora estructural (extraordinaria)**

Se deben asumir las crisis institucionales por las que ha atravesado el Estado Boliviano como “hechos notorios”, conflictos que han dejado acéfalos muchos tribunales del Poder Judicial, llegando a mermar en sumo grado las labores de la jurisdicción ordinaria y hasta a suprimir la jurisdicción constitucional. Como respuesta a este “estado de necesidad”, se emitió la Ley 3/2010 de 13 de febrero y el Decreto Supremo 432 de 17 de febrero de 2010. La realidad es que el incremento de causas, la ausencia de jueces, el cambio de sistema normativo, la transición constitucional, la situación política y social de nuestro país, ha influido negativamente en el funcionamiento del sistema de justicia; a la habitual demora por cuestiones de origen interno en los tribunales de instancia, se sumaron otros factores exógenos que ahondaron el problema de retardación de justicia.

Se reconocen entonces variables externas e internas que pueden modificar la normalidad en el sistema de administración de justicia, al

respecto, expresa Fernández-Viagas B. Plácido en su obra *“EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS”*. Ed. CIVITAS S.A. Madrid –España 1994. Pg.107. *“Se trata de una cuestión detenidamente analizada por el THDH que distingue según encontrare su origen en razones estructurales o de carácter meramente coyuntural. (...) parecen haberle merecido mayor atención los supuestos en que el problema ha alcanzado niveles ‘estructurales’.”*

Está claro que la crisis institucional del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional –anteriores–, obedece a razones estructurales, es decir, que sus secuelas alcanzan a todo el sistema de justicia –incluyendo a órganos coadyuvantes como el Ministerio Público, y las Defensorías–; en este escenario, no se puede obviar a los demás afectados, se tiene que buscar una solución integral. A decir del recién citado Magistrado del tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Fernández-Viagas, Pg. 115): *“(...) sería absurdo intentar subsanar aisladamente, por vía de ejecución de sentencia individual, lo que tiene su origen y se manifiesta en la generalidad de las instancias judiciales de ese país. (...) No podemos olvidar que la infracción del “plazo razonable”, en los casos que estamos estudiando, pone de relieve una situación que afecta no solamente al litigio que hubiere motivado la acción, sino a todo o a una parte importante del sistema judicial de determinado país. Por tanto, en este caso no cabe un enfoque meramente individual del problema.”* (se insertaron negrillas).

### **III.5. La interpretación del Código de Procedimiento Penal boliviano**

A riesgo de ser reiterativo, se reafirma que la CPE actual otorga mayor relevancia al principio de eficacia –art. 178.I CPE–, priorizando la protección de bienes jurídicos universales y colectivos; trátase entonces de seguir el rumbo fijado por la Ley de Leyes que no admite ningún “régimen de inmunidad” (art. 112 *in fine* CPE) y naturalmente que tampoco admitiría ningún medio que permita burlar la acción penal y la sanción justa. Otra loable innovación de la actual Ley Fundamental, es el reconocimiento constitucional de los derechos de la víctima, aspecto que compromete al Estado a resguardar la dignidad y los intereses de

quien sufriera agravios por el delito. En este nuevo contexto deben interpretarse las normas del Código de Procedimiento Penal:1

- El art. 133 fija el término fatal de tres años para la duración máxima del proceso, adscribiéndose aparentemente en la doctrina del “plazo razonable” –en consonancia del derecho “al cumplimiento efectivo de los plazos”– sustentada entre otros por (Pastor Daniel. EL plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Ed. Ad Hoc S.R.L. Buenos Aires-Argentina 2002). El cometido de esta norma debe entenderse a partir de una visión sistemática simple, así, corresponde al Libro Tercero (Actividad Procesal) y al Título IV (Control de la Retardación de Justicia), entonces, su propósito está dirigido a materializar el derecho de las partes a un proceso sin dilaciones indebidas.

- El art. 131 último párrafo, prevé la suspensión de los plazos –por vacación judicial y por circunstancias de fuerza mayor–, nuevamente en el enfoque sistemático, esta norma está dentro del Libro Tercero, en el Título III (Plazos), precediendo e incorporando en sus postulados genéricos al art. 133. Con esta perspectiva completa, se entiende que la legislación boliviana, también se circunscribe dentro de la jurisprudencia y la doctrina internacional imperante, en la teoría del “no plazo”.

- Esta comprensión del sistema normativo de la Ley 1970, se complementa con el art. 11 –CPP– que se encuentra en el LIBRO PRIMERO (PRINCIPIOS Y DISPOSICIONES FUNDAMENTALES), TITULO I (GARANTIAS CONSTITUCIONALES), bajo el epígrafe (Garantías de la víctima); artículo que determina la intervención de la víctima en todo el proceso y especialmente ante la extinción de la acción penal.

Condensando las ideas desarrolladas, se debe concluir que nuestro sistema jurídico acoge mejor la teoría del plazo indeterminado sobre la conclusión del proceso: **a)** tomando en cuenta la jerarquía de las normas constitucionales, las primarias (valores, principios y fines –ya desarrollados–) que contrastan con un elemento de la garantía del debido proceso (justicia sin dilaciones); **b)** bajo la interpretación sistemática y teleológica del CPP, que establece un plazo promedio razonable para culminar el proceso (art.133), lapso que puede ser ampliado por efecto de la suspensión debidamente fundada (art. 131), además, del principal propósito de la acción penal, que se haga justicia para la víctima y para el encausado; **c)** contraponiendo los principios de celeridad con el de

eficacia, y el derecho a un pronto proceso con los derechos de la víctima y la mácula de la impunidad.

Con atinado criterio sobre la cuestión del plazo razonable, los Drs. Petracchi y Boggiano –entonces– miembros de La Suprema Corte de la Nación Argentina, en el caso “**Kipperband**” del 16 de marzo de 1999, en la segunda disidencia realizada, reconocieron que: **“corresponde al legislador la fijación del plazo y a los jueces controlar su razonabilidad”**.

Cuando el Art. 27.10 conc. 133 ambos del CPC, establece otro “motivo” de extinción de la acción penal –el plazo máximo de duración del proceso– como una medida para evitar la retardación de justicia, **lo hace en beneficio de ambas partes** (víctima y procesado), buscando que el tedioso trámite procesal culmine rápidamente y sin mayores dilaciones.

No obstante de lo expuesto, la interpretación de estas normas a partir de la jurisprudencia citada -SSCC 101/204 de 29 de septiembre, 1036/2002 de 29 de agosto y 33/2006 de 11 de enero- **no coinciden con el equilibrio creado por la Ley**. Se pasa a explicar; la inoperancia de las autoridades se considera erróneamente –en nuestra jurisprudencia constitucional– como favorable para el encausado, consintiendo que la negligencia del Juez o del Fiscal, le beneficie unilateralmente. Bajo este criterio, al permitir la extinción de la acción penal, se quiebra la eurtimia procesal sesgándose en beneficio del procesado; en contrasentido se tiene a la víctima, –primariamente– al valor de la justicia, el principio y garantía de la igualdad ante la Ley, y los derechos del agraviado.

A partir del entendimiento cuestionado, la víctima –nuevamente– es lesionada en sus derechos, esta vez por la incapacidad del Estado personificado en sus representantes (Juez y Fiscal), puesto que, al liberar de proceso y sanción al supuesto delincuente, **la que fuera pensada como medida idónea para evitar la retardación de justicia, se trastoca –perniciosamente– en un nocivo artilugio de impunidad**.

No debe malentenderse la garantía del debido proceso sin dilaciones, tanto el encausado como la víctima pueden exigir la duración mínima del juicio, empero **este derecho y garantía procesal, no puede obstruir la objetivación de bienes jurídicos superiores**, los derechos colectivos y los derechos de la víctima; la interpretación debe

necesariamente concurrir con ellos, lo contrario implicaría –un sentido normativo– generar un amplio derrotero hacia la impunidad.

Siguiendo la línea jurisprudencial previa, la SC 33/2006 de 11 de enero, expresa que: “(...) *quien demande la extinción de la acción penal, más allá del cumplimiento del plazo máximo previsto por Ley, debe demostrar inexcusablemente que la demora procesal es responsabilidad del órgano judicial y del Ministerio Público.*” Este entendimiento, considera el proceder de la autoridad judicial, del fiscal, e implícitamente la participación del encausado –que no debió dilatar el proceso–, empero, en este enfoque parcial, se excluye a la víctima; asombrosamente, **los requisitos y criterios para considerar la extinción penal por duración máxima del proceso obvian al sujeto agraviado por el delito.** Se atenta abiertamente contra el valor y principio de igualdad, imponiendo a la víctima, una carga ajena a su responsabilidad y hasta sancionándola por el incumplimiento de las autoridades –ajeno a su voluntad–.

Además de soportar que se limite su intervención, la víctima presencia –inerme– la evasiva a la justicia y es nuevamente agraviada por la impunidad.

#### **IV. LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA Y PREVISORA, COMPONENTES INDISPENSABLES PARA EL DERECHO PROCESAL**

Incentivado por jurisprudencias que ven en la dinámica jurídica la oportunidad de generar nuevos artilugios normativos –y novedosas interpretaciones– que posibiliten la solución de los conflictos jurídico-sociales, asumí la decisión de generar una propuesta ante el problema de la impunidad indirectamente generada por la cuestionada interpretación y aplicación de la “extinción de la acción penal por duración máxima del proceso”. Aunque el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades respecto a casos concretos, el tema sigue ampliamente abierto al debate académico; en ese entendido, el presente artículo esboza una elucubración –entre muchas– que podrían resultar útiles en la difícil tarea de impartir justicia.

El Profesor Peter Häberle Dr. Dr. h.c.; comentando “ El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos”, expresa lo siguiente: *“En las democracias jóvenes, se trata de que los tribunales constitucionales sean precursores y se ganen la confianza a través de resoluciones inteligentes, sobre todo ...En los casos de Hábeas Corpus y la Garantías del Due-Process (Debido Proceso),...(...) Pero, dentro del ámbito del estado de derecho -es decir, de los derechos fundamentales clásicos y de la democracia pluralista, esto es, de sus condiciones formales- los nuevos tribunales constitucionales deberían arriesgarse –desde el inicio– en el activismo del ejercicio judicial”*.

Ante la evidente perversión de una garantía procesal pensada para revertir la retardación de justicia y la excesiva mora procesal ante los tribunales; era necesario buscar una solución: La primera alternativa era acudir al politizado y burocrático Órgano Legislativo para solicitarle una reforma normativa (ampliar el plazo de duración –por lo menos para delitos graves–, dejar sin efecto el Art. 133 CPP, o incluir requisitos estrictos para solicitar la extinción por duración máxima); la segunda alternativa era generar una interpretación que impida el pernicioso uso de una garantía procesal, modulando entendimientos previos que incluyan una interpretación previsor y correctiva (crear una sub-regla jurisprudencial).

El caso se presentó cuando una mujer mestiza –con ascendientes indígenas– sometida a un proceso penal por tráfico de sustancias controladas (reincidente), pretendía extinguir el proceso en su contra planteando una Acción de Amparo Constitucional que obligue a las autoridades judiciales a beneficiarle con la “Extinción de la acción penal por duración máxima del proceso”; denunciaba que se vulneraban sus derechos a la libertad y dignidad.

(A continuación, se transcriben las partes principales de la Sentencia Constitucional)

**SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1907/2011-R de 7 de noviembre**

(...)

**I.2.4. Resolución La Sala Penal Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, constituida en Tribunal de garantías, mediante Resolución 93/2009 de 28 de septiembre, declaró “procedente**

*en parte” la acción de libertad sin disponer la libertad de la representada de la accionante, dejando sin efecto la Resolución 566/09 de 3 de septiembre de 2009, debiendo los Vocales de la Sala Penal Primera, dictar nuevo Auto de Vista, en el cual fundamenten y motiven señalando porqué aplicaron determinada línea jurisprudencial, a que sentencia constitucional se refirieron cuando confirmaron la Resolución 70/09, mediante Resolución 566/09. Asimismo se dispone que la presente Resolución sea remitida en consulta ante el Tribunal Constitucional con el fundamento que: a) Los demandados al sustentar su decisión, mencionan una resolución constitucional sin precisar cuál sería dicha sentencia constitucional, b) Asimismo, el art. 239 núm. 1) y 3) del CPP se refieren a dos situaciones distintas; y, c) La resolución emanada debe mencionar las razones que ha llevado al juzgador a tomar una decisión determinada, aspecto que en la Resolución emanada por los demandados se encuentra desprovista.*

(...)

### **III.3. Los delitos contra la humanidad y su imprescriptibilidad**

*Previamente a desarrollar el análisis del caso en estudio, cabe referirse al art. 111 de la CPE, que a la letra señala: “Los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, crímenes de guerra son imprescriptibles”. El Artículo 112. Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad. Así también, el art. 324 de la CPE, estableció que: “No prescribirán las deudas por daños económicos causados al Estado”. Por otro lado, el art. 145 de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (1008), señala: “COORDINACION Y COOPERACION INTERNACIONALES: Siendo el narcotráfico un delito transnacional de “lesa humanidad” y contrario al derecho internacional, el Consejo Nacional Contra el Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas coordinará sus acciones con entidades públicas y privadas extranjeras, así como con Gobiernos y Organismos internacionales. Asimismo, de acuerdo con los intereses del Estado y para el cumplimiento de sus fines podrá solicitar asesoramiento y colaboración de entidades públicas y privadas, empresas extranjeras, Gobiernos y entidades internacionales*

*para lograr una acción conjunta y eficaz, en cumplimiento de convenios internacionales y en el marco de la Constitución Política del Estado”. (Se añadieron negrillas) La propia Constitución Política del Estado asume la imprescriptibilidad de ciertos delitos, los de lesa humanidad y los que causen daño económico al Estado, es decir, que actualmente, existe concordancia y correspondencia entre los arts. 111, 112 y 324, CPE, y el art. 145 de la LRCSC (1008).*

*La actual Constitución no solo reitera el instituto de la imprescriptibilidad como garantía procesal para garantizar la acción de la justicia y evitar la impunidad, sino que la amplía a otros ámbitos, como el daño económico, en ambos casos, las víctimas y los bienes jurídicos tienen como titulares a colectivos sociales que detentan bienes jurídicos como la dignidad humana y el interés público.*

*Desde la nueva visión constitucional, existen delitos cuya inicuidad merece un tratamiento específico, respeto a la variable “tiempo”, por una parte, se prevé que a estos ilícitos no les afecte el transcurso del tiempo, y por otra, que en ningún caso pueda admitirse su impunidad. Estas premisas se aplicarán al caso concreto, limitando los beneficios procesales para el encausado y ampliando las formas y plazos para los tribunales de justicia. Todo delito de lesa humanidad, ofende la dignidad inherente al ser humano, sintiéndose toda persona agraviada frente a este tipo de ilícitos que afecta a la humanidad en su conjunto.*

*Al referir delitos de lesa humanidad, precisamente por la naturaleza especial de los mismos, es necesario considerar al destinatario de su protección, que es el capital intangible de todo Estado —el ser humano—, de ahí, que las medidas para precautelar su dignidad, son y deben ser, en sumo grado, mayores que las asumidas para lograr el bienestar económico de la población. En ese sentido, al existir normas de carácter internacional, que deben ser cumplidas por todo Estado de Derecho y más aún por un “Estado Constitucional de Derecho”, se deben aplicar en su economía jurídica, criterios rectores internacionales tendentes a unificar la lucha incesante contra los delitos de lesa humanidad.*

*Así, se debe considerar el principio de inexorabilidad temporal del juicio y de la sanción penal a los responsables de crímenes contra el derecho internacional de los derechos humanos, llegando a colegir que*

*no puede existir barrera temporal alguna para llevar a cabo la persecución penal contra los autores de delitos de lesa humanidad. Esto tiene su razón de ser; ya que la gravedad de las conductas que integran los llamados crímenes contra el derecho de gentes, la lesión que supone agravio a toda la humanidad en su conjunto y el interés de la comunidad internacional en la persecución penal de esos crímenes; no es compatible con la posibilidad de que el autor de un ilícito semejante pudiera estar exento de responder penalmente por un acto que conmueve los principios más elementales de humanidad, sea bajo el rótulo de prescripción o extinción, logrando en los hechos la impunidad.*

*En ese entendido, los Estados deben aplicar las normas más favorables a los derechos humanos, lo que significa que el bien jurídico protegido a través de las normas ordinarias –en el caso nuestro Ley del Régimen de Coca y Sustancias Controladas– es la vida digna, seguridad y la salud pública, que constituyen bienes comunes esenciales para la convivencia humana, y cuyo referente constitucional se cristaliza en el contenido previsto en los arts. 22, 35.I y 37 de la CPE, en torno a la cualidad moral del ser humano y su derecho a la salud. En este orden de ideas, la regulación de tales conductas por la ley penal –en el caso boliviano la Ley 1008–, tiene su fundamento en la necesidad de amparar bienes jurídicos del peligro –y la ulterior lesión– que implica el tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Así, la noción de salud pública hace referencia, según la Constitución en la parte referida, al concepto de vida, siendo ambas objeto de tutela por parte del Derecho Constitucional. Los delitos de narcotráfico, para que sean catalogados dentro de la esfera de delitos de lesa humanidad, deben ser agresiones generalizadas u ordenadas contra una población civil, ó, actos inhumanos que causen grandes sufrimientos. Así, el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional en el art. 7.k) al señalar que: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.*

*De lo señalado precedentemente cabe precisar que, al causar un gravísimo daño a la salud física y moral de la sociedad civil, aparte de poner en peligro y afectar en realidad la seguridad ciudadana por las violentas secuelas que del tráfico de sustancias prohibidas, a tal punto de comprometer la seguridad del Estado, ya que las inmensas sumas de dinero provenientes de esa industria criminal otorgan –a los narcotraficantes– un poder tan ilegítimo como peligroso, capaz de infiltrar las instituciones del Estado. Pierde interés que el territorio del Estado, sea solo puente de narcóticos prohibidos, productor de materia prima, productor de estupefacientes, comercializador, o consumidor, porque aún en el primer caso, se ha establecido que de allí se pasa siempre a circunstancias más lesivas como ser un Estado consumidor, productor y comercializador. En ese sentido, al comprenderse el narcotráfico como un conjunto de actos inhumanos que causan intencionalmente grandes sufrimientos y atacan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de la población, y hasta como un ataque planificado, extendido o constante contra una población civil y con conocimiento de una consumación anticipada –lesiva y gravosa–; este ingresa dentro de los actos inhumanos. Una vida envuelta en el consumo de estupefacientes, día a día va degradándose más, sin la esperanza –en el peor de los casos– de recobrar la dignidad de ese capital humano sometido a las drogas; por otro lado, el proceso de producción, transporte y comercialización, originan la degeneración social y verdaderas “guerras internas” entre grupos criminales, dejando sangrientas secuelas en la población.*

*Entonces, al deterioro constante de la dignidad individual, se debe agregar también la lesión a la dignidad colectiva; más aún, cuando la violencia trastoca el modus vivendi pacífico y productivo de comunidades urbanas y rurales, donde los secuestros, las decapitaciones, los ajustes de cuentas, las masacres y hasta los robos y otros delitos, tienen su causa en el narcotráfico.*

*El miedo, la desolación, la impotencia, la ira contenida en la población, los traumas morales, los daños psicológicos y materiales; la desintegración familiar y social, y la degradación institucional del Estado; son consecuencias evidentes del narcotráfico. Sin lugar a dudas, se afirma que el narcotráfico se ha transformado en un fenómeno ofensivo y destructivo de los bienes jurídicos básicos de la colectividad,*

*valores que se sintetizan en el principio “pro persona” trascendiendo las fronteras de la soberanía estatal –urbi et orbi–; causa dolosamente graves agravios –planificados– (materiales y morales) al ser humano –individual y genérico atentando contra la salud física, mental y espiritual, de la persona y toda la colectividad, incluida la comunidad social más organizada que se conoce como “Estado”. Por consiguiente, por el daño que ha causado y causa, por el peligro potencial que representa para la sociedad mundial; los delitos de narcotráfico ya se han incorporado –ad factum– dentro de los delitos de lesa humanidad, solo hace falta el reconocimiento formal de la comunidad internacional para consolidarlo como tal. Asumiendo que el narcotráfico es actualmente un delito de lesa humanidad no incorporado al Estatuto de Roma (ipso facto), pero definido como delito de lesa humanidad por nuestra normativa interna (ipso jure), y a partir de la consolidación constitucional de la imprescriptibilidad de ciertos ilícitos; quienes adecúen su conducta a este tipo penal, no podrán ampararse en la sesgada figura de prescripción o en cualquier otro beneficio en función del tiempo, ya que al tratarse de una conducta contraria a la humanidad en su conjunto, merece otro tratamiento específico. En el caso contrario, teniendo en cuenta las innumerables peticiones de prescripción, extinción de la acción penal, cesación de la detención preventiva y otros beneficios procesales para el encausado, y considerando también la innegable demora estructural en nuestro sistema de justicia; conllevaría –en la práctica– que se acepte la impunidad de estos delitos calificados.*

*Por todo lo mencionado precedentemente, el Estado Boliviano, debe dar protección a la colectividad del daño social máximo que ocasiona el narcotráfico, resguardando un bien jurídico tan capital como la dignidad y la salud emocional y física de la población, asimismo, es su deber preservar la seguridad del Estado y garantizar el progreso, el orden y la paz pública. Respecto de la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Sentencia de 14 de marzo de 2001, caratulado Caso: Barrios Altos vs. Perú; Sentencia de 26 de septiembre de 2006, caratulado Caso: Almocid Arellano y otros vs. Chile; y, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Caso caratulado: La Cantuta vs. Perú; entre otros, ha fijado precedentes emblemáticos acerca de los delitos de lesa humanidad*

*y su imprescriptibilidad. Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001 Incompatibilidad de Leyes de Amnistía con la Convención Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Párrafo 41, pag. 15).*

#### **III.4. De los crímenes de lesa humanidad y la CIDH; y, otras Cortes Control de convencionalidad**

*Antes de ingresar al análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se justifica su especial importancia como fuente del derecho interno: Dentro del sistema jurídico diseñado por la Constitución, se establece el reconocimiento del bloque de constitucionalidad y de los tratados y otros instrumentos internacionales con rango subconstitucional y supra-legal (entre ellos la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), empero, a partir del principio de favorabilidad y pro persona, la propia Ley Fundamental prevé la posible supra-constitucionalidad de algunos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando sus normas sean más favorables para el ser humano (Arts. 410.II conc. 256). En esta perspectiva progresista, Bolivia ha suscrito y ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, en el 11 de febrero de 1993 mediante Ley 1430 y en tanto Estado Parte de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, reconoce también a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el intérprete de este instrumento regional; de ahí que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado de la defensa de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y competencial, realiza también entre sus labores, el control de Convencionalidad, resguardando la compatibilidad del sistema normativo interno con el bloque de constitucionalidad integrado formalmente al plexo jurídico boliviano. Considerando la problemática que concierne a los crímenes de lesa humanidad, sus repercusiones y su tratamiento en la jurisprudencia de*

*la CIDH, es preciso guiarnos y hacer énfasis a estas Sentencias, toda vez que realizando una interpretación teleológica de los preceptos que hacen a un determinado hecho delictivo de lesa humanidad, se verá si corresponde o no en su tratamiento, la aplicación de la figura de la prescripción, la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo y la cesación de la detención preventiva por el mismo factor temporal. En ese entendido, la sentencia del TPIY de 27 de septiembre de 2006 recaída en el caso Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, define los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad de una manera sintética y clara, recogiendo la doctrina que ha ido aplicando el tribunal a lo largo de los años en que ha funcionado. El único elemento que no es predicable respecto de los crímenes contra la humanidad en general, es el consistente en que éstos aparezcan ligados a la existencia de un conflicto armado. Este vínculo es, como aclara el propio TPIY, una limitación jurisdiccional que le viene impuesta a este tribunal por el propio Estatuto, pero no forma parte de la definición de crímenes contra la humanidad basada en el derecho consuetudinario.*

*En el plano convencional, o de los tratados, la propia “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad “ de las Naciones Unidas, señala en su artículo I: Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos. Efectuada esta aclaración, se transcriben a continuación los párrafos correspondientes de la sentencia Krajišnik a efectos de explicar cuáles son los elementos comunes a los crímenes contra la humanidad: El acta de acusación formula cinco cargos de crímenes contra la humanidad contra el Acusado al amparo del Artículo 5 del Estatuto del Tribunal. Se le acusa de exterminio (cargo 4) o, alternativamente, de asesinato (cargo 5), de conformidad con los Artículo 5 b) y 5 a) del Estatuto, respectivamente. Los crímenes de deportación*

(cargo 7) y “otros actos inhumanos (traslado forzoso)” (cargo 8) son formulados separada y acumulativamente siguiendo los Artículos 5 d) y 5 i) del Estatuto, respectivamente. Al procesado también se le acusa de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos (cargo 3) de conformidad con el Artículo 5 h) del Estatuto. El artículo 5 del Estatuto dispone: “El Tribunal Internacional estará facultado para enjuiciar a las personas responsables de los siguientes crímenes cuando hayan sido cometidos en el marco de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil”, a lo que le sigue un listado de los crímenes. El párrafo entrecomillado incorpora los requisitos generales de los crímenes contra la humanidad. La Sala procederá a considerar la interpretación judicial de estos requisitos. Cometidos en el marco de un conflicto armado. Ésta es una limitación jurisdiccional que pesa sobre el Tribunal y que no es parte de la definición de crímenes contra la humanidad establecida en derecho consuetudinario. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, A.G. res. 2391 (XXIII), anexo 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) p. 40, U.N. Doc. A/7218 (1968), entrada en vigor 11 de noviembre de 1970. Tadic Appeal Judgement, para. 249. Citado en: Prosecutor v. MomciloKrajišnik, supranota 11, párr. 704. Ataque generalizado y sistemático dirigido contra cualquier población civil. Para que los actos del perpetrador constituyan un crimen contra la humanidad han de formar parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil. Bajo este requisito general, han de distinguirse los siguientes elementos: (i) ha de existir un ataque; (ii) el ataque ha de ser generalizado o sistemático; (iii) el ataque ha de estar dirigido contra cualquier población civil; (iv) los actos del perpetrador han de ser parte del ataque; (v) el perpetrador ha de saber que existe un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y que sus actos son parte de este ataque. Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 85; Blaški Appeal Judgement, para. 124. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 705. La Sala realiza también las siguientes observaciones jurídicas: (a) Ataque. La noción de “ataque” es diferente de la de “conflicto armado”, aún si el ataque y el conflicto armado pueden estar relacionados e incluso ser indistinguibles. Un ataque lo conforma

*una conducta que causa un daño físico o mental, así como los actos preparatorios de esa conducta. Tadic Appeal Judgement, párr. 251. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supranota 11, párr. 706. Kunarac et al. Appeal Judgement, párr. 86; Krnojelac Trial Judgement, para. 61; Naletili and Martinovi Trial Judgement, párras 238-40; Simi et al. Trial Judgement, paras 978-80; Branin Trial Judgement, para. 159. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. (b) Generalizado o sistemático. “Generalizado” se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque. “Sistemático” hace referencia al carácter organizado del ataque. La prueba de la existencia de un plan o una política detrás del ataque constituye prueba relevante de este elemento, pero la existencia del plan o la política no es un elemento jurídico propio del crimen. Kunarac et al. Appeal Judgement, párr. 94. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supranota 11, párr. 706. Ibid., párr. 94. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. Ibid., párras 98, 101. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. (c) Dirigido contra cualquier población civil. A la hora de determinar el alcance del término población “civil”, la Sala de Apelaciones ha considerado relevante el Artículo 50 del Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949, a pesar de que las Convenciones son fuentes primarias del derecho internacional humanitario. El protocolo define a un “civil” como a todo individuo que no es miembro de las fuerzas armadas o que, en todo caso, no sea un combatiente. Población civil engloba todas las personas que son civiles en ese sentido. El Artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra es también una guía sobre el significado de “población civil” a los efectos de crímenes contra la humanidad. Esta disposición refleja “consideraciones elementales de humanidad” que son de aplicación bajo el derecho internacional consuetudinario a cualquier conflicto armado. Fija un nivel mínimo de protección de las “personas que no participen directamente en las hostilidades.”*

*De conformidad con la jurisprudencia sobre este asunto, la Sala entiende que “población civil”, a los efectos de crímenes contra la humanidad”, incluye no sólo a los civiles en sentido estricto, sino también a las personas que no participan directamente en las hostilidades. Prosecutor v. Duško Tadic, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on*

*Jurisdiction, 2 October 1995, para.102. Citado en: Prosecutor v. MomciloKrajišnik, supranota 11, párr. 706. Tadic Trial Judgement, para.643; Kupreški Trial Judgement, para.547-8; KrnojelacTrialJudgement, para.56; Naletili and Martinovi Trial Judgement, para.235; Gali Trial Judgement, para.143; Branin Trial Judgement, para.134; Blagojevi and Joki Trial Judgement, para.544. Citado en: Prosecutor v. MomciloKrajišnik, supra nota 11, párr. 706. La expresión “dirigido contra” indica que es la población civil que ha de ser el objeto principal del ataque. No se requiere que el ataque se dirija contra la población civil de la totalidad del área en consideración. (d) Los actos del perpetrador han de ser parte del ataque. Este elemento tiene como finalidad excluir los actos aislados. Un acto se consideraría como acto aislado cuando tiene que ver tan poco con el ataque, considerando el contexto y las circunstancias en que fue cometido, que no puede afirmarse razonablemente que haya sido parte del ataque. Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 90. Citado en: Prosecutor v. MomciloKrajišnik, supranota 11, párr. 706. Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 100. Citado en: Prosecutor v. MomciloKrajišnik, supra nota 11, párr. 706.*

*En este caso, la Sala de Apelaciones dijo además que los actos del acusado “no necesitan haber sido cometidos en medio de ese ataque. Un crimen cometido antes o después del ataque principal contra la población civil, o en otra zona, puede ser parte de ese ataque si hay conexión suficiente con el mismo”. (e) Conocimiento por parte del perpetrador. El perpetrador ha de saber que existe un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil y que sus actos son parte de ese ataque. No es necesario que el perpetrador tenga un conocimiento detallado del ataque. No son relevantes los motivos que inducen al perpetrador a tomar parte en ese ataque. No es necesario que el perpetrador comparta la finalidad del ataque, y puede cometer un crimen contra la humanidad por razones meramente personales. Blaškić Appeal Judgement, para. 124. Citado en: Prosecutor v. MomciloKrajišnik, supra nota 11, párr. 706. Tadic Appeal Judgement, paras 248, 252; Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 103. Citado en: Prosecutor v. MomciloKrajišnik, supra nota 11, párr. 706. A la luz del desarrollo actual del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, constituyen crímenes contra la humanidad el*

*genocidio, el apartheid y la esclavitud. Así mismo, han sido considerados crímenes contra la humanidad la práctica sistemática o a gran escala del asesinato, la tortura, las desapariciones forzadas, la detención arbitraria, la reducción a estado de servidumbre, los trabajos forzosos, las persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, las violaciones y otras formas de abusos sexuales, la deportación o traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario. En ese sentido, los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), en sus artículos 5 y 3 respectivamente, definen los crímenes contra la humanidad como sigue:*

*Crímenes contra la humanidad El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.*

*Esta definición está basada en la primera parte del artículo 6 (c) del Estatuto de Nuremberg; en ese sentido, considerando a la segunda categoría de crímenes contra la humanidad contenida en el Estatuto del Tribunal, basaremos el desarrollo doctrinal al último punto. Características de los crímenes contra la humanidad por razón de su naturaleza. En razón de su naturaleza, como ofensa a la dignidad inherente al ser humano, los crímenes contra la humanidad tienen varias características específicas. Los crímenes contra la humanidad no están sujetos al instituto de la prescripción. Precisamente así lo establece la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2391 (XXII) de 1968.*

*La afirmación que esta Convención realiza en este sentido no fue más que la plasmación “del consenso logrado para consagrar la recepción convencional de un principio ya existente en el derecho internacional referente a la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad”. También así lo dispone la Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes*

*contra la humanidad y de los Crímenes de Guerra, adoptada por el Consejo de Europa el 25 de enero de 1974. Este principio fundamental del derecho internacional fue reafirmado en el Artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Por lo cual los delitos de la naturaleza de los crímenes contra la humanidad, no prescriben, precisamente por la naturaleza especial de los mismos; así lo han determinado tribunales regionales como la Corte IDH y el TEDH, pero también tribunales ordinarios internos en países como Argentina y España. Aplicación del principio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH, en la sentencia del caso Almonacid, califica los actos represivos de la dictadura Chilena (1973-1990) como de crímenes contra la humanidad y expresamente se refiere a la imprescriptibilidad de estos crímenes: En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables.*

*En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad [161] claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (iuscogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa. También en la sentencia recaída en el caso La Cantuta, afirma la Corte IDH: En tal sentido, es oportuno insistir en que los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía (supra párr. 152)... Y de nuevo la Corte IDH remite a lo que ya había expuesto con anterioridad en la*

*sentencia del caso Almonacid. Aplicación del principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

*Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la mencionada decisión de 17 de enero de 2006 en el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia, sostiene: El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c)). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, inter alia, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, el Tribunal desea enfatizar que el artículo I inc. b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido e independientemente de si han sido cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz. Tras acceder a la Convención antedicha, la República de Estonia quedó vinculada a la aplicación de los mencionados principios. El Tribunal reitera, que el artículo 7 § 2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg (ver Papon v. France (no. 2) (dec.), 54210/00, ECHR 2001-XII, y Touvier v. France, no. 29420/95, decisión de la Comisión de 13 de enero de 1997, Decisiones e Informes 88-B, p. 161).*

*Además, tal y como el Tribunal ha expresado más arriba, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a limitación temporal alguna, sea cual fuere la fecha de su comisión. Estonia accedió a la Convención el 21 de octubre de 1991. Este Tribunal no halla motivo para cuestionar la interpretación y aplicación que hacen los tribunales estonios del derecho interno a la luz del derecho internacional relevante. Con ello el TEDH determinó que la condena por crímenes contra la humanidad a los apelantes (Sres. AugustKolk y PetrKislyiy), no viola el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone expresamente que “este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.*

*En el mismo sentido, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forma parte del ordenamiento interno español en virtud de los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución Española, dispone: 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.” Adicionalmente, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” aprobados por la Asamblea General de la ONU el pasado 21 de marzo de 2006 (A/60/509/Add.1), y que recogen una serie de derecho internacional de iuscogens disponen: IV. Prescripción 6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho*

*internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.*

*7. Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas". En España, las causas que en 1996 se iniciaron ante la Audiencia Nacional española por los crímenes cometidos durante las últimas dictaduras militares en Chile y Argentina y las víctimas españolas en estos países, junto con los desarrollos operados a nivel internacional, especialmente con el establecimiento de la Corte Penal Internacional, han contribuido a trasladar a nivel interno el derecho internacional de los derechos humanos en lo que hace a la tipificación penal y aplicación por parte de la jurisprudencia de la figura de los crímenes contra la humanidad. Por tanto, la prohibición de cometer este tipo de crímenes es una norma imperativa, de iuscogens, y no sometida al instituto de la prescripción. Los crímenes contra la humanidad no se ven afectados por el principio de derecho penal ne bis in idem, que tampoco opera en los casos de cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta". Frente a los crímenes contra la humanidad, no es invocable el principio ne bis in idem como excluyente de responsabilidad para excusarse del deber de investigar y sancionar a los responsables.*

*Así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en, inter alia, las sentencias mencionadas recaídas en los casos Almonacid Arellano y Otros y La Cantuta. En la primera de ellas expone la Corte IDH a este respecto: El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4*

*de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”... [L]as exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem. Caso Almonacid, supra nota 29 (La negrilla es nuestra).*

*En el presente caso, se cumplen dos de los supuestos señalados. En primer lugar, la causa fue llevada por tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad. En segundo lugar, la aplicación del Decreto Ley 2191 consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano en la impunidad. En consecuencia, el Estado no puede auxiliarse en el principio de ne bis in idem, para no cumplir con lo ordenado por la Corte (supra párr. 147). Por otro lado, el Estado, para cumplir con su deber investigativo, debe garantizar que todas las instituciones públicas brinden las facilidades necesarias al tribunal ordinario que conocerá el caso del señor Almonacid Arellano (supra párr. 147) y, en consecuencia, deberán remitirle la información y documentación que les solicite, llevar a su presencia a las personas que éste requiera y realizar las diligencias que les ordene. También la Corte IDH trató esta cuestión en el caso La Cantuta, en su sentencia de 29 de noviembre de 2006, en donde incluso aborda la cuestión de lo que llama “ausencia de resolución legítima”. Debido proceso, cosa juzgada y ne bis in idem*

*9. La Corte Interamericana –al igual que otros tribunales internacionales y nacionales– ha establecido criterios a propósito de la cosa juzgada y del principio ne bis in idem, conectado a aquélla. La cosa juzgada y el principio ne bis in idem sirven a la seguridad jurídica e implican garantías de importancia superlativa para los ciudadanos*

*y, específicamente, para los justiciables. Ahora bien, la cosa juzgada supone que existe una sentencia a la que se atribuye esa eficacia: definición del derecho, intangibilidad, definitividad. Sobre esa hipótesis se construye la garantía de ne bis in idem: prohibición de nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada (material).*

*10. La sentencia es el resultado del proceso, es decir, constituye la desembocadura de una serie de actuaciones perfectamente reguladas y sujetas a un orden garantista que establece los presupuestos del proceso y las condiciones de validez de los actos centrales que integran éste, y en consecuencia acreditan la legitimidad del proceso mismo como sustento de la sentencia. El desarrollo del sistema procesal bajo el impulso de los derechos humanos preside la noción de debido proceso. En este sentido, pone de manifiesto la sustitución de la cuestionada fórmula “el fin justifica los medios” por otra regla de signo contrario: “la legitimidad de los medios empleados justifica el fin que se logra con ellos...”.*

*12. El Derecho internacional de los derechos humanos en la hora actual, así como el Derecho penal internacional, reprueban la simulación de enjuiciamientos cuyo propósito o resultado se distancia de la justicia y pretende un objetivo contrario al fin para el que han sido dispuestos: injusticia, oculta entre los pliegues de un proceso “a modo”, celebrado bajo el signo del prejuicio y comprometido con la impunidad o el atropello. De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite que subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia penal internacional se rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no pueden o no quieren hacer justicia.*

*Por esos motivos, el principio de cosa juzgada no entraría a operar cuando los crímenes cometidos son crímenes contra la humanidad, Asimismo, la CIDH, en lo que toca al principio ne bis in idem manifestó en el caso Almonacid Arellano c/ Chile.*

*Aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el*

*caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”... [L]as exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem.*

*Sin embargo, no obstante la norma penal adjetiva citada y la jurisprudencia constitucional glosada, corresponde señalar que existen ciertos delitos contra la humanidad que no pueden estar bajo la cobertura de la prescripción constituyéndose uno de ellos el narcotráfico, contemplado y sancionado por la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas 1008, que precisamente en su Art. 145, es considerado como un delito que atenta a la humanidad, es decir, que se ajusta a las características señaladas por la doctrina y jurisprudencia de Cortes Internacionales en pro de su imprescriptibilidad.*

(...)

### **III.5. Análisis del caso concreto**

*La accionante por su representada, manifiesta que, pese a sobrepasar superabundantemente el plazo de veinticuatro meses, no existe sentencia firme en su contra, debiendo proceder la cesación de la detención preventiva; las autoridades demandadas no dieron curso a su pedido y mantuvieron la medida de detención. Corresponde identificar los componentes del caso en estudio; 1. La representada de la accionante pretende recuperar su libertad alegando vulneración del debido proceso en su elemento del derecho a ser procesada dentro de un plazo razonable; 2. La hoy accionante, está procesada por el delito de tráfico de sustancias controladas, siendo reincidente en la misma actividad ilegal.*

*Es también necesario recordar los supuestos previos ampliamente sustentados por la doctrina y jurisprudencia citada en esta resolución: 1. **El narcotráfico es una actividad ilícita planificada que di-***

*rectamente causa enormes agravios a la dignidad del ser humano, atentando también contra la salud pública y la seguridad del Estado, ingresando dentro del catálogo y la tipificación de delitos de lesa humanidad prevista por la cláusula abierta del Estatuto de Roma (art. 7.k); 2. Se ha constitucionalizado la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de otros delitos que atenten contra bienes jurídicos colectivos (arts. 111 y 112, CPE); 3. Los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y sobre ellos no operan las garantías procesales fundadas en el transcurso del tiempo; 4. El sistema normativo interno de Bolivia establece que el narcotráfico es un delito de lesa humanidad (art. 145 LRCSC). También, se deber contemplar a la demora judicial extraordinaria como hecho notorio, fenómeno funcional que ocasiona retardación de justicia en perjuicio del encausado y de la víctima; considerar la situación privilegiada de la víctima en la constitución, entendiéndolo que el plazo razonable en el proceso, es un derecho compartido con el encausado. Finalmente, se concluye que el derecho a un plazo razonable no puede obstruir la objetivación de bienes jurídicos superiores como la dignidad, la vida y el valor supremo de la justicia; menos aún, puede utilizarse como herramienta normativa dirigida a lograr la impunidad. Con base en lo expuesto, aunque la representada de la accionante, solicitó se levante la medida cautelar de excepción impuesta en su contra, denunciando vulneración del plazo razonable; su petición no puede ser concedida, tomando en cuenta que está sometida a proceso penal por el delito de narcotráfico –siendo además reincidente en este tipo penal–, crimen de lesa humanidad, imprescriptible, sobre el cual no surten efecto las garantías procesales basadas en el transcurso del tiempo. Aspecto que no implica soslayar el deber del Estado, de procesar y sancionar –a los imputados por delitos de lesa humanidad– en el lapso más breve posible, considerando las circunstancias (mora extraordinaria) y las características del ilícito penal (complejidad del caso).*

*En ese sentido, los Jueces y Tribunales al considerar las solicitudes de cesación de la detención preventiva, deberán tener en cuenta además de las circunstancias procesales que permiten aplicar dicha medida cautelar de carácter personal, el tipo de delito en el que se solicita la cesación de detención preventiva, pues corresponderá asumir*

*medidas de mayor seguridad para la población y el Estado, en todos los delitos conceptuados de lesa humanidad. Por otra parte, y ampliando los efectos de la presente resolución, deberá procederse en forma similar, respecto a las peticiones de extinción de la acción penal por el transcurso máximo del tiempo, respecto a delitos de lesa humanidad (como el narcotráfico).*

*En Consecuencia, la Sala Penal Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, constituida en Tribunal de garantías, declarar procedente en parte la presente acción, no ha evaluado correctamente las normas aplicables al mismo.*

**POR TANTO**

*El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confiere el art. 3 de la Ley 040 de 1 de septiembre de 2010, que modifica el art. 4.I de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, en revisión, resuelve:*

*1º **REVOCAR** la Resolución 93/2009 de 28 de septiembre de 2009, cursante de fs. 17 a 18, pronunciada por Sala Penal Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, y en consecuencia corresponde **DENEGAR** la tutela solicitada.*

*2º En virtud a lo dispuesto por el art. 48.4 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), en atención al tiempo transcurrido, se mantiene la validez de los efectos de la procedencia en parte de la acción de libertad, en mérito a que el Tribunal de garantías dispuso que la Sala Penal Primera dicte un nuevo Auto de Vista con la fundamentación y motivación del caso y explicando el por qué se aplicó determinada línea jurisprudencial.*

*3º Teniendo en cuenta el deber del Estado, en cuanto a la protección de la población y la integridad de sus instituciones, así como el compromiso internacional para luchar contra el narcotráfico; se exhorta al Ministerio de Relaciones Exteriores, a iniciar las gestiones necesarias para incluir al narcotráfico en el catálogo de delitos de lesa humanidad, ampliando el Estatuto de Roma conforme al art. 7 inc. k).*

El Profesor Néstor Pedro Sagüés en su obra Teoría de la Constitución, expresa sobre la interpretación constitucional –que debe también

ser un parámetro para la interpretación de la ley—: *“Mientras que la interpretación estática mira hacia atrás para entender la constitución, la dinámica o evolutiva mira hacia el presente, y también hacia el futuro. Por eso, propone ver en la constitución un instrumento de gobierno, asigna un rol preponderante al juez en la tarea de cubrir las lagunas constitucionales, definir las incertidumbres de la constitución, interpretar las palabras de esta a tenor de su significado actual y no del histórico, y pregona una permanente adaptación del texto constitucional a las realidades presentes.”*

En la eterna confrontación de bienes jurídicos, el juzgador debe decidir sobre la mejor interpretación y aplicación de la norma, en veces, aquellas inicialmente creadas para mejorar el subsistema garantista —como el caso presente— suelen manipularse arteramente (por los propios juristas), para vulnerar principios y valores colectivos e individuales; cabría preguntarse, ¿Cuántos delincuentes han quedado impunes bajo esta norma aparentemente garantista?, ¿cuántas víctimas y agraviados siguen clamando justicia?, ¿Cuántos magistrados se han sentido obligados a ser injustos?. Esperando aportar al debate jurídico, se deja a mejor comprensión, un elemento —indicador— que demuestra fehacientemente el desencuentro, entre la previsión de la norma procesal y la funcionalidad normativa; siendo consecuente, también se propone una posible solución al problema planteado. No es difícil ser benevolente al aplicar la norma, el conflicto radica en interpretarla correctamente para hacer justicia.

Esperando que este caso emblemático reflexione al mundo de juristas y legisladores sobre la importancia de la previsión normativa —en su finalidad y connotaciones—, debiendo la norma procesal ser adecuadamente implementada para responder a las necesidades y circunstancias reales de la comunidad receptora. También es propicio recordar a los magistrados, el deber de contribuir activamente a los altos propósitos del Derecho y a la efectividad del Derecho Procesal, procurando materializar los bienes jurídicos superiores a través de las sub-reglas jurisprudenciales correctoras.

# UNA TEORÍA CONTRAMAYORITARIA PARA PROCESAR LAS TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

ALEJANDRO GONZÁLEZ VALENZUELA\*

## SUMARIO

Introducción. I. La tensión Constitucionalismo-Democracia; II. Origen y Desarrollo de la Tensión Constitución-Democracia y su Desarrollo en el Derecho Comparado; III. La Tensión Constitucionalismo-Democracia en Venezuela; IV. Una Teoría Contramayoritaria Para una Venezuela Democrática. • Conclusiones

*Resumen:* En las sociedades democráticas de países desarrollados se presentan, de manera permanente, tensiones o conflictos de baja y media intensidad entre Constitucionalismo/ Democracia, como consecuencia de la tentación de gobernantes, Parlamentos y mayorías circunstanciales de ampliar sus poderes, más allá de los límites establecidos en la Constitución. En las sociedades democráticas de países en vías de desarrollo o francamente subdesarrollados, las tensiones Constitucionalismo y Democracia se presentan, permanentemente, bajo formas de media y alta intensidad; esta última situación se produce cuando las instituciones y la sociedad son convocadas para tomar decisiones que podríamos llamar existenciales en un país, fenómeno que Bruce Ackerman define como: "momentos de política constitucional". Procesar estas tensiones por el cauce institucional, hacerles contención, y evitar que deriven en una disolución de la democracia, es la función esencial de los mecanismos y la institucionalidad contramayoritarios, en tanto reglas de poder para contener los impulsos hegemónicos de mayorías circunstanciales, que buscan imponer sus hegemonías.

*Palabras Claves:* Tensión Constitucionalismo vs Democracia, sociedad democrática, mayorías circunstanciales, conflicto político, democracia popular y democracia constitucional, reglas de poder contramayoritarias, mecanismos e institucionalidad contramayoritarios.

---

\* Estudios de Post Grado: Derecho Administrativo (UCV); Derecho Constitucional (UCAB); Derecho Procesal Constitucional (UCAB); doctorando en el Doctorado en Derecho (UCAB); Profesor, Post Grado, Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila; Miembro del Bloque Constitucional; Miembro Fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

*Abstract: In the democratic societies of developed countries, tensions or conflicts of low and medium intensity between Constitutionalism/Democracy arise permanently, as a consequence of the temptation of rulers, Parliaments and circumstantial majorities to expand their powers, beyond the established limits in the Constitution. In the democratic societies of developing or frankly underdeveloped countries, the tensions between Constitutionalism and Democracy are permanently presented in forms of medium and high intensity; This last situation occurs when institutions and society are called to make decisions that we could call existential in a country, a phenomenon that Bruce Ackerman defines as: "moments of constitutional politics." Processing these tensions through the institutional channel, containing them, and preventing them from leading to a dissolution of democracy, is the essential function of counter majoritarian mechanisms and institutions, as rules of power to contain the hegemonic impulses of circumstantial majorities, which seek impose their hegemonies.*

*Keywords: Tension Constitutionalism vs Democracy, democratic society, circumstantial majorities, political conflict, popular democracy and constitutional democracy, counter majoritarian rules of power, counter majoritarian mechanisms and institutions.*

## INTRODUCCIÓN

En las sociedades democráticas de países desarrollados se presentan, de manera permanente, tensiones o conflictos de baja y media intensidad entre Constitución o Constitucionalismo y Democracia, como consecuencia de la tentación de gobernantes, Parlamentos y mayorías circunstanciales de ampliar sus poderes, más allá de los límites establecidos en la Constitución. Por su parte, en las sociedades democráticas de países en vías de desarrollo, o francamente subdesarrollados, las tensiones Constitucionalismo-Democracia se presentan, usualmente, bajo modalidades de media y alta intensidad, llegando a veces a la ruptura del orden constitucional y democrático.

Teniendo presente este fenómeno, la pregunta que surgirá, una vez que se haya restablecido el orden constitucional y democrático en Venezuela, es ¿cómo procesar adecuadamente estas tensiones para evitar graves conflictos político-institucionales y nuevas rupturas del orden establecido? Se trata de una interrogante muy pertinente, pues, en las tensiones entre Constitucionalismo y Democracia, ha estado la raíz de

los quiebres institucionales en nuestro país. Concretamente, el distanciamiento entre la *democracia popular* y la *democracia constitucional*, ha sido la causa eficiente del deslinde entre la ciudadanía y los políticos, y por supuesto, de las crisis institucionales; lo cual, ha acarreado la desvalorización de la Democracia Representativa, tanto en la teoría como en la práctica, circunstancia que explica los avances del populismo, que ha consolidado “nuevas fórmulas democráticas” con la asunción de “mayores poderes” en el Poder Ejecutivo, en detrimento de otras ramas del Poder Público y del estado de derecho, que usualmente derivan en tiranía de las mayorías (Tocqueville, Mill).

En tal perspectiva, junto con impulsar una nueva identidad colectiva y una renovada Constitución normativa, resulta imperativo consagrar un *Estado Constitucional Democrático*, entendido éste como estado superior al actual Estado Constitucional de Derecho, cuya impronta sea un ordenamiento normativo, institucional y democrático, con capacidad para organizar y limitar el Poder Público; pero, también, con gran capacidad para asegurar la libertad, promover la participación de la ciudadanía en los asuntos de interés público, y, organizar el ejercicio de las mayorías, conteniendo su vocación hegemónica y antisistema. De igual manera, resulta imperativo consagrar una Democracia Representativa Integral, cimentada en la *democracia popular* y en la *democracia constitucional*, que garantice plenamente los derechos de las minorías, entre ellos, de la dimensión más importante de las minorías: el individuo.

En esta perspectiva, en el presente trabajo, en su capítulo I, se analizará la doble naturaleza (política e institucional) de estas tensiones, su tipología, sus modalidades, y se darán algunos ejemplos de su dinámica interna, especialmente, sobre las tensiones Constitucionalismo-Democracia en nuestra región. En el capítulo II, analizaremos el origen de estas tensiones, que ubicaremos en EEUU, en el proceso de mutación de la Confederación a Federación, esto es, desde 1781 a 1789; período en el que comienzan a contraponerse dos ideas fundamentales: (i) la necesidad de hacer prevalecer la Democracia como sistema de mayorías, y, el autogobierno, y; (ii) la necesidad de hacer prevalecer un sistema Constitucional (rígido) de límites al Poder y, a las mayorías; también, hablaremos del desarrollo de este conflicto en EEUU, en el siglo XX, y se hará referencia expresa a las tesis de Bickell, Dahl y Waldron,

partidarios de las mayorías simples, quienes postulan posiciones contrarias al control judicial de la constitucionalidad, y de las supermayorías en el Parlamento, señalándolas como responsables de las tensiones Constitucionalismo y Democracia; igualmente, se hará referencia a la posición contraria a estos autores, encabezada por Dworkin, Ackerman, Elster y otros, quienes defienden la importancia de la democracia constitucional; asimismo, se hará referencia a los propulsores del mayoritarismo en nuestra región, Gargarella, Atria *et al.*

En el capítulo III, abordaremos el fallido proceso de consolidación democrática en Venezuela, debido a que el proceso político iniciado en 1958 se centró básicamente en afianzar la *democracia popular* (Mair) o formal (Ferrajoli), bajo un espíritu consociacional o de consenso (Lijphart), en detrimento de la *democracia constitucional*, fundado esencialmente en la *auctoritas* de los padres fundadores de la Democracia, y el consenso político partidista, a cuyo efecto, se impulsó la firma de un acuerdo (Pacto de Punto Fijo) para instaurar gobiernos de unidad nacional y promover la participación electoral. En la dimensión constitucional, se explicará que bajo el gobierno del presidente Betancourt se impulsó un cambio constitucional con la aprobación de la Constitución de 1961, cuya ilegitimidad de origen fue subsanada con su legitimidad de ejercicio, la cual, asumiría *ab initio* una impronta nominal (Loewenstein), al dictarse inmediatamente un decreto de suspensión de varias garantías individuales, al restringirse las garantías económicas (hasta 1991), al no haber ejecución de la norma que consagraba el amparo, entre otros déficits.

Finalmente, en el capítulo IV, se abordará el tema de ¿cómo evitar que este tipo de tensiones o conflictos conduzcan en el futuro democrático a nuevas crisis sistémicas? A tal efecto, se abordarán algunas propuestas político-institucionales, principalmente, se expondrá una teoría contramayoritaria, a partir, de un entramado de *reglas de poder contramayoritarias*, esto es, fórmulas normativas e institucionales con base constitucional, mediante las cuales, se va a acotar al legislador en su función de configuración legal y de regulación, y se va a limitar a las mayorías en ejercicio del poder constituyente y su poder decisorio (democracia directa); en ambos casos, en ámbitos relacionados con el derecho constitucional trasnacional, las cláusulas pétreas y las garantías

institucionales, en tanto, entidades fundamentales del *Estado Constitucional Democrático* y de la *Democracia Representativa Integral*.

En esta perspectiva, se demostrará que estos mecanismos están llamados a cumplir una función esencial en el nuevo orden constitucional y democrático, pues, a través de ellos, se obtendrá un funcionamiento más adecuado y eficiente del sistema de frenos y contrapesos institucionales. En este nuevo marco constitucional y democrático, la democracia no va a responder más a la simple lógica de las mayorías. Se podrá decidir libremente en la llamada esfera de lo “susceptible de ser decidido” por las mayorías (Ferrajoli); sin embargo, en los ámbitos reservados deberá alcanzarse un alto nivel de consenso, a través, de supermayorías o mayorías calificadas; pero, habrá otros ámbitos constitucionales y democráticos en los que no podrá disponerse de algunas materias ni aun con el consenso de mayorías calificadas, esta es, la denominada esfera de lo que “no es susceptible de ser decidido por ninguna mayoría” (Ferrajoli), por ejemplo, cuestiones que afecten a los derechos humanos (Sentencia Corte IDH, caso Gelman *Vs.* Uruguay) o las bases fundamentales del Estado (por ejemplo, régimen republicano) y de la Democracia (por ejemplo, gobierno alternativo).

## I. LA TENSION CONSTITUCIONALISMO-DEMOCRACIA

En las sociedades democráticas las fuerzas políticas se traban en una permanente lucha por ampliar su esfera de poder y, correlativamente, por debilitar la de sus oponentes. Este conflicto suele ponderarse desde una perspectiva estrictamente política, y a veces se le reduce a una simple batalla de ideas, o a la permanente diatriba gobierno-oposición que reflejan los medios y las RRSS. Para Weber: “Si se dice que un problema es político, o que un ministro o un funcionario son ‘políticos’, o que una decisión tiene condicionamientos ‘políticos’, se quiere decir, en todos los casos, que la solución de ese problema, o la delimitación del campo de acción de ese funcionario, o las condiciones de esa decisión, dependen inmediatamente de los intereses que giran alrededor del reparto, de la conservación o del traspaso del poder”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Max Weber, *Política y Ciencia*, Alianza Editorial, p. 6.

Sin embargo, este es un enfoque parcial, pues, existen otras tantas perspectivas desde las cuales es ponderable la tensión *en el poder y por el poder*, una de ellas es la filosófica que contraponen al Estado regulador con la libertad, o más concretamente, con la autonomía de la voluntad; otra es la refundacional o revolucionaria, que plantea la tensión o conflicto por el poder con una radicalidad y fuerza tal, que impiden su composición por el cauce político-institucional, siendo inevitable la ruptura del orden establecido; empero, la más importante arista va a ser la tensión entre Constitución o Constitucionalismo y Democracia<sup>2</sup>, que subyace en todo conflicto político, la cual, se va a expresar en diversos grados de intensidad (baja, media y alta).

Estamos en presencia de un conflicto entre Constitucionalismo y Democracia, cada vez que a un gobierno se le dificulta ejecutar su programa de gobierno al no tener mayoría parlamentaria; cada vez que un sector político propone un referendo para consultar a la ciudadanía sobre un tema de interés nacional, por ejemplo, validar una ley de amnistía, salirse de un organismo supranacional (Brexit-UE), o aprobar un acuerdo de paz (Colombia); también, cuando se promueve una reforma constitucional a efectos de, por ejemplo, ampliar o reducir períodos constitucionales, o instituir la reelección presidencial indefinida; de igual manera, cada vez que organizaciones políticas promueven en el Parlamento un voto de censura contra el primer ministro (en los regímenes parlamentarios) o un *impeachment* contra el Presidente de la República (en los regímenes presidencialistas), o, simplemente, se procura aprobar una ley que amplie sus poderes o limite los del gobierno; también, cada vez que sectores políticos u órganos públicos acuden a un Tribunal Constitucional a efectos de solicitar la interpretación de una norma o un principio constitucional, la declaratoria de nulidad de una ley, o plantear un conflicto de poderes. En tal perspectiva, en todo conflicto político, en toda tensión Constitucionalismo-Democracia, se contraponen el propósito de hacer prevalecer las mayorías como encarnación de la Democracia con el propósito de hacer prevalecer un sistema Constitucional (rígido) de límites al Poder y a las mayorías.

---

<sup>2</sup> La expresión Constitucionalismo, comprende tanto el orden convencional como el orden constitucional; y con la nomenclatura Democracia aludo al autogobierno, en tanto sistema en el que impera esencialmente la voluntad de las mayorías.

En las sociedades democráticas de países desarrollados esta tensión Constitucionalismo-Democracia, generalmente, se presenta bajo modalidades de baja y media intensidad, pues, el conflicto se va a procesar y componer por el cauce institucional, llegando excepcionalmente a generar crisis político-institucionales. La tensión Constitucionalismo-Democracia de baja y media intensidad, usualmente se va a presentar como dificultad para la ejecución del programa de gobierno por obstrucción parlamentaria, o como debate sobre la legitimidad del control judicial de la constitucionalidad, o, como problemas resultantes de la eterna tentación de gobernantes, Parlamentos y mayorías circunstanciales de ampliar sus poderes más allá de los límites establecidos en la Constitución. Como modalidad media se presentó, esencialmente, en la década de los 60 y 70 del siglo pasado en EE.UU., donde se desató una intensa lucha por los derechos civiles<sup>3</sup>, y en contra de la impopular guerra de Vietnam; también, en la última elección presidencial de 2020, con el asalto al Congreso en enero de 2021, por partidarios de Donald Trump.

En los países subdesarrollados y en vías de desarrollo, esta tensión se presentará, principalmente, en sus modalidades de media y alta intensidad. Este último escenario, como ya se indicó, se materializa, cuando las instituciones y la sociedad son convocadas para tomar decisiones que podríamos llamar existenciales en un país, fenómeno que Ackerman define como: “momentos de política constitucional”, esto es, cuando los acontecimientos catalizan un aumento de la conciencia política, momento en el que “Por alguna razón, el discurso y la acción políticos comienzan a adquirir una urgencia y una amplitud de las que carece la época”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> A partir de los años 60 del siglo XX, gracias al Movimiento de Derechos Civiles surgieron nuevas leyes federales que prohibieron la discriminación basada en la raza, el color, la nacionalidad, la religión, el género y la edad, a saber: (i) Ley de Pago Igual de 1963, que prohibió la discriminación en el pago a mujeres y hombres que hacen el mismo trabajo y en el mismo lugar; (ii) Ley de Derechos Civiles de 1964, que prohibió la discriminación basada en la raza, la religión y la nacionalidad en lugares abiertos al público; (iii) Ley de Discriminación por Edad en el Empleo, que prohibió la discriminación contra las personas de cuarenta años o más; (iv) Ley para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de 1972, que creó la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), a la que atribuyó la facultad de iniciar un pleito cuando ha habido discriminación; (v) Ley de Rehabilitación de 1973, que prohíben al gobierno federal discriminar a personas con discapacidad, y; (vi) Ley de Discriminación por Embarazo (1978); entre otras.

<sup>4</sup> Bruce Ackerman, *We the People Foundations*, Belknap Harvard, London, (1991), p.6, traducción libre. Cita en inglés: “*But at other times, politics can take center stage with*

En nuestra región, la tensión Constitucionalismo-Democracia no es una cuestión simplemente teórico-retórica, pues, ha asumido una naturaleza y dinámica distinta a la de EE.UU., debido a que una consolidada cultura populista ha menoscabado sensiblemente nuestra precaria institucionalidad democrática. Ciertamente, en la América latina la tensión Constitucionalismo-Democracia, asume la forma de conflictos muy concretos que van a afectar la normalidad del proceso político, prevaleciendo a veces la arista constitucional en detrimento de la arista democrática, y; en otras tantas, prevaleciendo la arista democrática en detrimento de la arista constitucional. En Chile, en plebiscito celebrado en septiembre del año 2022, se rechazó la propuesta de Constitución presentada por la Convención Constitucional. Ante este resultado, el Presidente Boric y ciertos sectores de oposición, acordaron ir a un segundo proceso constitucional debido a que, en su opinión, lo democrático era hacer respetar la voluntad expresada a favor de una nueva Constitución, en octubre de 2020, en el llamado plebiscito de entrada, sin perjuicio, que posteriormente se hubiere rechazado la propuesta constitucional. En la otra acera, este argumento “democrático” era rechazado por “inconstitucional”, debido a que el art. 142 de la Constitución vigente, establecía, que: “Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio fuere rechazada, continuará vigente la presente Constitución”. Vemos, entonces, que, en este caso, se ha impuesto la concepción democrática sobre la visión constitucional, dando inicio a un segundo proceso constituyente; que sus impulsores defienden por democrático, Y sus detractores han impugnado por inconstitucional.

En Bolivia, en el año 2016, el Presidente Morales con miras a instaurar la reelección presidencial indefinida, promovió un referendo constitucional para reformar el artículo 168 de la Constitución, que limitaba a una sola reelección consecutiva el cargo de Presidente de la República. Al ser rechazada dicha reforma por el pueblo boliviano, el Presidente Morales acude ante el Tribunal Constitucional, planteando la incompatibilidad del precitado artículo 168 con el artículo 23 de la Convención

---

*compelling force. The events catalyzing a rise in political consciousness have been as various as the country's history-war, economic catastrophe, or urgent appeals to the national conscience. For whatever reason, political talk and action begin to take on an urgency and breadth lacking must of the time.”*

Americana sobre Derechos Humanos. En noviembre de 2017, dicho Tribunal, acoge el alegato del Presidente Morales, habilitando la reelección presidencial indefinida, en ese país. En este caso, se observa que por sobre la voluntad democrática de los bolivianos de mantener el art. 168 de la Constitución, se impuso una solución constitucional, la cual, va en contra de lo que, luego, declararían la Corte IDH en la OC 28/21, la inconventionalidad de la reelección presidencial indefinida.

En Uruguay, el Parlamento democrático post dictadura, aprobó en diciembre de 1986, la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, cuyo objeto era amnistiar las violaciones de DDHH cometidas durante el régimen militar. Esta ley resultó ratificada por la ciudadanía en referendo derogatorio de 1989, y en plebiscito constitucional que buscaba su anulación parcial (2009). De esta manera, se habría zanjado democráticamente el tema de la amnistía; sin embargo, los padres de una de las víctimas acudieron al SIDH, marco en el cual, la Corte IDH, en sentencia de febrero de 2.011 (caso Gelman Vs Uruguay), estableció que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”. En este caso, vemos que la voluntad mayoritaria de los uruguayos expresada directamente, y, a través del Parlamento, ha sido desestimada por inconventional, por un órgano jurisdiccional supraconstitucional.

En Venezuela en 1999, en el proceso constituyente de ese año, también, estuvo presente el conflicto Constitucionalismo-Democracia. Como se sabe, la Constitución del 61, no preveía el mecanismo de Asamblea Constituyente, sin perjuicio de ello, en el contexto de un recurso de interpretación del artículo 4 de la Constitución y del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de justicia, estableció, mediante sentencia de fecha 19/01/99, que: “si se considerara que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría a éste por encima del poder soberano. La falta de tal derecho en la Carta Fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado *ab initio* al ejercicio de un poder que es obra

de su propia decisión política”. En este caso, vemos que se privilegió la concepción democrática por sobre lo constitucional.

En esta misma perspectiva, podemos referir que la pretensión fallida del Presidente Castillo, de disolver el Congreso peruano; lo mismo que había hecho Fujimori en 1992; la disolución del Congreso en Ecuador por el Presidente Lasso; la pretensión del Presidente López Obrador de cambiar la Constitución para elegir a los magistrados de la CSJ, por voto popular, luego que estos invalidaran su propuesta de reforma electoral; la pretensión del Presidente Bukele, avalada por la CSJ de su país, de modificar la Constitución para reelegirse consecutivamente, y no esperar un período de 10 años, y; la pretensión de Netanyahu de reducir el poder del Tribunal Supremo; representan casos típicos de conflictos entre Constitucionalismo y Democracia.

## **II. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA TENSIÓN CONSTITUCIÓN-DEMOCRACIA Y SU DESARROLLO EN EL DERECHO COMPARADO**

### **1. El punto de partida de la tensión o conflicto Constitución-Democracia**

El origen de las tensiones entre Constitucionalismo y Democracia lo podemos encontrar en EE.UU., en el proceso de mutación de Confederación a Federación, operado en ese país, que va de 1781 a 1789, en el que comienzan a contraponerse dos ideas fundamentales: (i) la necesidad de hacer prevalecer la Democracia como sistema de mayorías y; (ii) la necesidad de hacer prevalecer un sistema Constitucional (rígido) de límites al Poder y a las mayorías.

Ciertamente, terminada la guerra de independencia, a fines de 1782, sobreviene en Norteamérica una ola de tensiones, caos, y marasmo institucional, al desaparecer el peligro exterior que había congelado las diferencias internas. Las colonias que habían luchado de manera desorganizada y atendiendo, principalmente, a sus intereses particulares<sup>5</sup>, cayeron en una situación de virtual anarquía. En este contexto, el

---

<sup>5</sup> Recién en marzo de 1781, terminaron de ratificar un pacto unificador, conocido con el nombre de “Artículos de Confederación”.

Congreso de la Confederación no era un factor real de poder, sus facultades eran muy limitadas y, al carecer de *auctoritas*, sus órdenes eran escasamente obedecidas. A lo anterior, debe agregarse que, aun cuando, los componentes de la Unión no habían disuelto formalmente esta forma de organización institucional, ni reasumido su independencia, sus respectivas legislaturas se abocaron a adoptar medidas inconexas y arbitrarias, que generaron resistencia entre la ciudadanía.

En una palabra, la expectativa favorable generada por la victoria militar y la consecución de la independencia, había sido sucedida por sentimientos de confusión y desaliento, a tal punto que historiadores, como John Fiske, llaman a esta época el “periodo crítico de la historia americana”, que serviría de título a su libro más célebre (*The Critical Period of American History*). La gravedad de la situación se hizo evidente en enero de 1787, a causa de la Rebelión de Shays, en la que 2.000 veteranos de la guerra independentista se levantaron en armas y se apoderaron del armamento que había en Massachusetts, en señal de protesta por los altos impuestos y por haber perdido sus granjas a causa de las deudas. La revuelta, que puso de manifiesto la debilidad del gobierno central y la carencia de un ejército permanente, alarmó a muchos líderes estadounidenses<sup>6</sup>.

En este contexto, se extendió la convicción de que era indispensable un cambio radical, y aunque no muy convencido, el Congreso convocó a una Convención que debería reunirse en Filadelfia en mayo de 1787, “con el objeto único y expreso de revisar los Artículos de Confederación y de presentar dictamen... sobre las alteraciones y adiciones a los mismos que sean necesarias a fin de adecuar la Constitución federal a las exigencias del Gobierno y al mantenimiento de la Unión...”<sup>7</sup>. La Convención se reunió el 14 de mayo, inició sus trabajos el 25 de ese mismo mes y los concluyó el 17 de septiembre. Como algo obvio, y ante el estado de cosas presente, resolvió de inmediato que, para alcanzar las

<sup>6</sup> Incluido el excomandante revolucionario George Washington, quien escribió: “A menos que se aplique un remedio con prontitud, inevitablemente sobrevendrán la anarquía y la confusión”. Departamento de Estado de Estados Unidos, Oficina de Programas de Información Internacional. [https://static.america.gov/uploads/sites/8/2016/04/The-Constitutional-Convention\\_Spanish\\_508.pdf](https://static.america.gov/uploads/sites/8/2016/04/The-Constitutional-Convention_Spanish_508.pdf)

<sup>7</sup> *El Federalista* [trad. Gustavo R. Velasco], LIBROdot.com, <http://www.librodot.com>, México, 1943, pp. 22, 23, 26 y 27.

finalidades asignadas, la reforma de los Artículos de Confederación y Unión perpetua iba a resultar insuficiente; a tal efecto, sin perder tiempo, se ocupó de construir un nuevo sistema de gobierno.

Empero, por importante que fue el camino adelantado, aún faltaba que la Constitución fuera ratificada por el pueblo de cada estado, a cuya consideración, con gran acierto y sentido político, la Convención recomendó que fuera sometido, para empezar a regir en el caso de que lograra la adhesión de nueve estados (El Federalista). De inmediato se desató la más intensa campaña en pro y en contra de la nueva Constitución, por medio de periódicos, folletos, discursos y demás medios de la época, que alcanzó su cota más alta en el estado de Nueva York, cuya decisión era fundamental debido a su posición central, aunque todavía no era el más rico y populoso de la Unión. Un partido bien organizado, encabezado nada menos que por el gobernador del estado, inició un vigoroso ataque en contra de la Constitución.

Entre los mayoritaristas o antifederalistas, contrarios a la nueva Constitución, destacan Thomas Paine, partidario no solo de la democracia política, sino, también, precursor de la democracia social; el juez Robert Yates, delegado en la Convención Constitucional, y antifederalista radical, quien escribía, en los periódicos de Nueva York, bajo el seudónimo de *Brutus*, y; Thomas Jefferson, quien participó en este debate de manera menos intensa, debido a sus distintas responsabilidades, entre ellas, su cargo de embajador en Francia, a partir de 1785, quien, sin embargo, abogó por un gobierno federal débil, el autogobierno, y la responsabilidad individual, estas últimas concepciones, tal vez, influencia de su adhesión a los postulados de Adam Smith. Estos tres pensadores, se manifestaron contrarios a la idea de dictar una Constitución rígida, permanente, y limitadora.

De acuerdo con Jefferson: “La voluntad del constituyente, expresada en un momento histórico determinado, por acertada que fuese, no puede condicionar la de generaciones futuras”. Esta idea sería adoptada por los jacobinos, en el artículo 28 de la Constitución de Francia de 1793, en los siguientes términos: “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras”. Sin embargo, después del escepticismo inicial, Jefferson apoyó la ratificación de la Constitución

de los Estados Unidos y apoyó especialmente su énfasis en el sistema de controles y contrapesos. La ratificación de la Declaración de Derechos de los Estados Unidos, especialmente la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, le dio a Jefferson una confianza aún mayor en el documento. Importa precisar que Paine, Jefferson, Yates *et al*, tenían como referente la Democracia ateniense, esto es, el autogobierno, en virtud del cual, los ciudadanos griegos podían participar directamente en el debate sobre la gestión de los asuntos públicos y en la toma de decisiones.

Entre los federalistas, partidarios de la nueva Constitución, destacan James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, quienes escribieron una serie de artículos en favor de la ratificación de la Constitución de 1787, que se llegaron a conocer con el nombre de El Federalista (*Federalist Papers*). Fue Hamilton, quien concibió el proyecto de escribir una serie de artículos anónimos en defensa del nuevo sistema de gobierno. Con una laboriosidad y una tenacidad sorprendente, estos tres autores que simultáneamente debían atender otras ocupaciones de importancia, publicaron setenta y siete artículos de octubre de 1787 a mayo de 1788, en tres periódicos de la ciudad de Nueva York, más otros ocho que vieron la luz pública por primera vez al editarse la colección completa en dos volúmenes. Las cartas de *Publio*, seudónimo que empleó este triunvirato (según costumbre de la época), atraieron inmediatamente la atención del público.

En el Federalista N°. X, Madison abogaba por el gobierno representativo para mantener la paz en una sociedad plagada de disputas facciosas, que en su opinión provenían de “la distribución desequilibrada y desigual de la propiedad”:

(...) los ciudadanos más prudentes y virtuosos ..., se quejan de que nuestros gobiernos son demasiado inestables, de que el bien público se descuida en el conflicto de los partidos rivales y de que con harta frecuencia se aprueban medidas no conformes con las normas de la justicia y los derechos del partido más débil, impuestas por la fuerza superior de una mayoría interesada y dominadora<sup>8</sup>.

(...)

---

<sup>8</sup> *Ibid.* pp. 46-47.

Por su parte, Hamilton, en El Federalista N<sup>o</sup>. LXXVIII, señalaba:

No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces<sup>9</sup>.

Por su parte, Jay en El Federalista N<sup>o</sup>. LXIV, señalaba: “Todos los actos de poder que se apegan a la Constitución, sean del departamento ejecutivo o del judicial, están revestidos de la misma validez y obligatoriedad desde el punto de vista legal que si procedieran de la legislatura”<sup>10</sup>.

La nueva Constitución encarnaba un acuerdo entre los intereses negreros del Sur y los intereses económicos del Norte. Para unificar los trece estados en un gran mercado para el comercio, los delegados norteamericanos querían leyes que regulasen el comercio interestatal, e insistían en que estas leyes sólo requerían una mayoría en el Congreso. Los sureños se avinieron, a cambio de que les dejaran continuar con el comercio de esclavos durante veinte años, antes de su abolición. Ante este arreglo, Beard, eminente historiador norteamericano, enfatiza que los gobiernos -incluido el de los Estados Unidos- no son neutrales, que representan intereses económicos predominantes, y que sus constituciones se hacen para servir a estos intereses<sup>11</sup>. Los partidarios del Constitucionalismo postulaban la idea de una Constitución rígida, que separara y limitara al Poder (Público), pero, también, limitara el poder de las mayorías para preservar los derechos de las minorías. La razón era porque tenían especial temor a formas desviadas de la Democracia, esto es, a la tiranía de las mayorías, la demagogia y, el asambleísmo tumultuario,

---

<sup>9</sup> *Ibid.* p. 296.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 248.

<sup>11</sup> Citado por Howard Zinn, *La otra Historia de los Estados Unidos: Desde 1492 hasta el presente*. 2011. P.73, <https://humanidades2historia.files.wordpress.com/2012/08/la-otra-historia-de-ee-uu-howard-zinn.pdf>.

cuya expresión más aterradora veríamos, luego, en la fase jacobina de la Revolución francesa.

## 2. El conflicto Constitucionalismo-Democracia en EEUU, en el siglo XX: Las tesis de Bickell, Dahl y Waldron

En la segunda mitad del siglo XX, resurgirían críticas metódicas al constitucionalismo rígido, y fundamentalmente, a la idea del “carácter contramayoritario de la jurisdicción constitucional”. Alexander Bickel acuñó la expresión “la dificultad democrática”, para señalar que el control judicial de la constitucionalidad está en tensión con la teoría democrática, pues, los magistrados de la Suprema Corte, al no ser funcionarios electos, carecen de legitimidad democrática para anular actos del Congreso, órgano que sí cuenta con legitimidad al emanar sus miembros de una elección universal, directa y, secreta (Bickell)<sup>12</sup>.

En opinión de Bickel, Marshall habría argumentado de manera incorrecta que la Constitución era la expresión máxima de la soberanía, y que cuando la Suprema Corte invalidaba una norma secundaria sólo hacía prevalecer la voluntad popular expresada en la Constitución. El juez interpretaba, pero, el *Judicial Review* podía ser controversial, en tal sentido, argumentaba que cuando la Corte ejercía el *Judicial Review* este control no era ejercido “*in behalf the prevailing majority, but against it*” (Bickell). El entendimiento de Bickel del carácter contramayoritario era excepcional, indudablemente, fue el argumento más claro y lúcido planteado en términos democráticos presentado en mucho tiempo contra el *Judicial Review*.

Para 1962, fecha en la cual Bickel publicó su obra, la Suprema Corte había producido suficientes decisiones controversiales y polémicas para llamar la atención de académicos, juristas, miembros del Poder Judicial y de la sociedad en general. Entre otras, algunas de estas decisiones fueron *Marbury vs. Madison*, *Dread Scott vs. Stanford*, las decisiones en contra de Roosevelt que invalidaban legislación del *New Deal* (y por supuesto el incidente del *Court-Packing Plan*), *Brown vs. Board of Education*, y la decisión *Baker vs. Carr*,

<sup>12</sup> Alexander Bickell, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962, pp. 16-17.

entre otras. La mayoría de estos casos presentaban las características necesarias para desatar una discusión en términos contramayoritarios. Eran casos polémicos, que habían despertado controversia y respecto a los cuales tanto los órganos representativos como el electorado habían manifestado cierta opinión y las decisiones de la Corte habían ido formal o materialmente en contra de estas mayorías.

Por su parte, Robert Dahl, también, impugnó el carácter contramayoritario de la jurisdicción constitucional, señalando que el término democracia implicaba que el poder de dirigir reside en las mayorías populares y sus representantes, y por esta razón, afirmar que un órgano de control jurisdiccional, pueda sostener los intereses de las minorías ante las mayorías, era negar la soberanía popular y la igualdad política. Dahl, criticó la revisión judicial indicando que ella implica que los jueces estén capacitados para crear reglas sustentadas en sus convicciones personales, sostenía, también, que inevitablemente, “en la interpretación de la constitución los jueces traen sus propias ideologías, prejuicios y preferencias”<sup>13</sup>. Para Dahl, la justicia constitucional es sinónimo de legislación nueva creada judicialmente, lo que él rechaza firmemente<sup>14</sup>. Sin perjuicio de que éste acepta la existencia del poder de las Cortes Federales con el objeto de “mantener el sistema federal”<sup>15</sup>, él también cree que la revisión judicial de las leyes es controversial, ya que la ley que se invalida ha sido creada por las ramas llamadas a legislar dentro de un gobierno democrático.

En esta misma línea, Waldron, también, se va a manifestar contrario al control judicial de la constitucionalidad, según él, no hay razones para suponer que los derechos serían protegidos de mejor manera, mediante el activismo judicial que con un Parlamento democrático. Waldron propone tomarse en serio el autogobierno, por ello, defendió una concepción mayoritarista de la política. Defiende una democracia orientada por la regla de mayoría, su aspecto procesal y el derecho de participación política. Si se supone un contexto de fuertes e inevitables desacuerdos morales, el proceso mayoritario aparece como la mejor forma de tomar

<sup>13</sup> Robert Dahl, *How Democratic is the American Constitution?* (N. York, Yale University Press), 2003, p. 55.

<sup>14</sup> Citado por Sergio Verdugo, *Ídem*.

<sup>15</sup> Citado por Verdugo, Sergio, *Ibid.* p. 189.

decisiones. De esta manera, aquellas interrogantes morales que admiten respuestas alternativas (debido al desacuerdo) no debieran ser contestadas por las Cortes que no han sido electas y que se componen de jueces que también discrepan moralmente (como ocurre con el resto de la sociedad). Los jueces suelen estar divididos en las mismas materias en que la sociedad difiere (pena de muerte, derechos reproductivos y aborto, matrimonio homosexual, etc.), por lo que debiéramos respetar la dignidad democrática de la legislación. De esta manera, Waldron busca proteger las leyes (la voluntad de la mayoría) de la revisión judicial<sup>16</sup>.

Sin embargo, en los últimos tiempos, Waldron ha venido cambiando de opinión, al proponer el criterio de los sistemas fuertes y sistemas débiles de control de la constitucionalidad. Los primeros, serían aquellos en los que el tribunal de cierre declara la nulidad de la norma legal por inconstitucional (*v.gr.* EE.UU., Colombia, entre otros). Los sistemas débiles de control de la constitucionalidad, serían aquellos en que el tribunal de cierre declara la incompatibilidad de una norma legal con la Constitución, pero, no anula (Inglaterra y Holanda), procediendo el gobierno o el Parlamento a dictar un nuevo acto normativo. Waldron, hace énfasis en el caso de Canadá, señalando que el artículo 33 de la Carta de Derechos y Libertades, que forma parte de la “Constitución de 1982”, señalando que el Parlamento federal, o las Asambleas legislativas provinciales, pueden aprobar leyes, incorporando las cláusulas *notwithstanding* y *override* que vuelven inmunes a las leyes ante la justicia constitucional<sup>17</sup>.

### 3. Las tesis de la no tensión: Dworkin, Ackerman, Ferrajoli y Elster

De acuerdo con Dworkin, la tensión Constitucionalismo-Democracia es el resultado de un malentendido y una exageración. Es cierto que Democracia significa gobierno del pueblo, pero, el mayoritarismo defendido por los demócratas se basa en una concepción errónea, pues, no se puede explicar lo bueno de la Democracia, asumiendo que el peso de los números, por sí solo, aporta valor a una decisión política. La

<sup>16</sup> *Ídem.*

<sup>17</sup> Conferencia dictada el 4 de agosto de 2017, ante la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia (YouTube).

comprensión correcta del ideal del “gobierno por el pueblo” se encuentra en la “concepción constitucional” de la democracia, que rechaza la premisa mayoritaria y la reemplaza con la idea de “que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas tratan a todos los miembros de la comunidad, como individuos, con igual preocupación y respeto”<sup>18</sup>.

En esta perspectiva, si bien las decisiones de las mayorías son primordiales en una democracia, no es menos cierto que para que el proceso de toma de decisiones colectivas funcione, es fundamental sustraer una serie de elementos de la voluntad popular (Ferrajoli)<sup>19</sup>. A simple vista, pareciera que esas restricciones son antidemocráticas porque se cercenaría al pueblo, a las mayorías, de parte de sus poderes, esto es, al autogobierno en el que se funda la democracia. Empero, la verdad es que la democracia, en la actualidad, no puede entenderse como simple poder omnímodo de las mayorías del siglo XX; por el contrario, en la actualidad, existen una serie de restricciones que más bien la posibilitan, sin las cuales, esta podría anularse a sí misma; así, por ejemplo, tenemos la dignidad humana, los derechos humanos, y las reglas de poder contramayoritarias a las que me referiré en detalle, más adelante: el derecho supraconstitucional, las cláusulas pétreas, y las garantías institucionales.

Estas restricciones constitucionales deben observarse desde una perspectiva optimista, pues, son reglas capacitadoras en lugar de reglas inhabilitantes de la democracia, es decir, son elementos que permiten el adecuado funcionamiento de la democracia, al contener opciones liberadoras. Asimismo, al margen de servir como presupuesto a las democracias, esas restricciones generan estabilidad, al erigirse en diques que contienen las decisiones equivocadas de una mayoría en un momento de efervescencia o pasión. Al efecto, valga referir la metáfora de Elster, sobre Ulises y las sirenas, conforme a la cual, al igual que en la mitología griega Ulises se autolimitó atándose al mástil mayor de su embarcación y ordenando a sus subalternos que no lo desataran ante el canto de las sirenas, el pueblo (y sus representantes) en una Constitución, deben restringirse a sí mismos, eliminando opciones que podrían

<sup>18</sup> Dworkin, Ronald. *Freedom's Law* (New York, Harvard University Press), 1996, p.2.

<sup>19</sup> Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 102.

tomar libremente de no existir esa restricción (cláusulas pétreas), o aumentando las trabas o requisitos para reformar la Constitución (rigidez constitucional). Bajo esta tesis, se afirma que “a veces menos es más”, como ocurrió en el caso de Ulises (Elster)<sup>20</sup>.

#### **4. La tensión Constitucionalismo-Democracia en nuestra región**

En nuestra región ciertos sectores políticos y académicos se han manifestado partidarios de las concepciones hiper democráticas, y, por consiguiente, incómodos con las Constituciones rígidas, el orden supraconstitucional, las cláusulas pétreas, las garantías institucionales, las supermayorías parlamentarias, e incluso con la existencia de Tribunales Constitucionales, pues, conciben a ésta instituciones como verdaderas camisas de fuerza para el proceso político democrático.

En el ámbito político, estas ideas han sido promovidas fundamentalmente por sectores populistas. El populismo, como sabemos, es una forma de hacer política en la que un liderazgo carismático, unifica en una misma narrativa, las exigencias de grupos insatisfechos de la sociedad, y, promueve en nombre de este sector un proyecto político de vocación hegemónica, mesiánico, antisistema, no pluralista y antiliberal, que va a tener como objetivo central el desmantelamiento de los “obstáculos institucionales” que impiden su desarrollo como movimiento; ergo, el populismo es contrario a la idea de una Constitución normativa y rígida; también, a las fórmulas contramayoritarias, y; a otros mecanismos de control social, como los partidos políticos, medios de comunicación, organizaciones de la sociedad civil, etc.

Al convertirse el proyecto populista en mayoría gobernante, su vocación antisistema ya no será solo retórica, pues, comenzará a exhibir tendencias hegemónicas y a evidenciar su real objetivo: la colonización del poder (“toma de poder”); a cuyo efecto, va a sobreexplotar su mandato mediante el uso incontrolado de los medios y los procedimientos de la democracia, modificando la Constitución para reducir las restricciones que tiene la mayoría circunstancial para tomar decisiones, o, al

<sup>20</sup> Jon Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, New York, 1984, p. 193.

menos, para asegurar la reelección indefinida del líder<sup>21</sup>. Ello explica que Hugo Chávez, Rafael Correa, Evo Morales, y actualmente Bóric, López Obrador y Bukele, promuevan cambios de Constitución, o cambios en la Constitución, para crear un nuevo orden constitucional, o al menos garantizar la reelección indefinida.

En el ámbito académico, el profesor Roberto Gargarella ha sido uno de los principales propulsores del mayoritarismo democrático. Sostiene que en las sociedades contemporáneas han surgido nuevos grupos sociales con nuevas demandas, de distinta índole (*multiculturalismo*) quienes ya no se sentirían representados por concepciones parlamentarias decimonónicas (liberales). Asimismo, refiere que una de las principales características del régimen democrático es el autogobierno, sistema que reconoce a los ciudadanos, en tanto dotados de dignidad intrínseca, la capacidad de tomar las riendas de su destino y decidir en los temas que les conciernen (Sánchez Cuenca, y, Gargarella)<sup>22</sup>.

En esta misma línea, Fernando Atria, sostiene que el Tribunal Constitucional de Chile se ha convertido en una tercera Cámara parlamentaria<sup>23</sup>, en su opinión, el argumento del control constitucional como un freno para los abusos eventuales de las mayorías “falla, por cuanto todo lo que se dice de las mayorías puede también decirse de los tribunales y de los jueces. Así como las mayorías pueden abusar de los derechos que les entrega el sistema democrático, los jueces pueden abusar de los poderes que les entrega el control judicial de constitucionalidad”. Christian

<sup>21</sup> Así, el 15/02/2009, se enmendaron en Venezuela los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución, para permitir la reelección indefinida presidencial y de otros cargos de elección popular; ese mismo año, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua, declaró inaplicables los artículos 147 y 148 de la Constitución que prohibían la reelección indefinida del Presidente, Vicepresidente y Alcaldes; en el año 2015, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras, declaró inaplicable el artículo 239 de la Constitución que prohibía la reelección indefinida del Presidente; en el año 2017, el Tribunal Constitucional de Bolivia, declaró de aplicación preferente el artículo 23 de la CADH, por sobre el artículo 168 de la Constitución.

<sup>22</sup> Ignacio Sánchez Cuenca, *Más democracia, menos liberalismo*, Katz, Madrid. 2010. p. 121; Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel, Barcelona, 1996. pp. 120, 121 y 123.

<sup>23</sup> <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continucion-de-la-politica-por-otros-medios/>

Suárez, sostiene que el déficit de la actual Constitución de Chile es de tipo democrático, pues, sus mecanismos contra mayoritarios la vuelven “intocable” en sus aspectos sustanciales, entre estos mecanismos que tienden a la neutralización del autogobierno colectivo, menciona: (i) las leyes de “súper mayorías” (leyes orgánicas); (ii) el control preventivo de Constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional; (iii) la rigidez y altos quórum para la reforma a la Constitución<sup>24</sup>.

### III. LA TENSIÓN CONSTITUCIONALISMO-DEMOCRACIA EN VENEZUELA

Con la caída de Pérez Jiménez (1958), se iniciaría un proceso político que debía cimentarse en dos pilares centrales: el cambio político y el cambio constitucional. Este proceso, auguraba condiciones favorables para la consolidación de un sistema integrado de *democracia constitucional* y de *democracia popular*.

Lamentablemente, este desiderátum nunca llegó concretarse debido a que el proceso político se centró básicamente en afianzar la *democracia popular* (Mair)<sup>25</sup>, bajo un espíritu consociacional (Lijphart)<sup>26</sup>, en detrimento de la *democracia constitucional*, que se fundó esencialmente en la *auctoritas* de los padres fundadores de la Democracia, y en el consenso político partidista- A tal efecto, se impulsó la firma de un acuerdo (Pacto de Punto Fijo) para instaurar un gobierno de unidad nacional y la participación electoral. El afán por privilegiar la *democracia popular*, se reflejó en el mismo momento de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961<sup>27</sup>, que asumiría *ab initio* una impronta nominal (Loewenstein, 1976, p. 217), al dictarse inmediatamente un decreto de

<sup>24</sup> Christian Suárez, *La Constitución Celda o “Straightjacket Constitution” Y La Dogmática Constitucional*. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-23762009000100014](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-23762009000100014)

<sup>25</sup> Peter Mair, *Gobernando el Vacío la Banalización de la Democracia Occidental*. Traducción de María Hernández, Alianza Editorial. Madrid. 2015, p. 26.

<sup>26</sup> Arend Lijphart, *Modelos de democracia Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 17.

<sup>27</sup> Manuel Rachadell, *Evolución del Estado Venezolano 1958-2015: De La Conciliación de Intereses al Populismo Autoritario*, Colección Estudios Políticos N°. 11, Fundación de Estudios de Derechos Administrativo (FUNEDA), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 55.

suspensión de varias garantías individuales, al restringirse las garantías económicas (hasta 1991), al no haber ejecución de la norma que consagraba el amparo, entre otros déficits.

Una vez lograda la estabilización democrática durante la presidencia de Raúl Leoni, y, especialmente, durante el gobierno del Presidente Caldera, se esperaban avances sustanciales en el despliegue de la fuerza normativa de la Constitución, lo que lamentablemente nunca ocurrió. En la década de los 70, se afianzó la democracia popular al derrotarse todas las intenciones golpistas, y pacificar a los grupos subversivos de izquierda que actuaban bajo rectoría cubana. Se desarrollaron notables esfuerzos en materia educativa a todo nivel, la salud era un bien accesible para toda la población, se impulsaron grandes obras de infraestructura que terminaron de integrar al país, y se dotó a la población de bienes públicos (hospitales, escuelas, electricidad, agua potable, gas doméstico, etc.).

Sin embargo, este proceso adoleció de un déficit importante: la *democracia constitucional* nunca pudo ser afianzada, al no poder consolidarse una sólida institucionalidad democrática ni reglas de poder contramayoritarias que caracterizan al estado de derecho, lo que quedó en evidencia con el funcionamiento deficitario del sistema de frenos y contrapesos, el cual, dependió fundamentalmente de una circunstancia subjetiva: la voluntad de “los padres fundadores de la democracia”; quienes pronto demostrarían su incapacidad para contener los demonios que el manejo de la ingente renta petrolera desató, especialmente, tras la nacionalización de la industria petrolera.

A finales de la década de los 70, se gesta la primera crisis financiera tras el endeudamiento contraído por el gobierno del presidente Pérez, lo que llevó al presidente Herrera a señalar que “recibía un país hipotecado”. En estas circunstancias, sin embargo, este nuevo gobierno incurrió en nuevos endeudamientos, para financiar deudas vencidas y disponer de dinero fresco con destino a las obras del período. En este marco, el tema de la corrupción administrativa adquirió una gran importancia y se convirtió en importante factor político (Rachadell)<sup>28</sup>. Por su parte, la merma en los ingresos petroleros y su desviación hacia factores corruptos, comienza a generar un deterioro sostenido en las condiciones sociales de la mayoría de la población.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 56.

En noviembre de 1984 el ministro de Cordiplán, Luis Raúl Matos Azócar, dio a conocer el VII Plan de la Nación, cuyo diagnóstico era: la necesidad de superar la sociedad rentista y establecer una sociedad productiva, sin la dependencia de los recursos petroleros; promover la agricultura; la industria; el turismo, y; modernizar el Estado. La estrategia fundamental para alcanzar los precitados objetivos, fue, en primer lugar, promover (i) un Pacto Social, que luego dio origen a la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios (Conacopresa), en la que participaban representantes del Ejecutivo Nacional, de los empresarios y de los trabajadores, y; (ii) una reforma del Estado, para “redimensionarlo y restituir su jerarquía”, de donde se originó la designación de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), en diciembre de 1984 (Rachadell)<sup>29</sup>, ello en la idea de fortalecer el Estado Constitucional y la Democracia constitucional.

La COPRE realizó un proceso de consultas con diferentes sectores y grupos de opinión, con profesionales y técnicos nacionales y extranjeros, organizó subcomisiones internas, realizó foros, reflexionó sobre los problemas de la democracia y de la gobernabilidad y sobre las aspiraciones de la sociedad, y produjo un cuerpo de propuestas contenidas en una veintena de libros, que se resumieron en un solo volumen: *La Reforma del Estado, Proyecto de Reforma Integral del Estado* (1988). Estas propuestas apuntaron al cambio político e institucional, a la descentralización, al fortalecimiento del estado de derecho, a la profesionalización de la Administración Pública, al nuevo papel del Estado en la formulación de políticas públicas, a un nuevo rol del Estado en la economía, a la formulación de políticas en el sector social, a la política educativa del Estado y a las reformas institucionales requeridas, entre otros aspectos; asimismo, le dio un impulso definitivo a la iniciativa de crear la figura del Alcalde, a ser electo por sufragio universal, directo y secreto, conforme se dispuso en la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989.

En este contexto, no había más opción que reconstruir y consolidar el sistema, no bastando una simple reforma de la Constitución, pues, a través de ésta, como reconoce el Profesor Brewer, no se crearía el Estado que se necesitaba para asumir el siglo XXI; en su opinión:

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 60.

(...) el asunto era mucho más complejo, por lo que para resolver la crisis de la segunda transición democrática... al finalizar el siglo XX, no teníamos otra salida que no fuera la de realizar un proceso de reconstitución democrática del sistema político, convocando democráticamente a una Asamblea Constituyente... En la Venezuela de finales del siglo XX, esta idea de la convocatoria a una Constituyente la había planteado en 1991 el denominado Frente Patriótico y en 1992, el Grupo de Estudios Constitucionales del cual formamos parte<sup>30</sup>.

La falta de voluntad política para implementar las reformas propuestas por la COPRE, cimentaron el camino para el llamado Caracazo, las cruentas intenciones golpistas de 1992, la defenestración del presidente Pérez en su segundo período, y la llegada del chavismo al poder en 1998.

Una vez entrada en vigencia la Constitución de 1999, comienzan a disiparse, poco a poco, las dudas e incertezas en torno a la naturaleza y alcance del cambio político que se estaba gestando, y a agudizarse las contradicciones en el cuadro político. La revolución bolivariana impulsa un conjunto de iniciativas orientadas, primero, a consolidar su posición preeminente y hegemónica en el Poder Público, y luego, a desarticular progresivamente el régimen democrático consagrado en la Constitución de 1999.

En lo ideológico, la revolución ha venido imponiendo un modelo de vocación totalitaria, con liderazgos autoritarios que se aferran al poder a través del culto a la personalidad y reelecciones indefinidas, donde los candidatos del oficialismo se miden con ventaja al hacer un uso indebido de los recursos públicos en cada campaña electoral, incluyendo la movilización forzada de funcionarios públicos a sus actos proselitistas. Esto crea un ambiente de opresión política, toda vez que a los trabajadores se les violan sus derechos y son despedidos por manifestar una preferencia política distinta al continuismo oficialista. El sistema político basado en la hegemonía de un solo partido degenera hacia la burocratización y el autoritarismo político, como se sabe, la historia del *Partido Único* es la historia de la burocracia, el burocratismo

---

<sup>30</sup> Allan Brewer, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p.33.

y la burocratización. La libre organización política es obstaculizada, criminalizada y perseguida, llegándose a considerar como un delito contra la seguridad del Estado. Este mecanismo de dominación se manifiesta en la entronización de elites burocráticas y la *nomenklatura* partidista que usurpan la soberanía popular y conculcan la institución del voto, concentran el poder de decisión en pocas manos e imponen el fetichismo político expresado en el culto al plan gubernamental y a la norma amañada, sin importar su pertinencia y grado de legitimidad.

#### IV. UNA TEORÍA CONTRAMAYORITARIA PARA UNA VENEZUELA DEMOCRÁTICA

Precisado lo anterior, en nuestro futuro democrático, más cercano que distante, debemos ser capaces de construir un nuevo arquetipo institucional y democrático para la Venezuela el siglo XXI, uno que configure a un nuevo *Estado Constitucional Democrático*, entendido éste como estadio superior al actual Estado Constitucional de Derecho, cuya impronta sea un ordenamiento normativo, institucional y democrático, con capacidad para organizar y limitar el Poder Público; pero, también, con gran capacidad para asegurar la libertad, promover la participación de la ciudadanía en los asuntos de interés público, y; por supuesto, organizar el ejercicio de las mayorías políticas, conteniendo su vocación hegemónica y antisistema, y preservando los derechos de las minorías, entre ellas, la más importante de las minorías: el individuo. Asimismo, debemos ser capaces de implementar un nuevo arquetipo democrático: la *Democracia Representativa Integral*, cimentada tanto en la *democracia popular (por el pueblo)*, la de las elecciones y el consenso político; como la *democracia constitucional (para el pueblo)*, la de la institucionalidad, del sistema de frenos y contrapesos institucionales; esta nueva concepción democrática es esencial, pues, la falta de articulación entre ambos componentes, debido a deficientes diseños constitucionales, propició el deslinde de la ciudadanía con los políticos y la Política, acarreado la desvalorización de la Democracia Representativa, tanto en la teoría como en la práctica; lo que ha terminado generando los avances del populismo, y de “nuevas fórmulas democráticas” con la asunción de “mayores poderes” en el Poder Ejecutivo, en detrimento de otras ramas

del Poder Público y del estado de derecho, que han devenido en tiranía de las mayorías (Tocqueville)<sup>31</sup>.

Este nuevo paradigma político-institucional va a requerir de una nueva identidad colectiva, encarnada en un nuevo proyecto político, dado que los valores nacionales y culturales altamente manoseados en los últimos 24 años, van a ser permanentemente factores de división. Este nuevo proyecto político y de identidad colectiva, debe fundarse a partir, parafraseando a Rawls, de doctrinas comprensivas razonables del siglo XXI (comprensión de la vida buena), fundidas en un consenso traslapado o solapado, aquel en el que los partidarios de diferentes doctrinas normativas generales (con diferentes concepciones de la Justicia) pueden llegar a un acuerdo sobre determinados mínimos comunes, o esenciales constitucionales, que den sustento a las instituciones políticas y sociales básicas de una nueva comunidad política. En este nuevo paradigma constitucional, van a resultar determinantes las *reglas de poder contramayoritarias*.

### 1. Qué son las reglas de poder contramayoritarias

Las *reglas de poder contramayoritarias* son fórmulas normativas e institucionales con base constitucional, mediante las cuales, se va a acotar al legislador en su función de configuración legal y de regulación, y se van a limitar a las mayorías en ejercicio del poder constituyente y su poder decisorio (democracia directa).

Estos mecanismos están llamados a cumplir una función esencial en el nuevo orden constitucional y democrático, pues, a través de ellos, se obtendrá un funcionamiento más eficiente del sistema de frenos y contrapesos institucionales. En este nuevo contexto, la democracia no va a responder a la simple lógica de las mayorías. Se podrá decidir libremente en la llamada esfera de lo “susceptible de ser decidido” (Ferrajoli), sin embargo, en los ámbitos reservados deberá alcanzarse un alto nivel de consenso, a través, de supermayorías o mayorías calificadas, y; habrá otros ámbitos en los que no podrá disponerse de algunas materias ni aun con el consenso de mayorías calificadas, esto es, la esfera de lo que

---

<sup>31</sup> Alexander Tocqueville, *La Democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1985. p. 10.

“no es susceptible de ser decidido por ninguna mayoría” (Ferrajoli)<sup>32</sup>, por ejemplo, cuestiones que afecten a los derechos humanos (Sentencia Corte IDH, caso Gelman *Vs.* Uruguay) o las bases fundamentales del Estado (i.e., régimen republicano) y de la Democracia (i.e., gobierno alternativo).

## 2. Naturaleza jurídica de las reglas de poder contramayoritarias

Las *reglas de poder contramayoritarias* son mandatos convencionales y constitucionales, concebidos para garantizar: la hegemonía e intangibilidad de las decisiones políticas fundamentales ante el ejercicio del poder constituyente por mayorías circunstanciales, y; los derechos humanos en general, así como, los derechos de las minorías, ante el poder de configuración y limitador del legislador.

En tanto mandatos convencionales o constitucionales están expresados en reglas de carácter normativo, de ejecución inmediata, pero, también, mediante mandatos indirectos a ser ejecutados por una institucionalidad contramayoritaria técnica (por ejemplo, bancos centrales comunitarios o nacionales)<sup>33</sup>, o regulatoria (por ejemplo,)<sup>34</sup>. Una precisión es importante hacer, los ámbitos técnicos y regulatorios, no deben ser valorados en términos binarios o absolutos, dado que el criterio delimitador es su esencia, pues, todos estos entes, si bien técnicos van a tener alguna competencia regulatoria; y todos los entes regulatorios, van a requerir de conocimientos técnicos.

<sup>32</sup> Luigi Ferrajoli, *Garantismo Una discusión sobre derecho y democracia*. (Traducción de Andrea Grepp) Trotta. Madrid, 2006, p. 81.

<sup>33</sup> En relación a la institucionalidad contramayoritaria técnica que visualizamos para una Venezuela democrática, pueden mencionarse a título enunciativo, Banco Central, Consejo Nacional Electoral, Comisión Nacional de Salud, como nuevo ente a cargo de las políticas públicas en caso de pandemias, independiente del Ministerio de Salud y el de Relaciones Interiores, conformado por especialistas (médicos, economistas, juristas, planificadores, trabajadores sociales) que diseñen la políticas públicas que deban aprobar y ejecutar los órganos del Poder Público; Bolsa de Valores, entre otras.

<sup>34</sup> En lo tocante a la institucionalidad contramayoritaria regulatoria, debe darse plena autonomía y competencia técnica a Superintendencias sectoriales de la actividad económica (p.ej. servicios de: telefonía, electricidad, gas, aguas, transporte, médicos, financieros, *retail*, etc.) encargadas de regular y supervisar la libre competencia, la no incursión en abuso de posición de dominio, la colusión, los monopolios, etc.

Cabe advertir que, en un nuevo arquetipo contramayoritario, se debe procurar limitar al máximo la implementación de las reglas de poder contramayoritarias, pero, deben permitirse lo suficiente como para garantizar que el *Estado Constitucional Democrático* y de la *Democracia Representativa Integral*.

### 3. Objetivos de la teoría contramayoritaria

Las *reglas de poder contramayoritarias* tienen diversos objetivos, el primero de ellos es garantizar la plena ejecución del proyecto político que subyace en la Constitución, mediante la preservación de la hegemonía e intangibilidad del orden convencional y constitucional; el fortalecimiento del sistema de frenos y contrapesos institucionales; la contención de los impulsos antisistema de mayorías con vocación hegemónica; y la protección de ciertas instituciones que se consideran esenciales en un *Estado Constitucional Democrático* y en una *Democracia Representativa Integral*.

El segundo objetivo, es coadyuvar a asegurar y consolidar la nueva identidad colectiva de los venezolanos, en el tránsito desde una sociedad polarizada a una sociedad más homogénea (despolarizada y desprovista de los extremos políticos), conteniendo y reprimiendo todas las prácticas antisistema, que atenten contra el pluralismo democrático, o que pretendan polarizar (mediante una retórica totalizante y excluyente) las posiciones ideológicas o políticas en el proceso de transición a la democracia.

Un tercer objetivo sería limitar al máximo las tensiones y conflictos entre Constitución y Democracia, mediante reglas de poder suficientemente idóneas para contener las pretensiones hegemónicas de mayorías circunstanciales, pues, como se sabe, una idea de Democracia Representativa algo difusa, no debidamente acotada, impulsa a mayorías circunstanciales a caer en la tentación de promover proyectos ideológicos, planes políticos o programas de gobierno, al margen o más allá de los límites constitucionales.

Un cuarto objetivo, sería apalancar el funcionamiento de la futura institucionalidad democrática en el criterio experto, en materias en las que el criterio político, simplemente fundado en una mayoría, no debe

prevalecer (*v.gr.* control jurisdiccional de la constitucionalidad de actos normativos, la emisión de dinero por parte del Banco Central, entre otras).

Las *reglas de poder contramayoritarias* las podemos identificar en tres ámbitos, a saber: (i) derecho trasnacional; (ii) cláusulas pétreas, y; (iii) garantías institucionales.

#### **4. De las reglas de poder contramayoritarias para consolidar un Estado Constitucional Democrático y una nueva Democracia Representativa Integral**

##### **4.1. Reglas de poder contramayoritarias asociadas al derecho trasnacional**

###### **4.1.1. Reglas de poder contramayoritarias asociadas al derecho supraconstitucional**

Un primer entramado de reglas de poder contramayoritarias es el asociado a la normativa contenida en Pactos, Tratados y Convenciones de Derechos Humanos, en especial aquellas que limitan el accionar de mayorías circunstanciales.

Se propone establecer un mecanismo constitucional que garantice la aplicación directa e inmediata, y con carácter vinculante (en el ámbito interno) del *corpus iuris* de normas que conforman el sistema constitucional trasnacional de derechos humanos, y el *ius cogens*; asimismo, que asegure la ejecutoriedad, en el ámbito interno, de las sentencias emanadas de órganos jurisdiccionales convencionales (González)<sup>35</sup>, que excluyen materias de la esfera de lo susceptible de ser decidido por las mayorías. Al efecto, el mecanismo más idóneo sería reconocer constitucionalmente que las normas trasnacionales de derechos humanos y las sentencias de órganos jurisdiccionales internacionales forman parte, junto a las respectivas normas constitucionales, del Bloque de la Constitucionalidad de los Derechos Humanos (Nogueira)<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Alejandro González, *La (Superada) Concepción Clásica de la Soberanía Externa Invocada en las Aberrantes Sentencias 1309/2001 y 1942/2003 de la Sala Constitucional y su Incompatibilidad con el Orden Supraconstitucional*. Boletín ACIENPOL N°. 164, abril-junio, Caracas, 2021, p. 405.

<sup>36</sup> Humberto Nogueira, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, pp. 31 y ss.

#### **4.1.2. Reglas de poder contramayoritarias asociadas al derecho supranacional**

Asimismo, se debe asegurar la efectiva ejecución, en el ámbito interno, de la normativa contenida en tratados de integración económica y uniones aduaneras donde se homogenizan ámbitos económicos (régimen arancelarios), sociales (libre tránsito en el espacio económico común) y hasta financieros (por ejemplo, el Banco Central Europeo), que se sustraen del ámbito de lo susceptible de ser decidido por mayorías circunstanciales a lo interno.

#### **4.2. Reglas de poder contramayoritarias asociadas a las cláusulas pétreas**

De acuerdo con Beaud las cláusulas pétreas, eternas, o normas de supraconstitucionalidad interna, encarnan “la superioridad de ciertos principios y normas sobre el contenido de la Constitución, que pueden figurar expresamente en el texto o existir implícitamente” (citado por Acosta)<sup>37</sup>, o, también, puede ser entendida como el “el núcleo duro de principios constitucionales intocables para cualquier poder” (Rousseau)<sup>38</sup>, y mayorías circunstanciales, incluso para el poder constituyente; se trata, en realidad de aquellas normas o dispositivos contenidos en la Constitución, que, por una parte, conforman un núcleo intangible concebido para asegurar su estabilidad contra embates de mayorías sólidas o circunstanciales que pretendan afectar o perturbar sus bases fundamentales, y; por la otra, comportan una prohibición, un límite, o una restricción insuperable al poder de reforma de la Constitución, en los puntos precitados.

Ciertamente, las cláusulas pétreas o intangibles constituyen un núcleo irreductible de normas constitucionales que garantizan el orden constitucional y lo salvaguardan de zarpazos de mayorías sólidas o circunstanciales (usualmente populistas) que persiguen su degradación o

<sup>37</sup> José Acosta, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 223.

<sup>38</sup> Louis Favoreu, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, en *Pouvoirs* N°. 67 - novembre 1993 - La souveraineté - p.74. <https://revue-pouvoirs.fr/Debat-Souverainete-et.html>, 1993, p. 183

ruptura; entre estas cláusulas podemos referir, por ejemplo, las bases de la institucionalidad (valores, principios, forma de Estado, forma de gobierno, etc.) establecidas en el Título I de la Constitución de 1999; y las normas que consagran derechos fundamentales.

Las cláusulas pétreas, intangibles, irreformables o eternas son “límites fijados al contenido o sustancia de una reforma constitucional, es decir, operan como verdaderas limitaciones al ejercicio del poder constituyente reformador o ‘derivado’” (Vanossi)<sup>39</sup>; con ellas se procura garantizar que las conquistas jurídico-políticas esenciales (conquistas civilizatorias) no serán desconocidas en el proceso de cambios políticos, por mayorías (sólidas o circunstanciales) de vocación hegemónica. Se pueden distinguir dos ámbitos de las normas intangibles o pétreas: por un lado, las medidas para proteger instituciones constitucionales concretas -intangibilidad articulada-, y; por el otro, las medidas para garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución que no deben estar necesariamente expresados en dispositivos expresos, pudiendo ser implícitos, inmanentes o inherentes a la Constitución (Loewenstein)<sup>40</sup>. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se substraen de cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional expresa, y; en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del “espíritu” o *telos* de la Constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional (Loewenstein)<sup>41</sup>.

#### 4.2.1. La sujeción a la voluntad constituyente

Una de las más importantes *reglas de poder contramayoritarias* asociada a las cláusulas pétreas es la voluntad constituyente, esto es, la manifestación de voluntad expresada directamente por la soberanía popular en ejercicio del poder constituyente, a efectos de fundar un Estado, o, un nuevo régimen político. Se debe consagrar una norma constitucional que garantice que la voluntad constituyente sólo puede ser encarnada por el pueblo venezolano, en su conjunto, y en ningún

<sup>39</sup> Jorge Vanossi, *Teoría constitucional*, Vol. I, Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, pp. 186-187.

<sup>40</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 189.

<sup>41</sup> *Ibid.* p. 192.

caso por una fracción de él (*pars pro toto*), por mayoritaria que sea, y; mucho menos, por alguno de los poderes constituidos, en nombre de alguna mayoría sólida o circunstancial.

Al efecto, se deben establecer mecanismos constitucionales que impidan la sobrerrepresentación (*gerrymandering*). Asimismo, que superen la distinción entre poder constituyente originario y derivado; históricamente se ha pensado que los procesos constituyentes originarios han estado asociados a cambios políticos estructurales, revoluciones, o procesos fundantes de un Estado o de un nuevo régimen político; que estos procesos se reducen a pura facticidad, *res facti, non juris* (De Vega)<sup>42</sup>, mediante el ejercicio de un poder pre jurídico (derecho natural), esencialmente político, que viene a ser la más alta expresión del ejercicio de la soberanía, porque la soberanía es *potestas legibus soluta*, esto es, poder absoluto, no sometido a límites ni reglas, lo cual, hoy es incompatible con el modelo del estado de derecho, que excluye la existencia de poderes absolutos, y en mayor medida incompatible con el del estado constitucional de derecho (Ferrajoli), y con el derecho internacional y el derecho supraconstitucional.

#### 4.2.2. La rigidez constitucional

Otra importante *regla de poder contramayoritaria* es la rigidez constitucional, la cual, deja en evidencia la naturaleza de los poderes de los que emanan las distintas normas de un ordenamiento constitucional, esto es, poder constituyente/Constitución y poderes constituidos/normas ordinarias, su vocación de permanencia o estabilidad, y, finalmente, el carácter rígido de la norma constitucional que, a su vez, da origen: a una *superlegalidad material* que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas, que serán válidas si no violentan el sistema formal de producción de las mismas, los límites al ejercicio del poder, los derechos y garantías fundamentales, y el entramado axiológico que ella encarna y; a una *superlegalidad formal* conformada por mecanismos reforzados de modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios (García de

---

<sup>42</sup> Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional y La Problemática del Poder Constituyente*, Tecno. 2007, p. 29.

Enterría)<sup>43</sup>, que va a exigir quórumos muy calificados para impedir que mayorías relativas impongan cambios constitucionales a su medida.

De acuerdo con Prieto Sanchís, cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador<sup>44</sup>.

#### **4.2.3. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos normativos**

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos normativos es una *regla de poder contramayoritaria* por antonomasia, y puede ser definido como el poder de la jurisdicción constitucional para controlar la legitimidad constitucional de los actos aprobados por mayorías circunstanciales en el poder legislativo nacional, estatal y municipal.

En este contexto, sería muy necesario considerar que una nueva norma constitucional consagre mecanismos de dialogo institucional, en materia de control jurisdiccional de la constitucionalidad, a efectos de que un futuro Tribunal Constitucional, en lugar de anular directamente una norma legal, dé al Parlamento la posibilidad de corregir los vicios de inconstitucionalidad advertidos.

#### **4.2.4. Regla de poder contramayoritaria de súper-mayorías o mayorías calificadas**

Una interpretación política, usual y errónea, sobre los procesos electorales es que la mayoría que ha ganado una elección, está habilitada para ejercer el poder casi sin obstáculos y sin mayores contenciones, lo que obliga a hacer algunas consideraciones sobre la mayoría simple y las súper mayorías. Se denomina mayoría simple o mayoría relativa a la situación jurídica en la que un candidato, en una votación obtiene

<sup>43</sup> Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1994, p. 50.

<sup>44</sup> Luis Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid. AFDUAM. 2001, p. 204.

más votos que cualesquiera otros. La mayoría simple, de acuerdo con Dahl, sería la única regla de decisión que respeta la igualdad política y la democracia. Sus defensores consideran que representa de mejor manera, en términos de igualdad política, la opinión de cada uno de los ciudadanos; en otras palabras, responde de manera cabal al principio político: un ciudadano un voto. La mayoría simple da a cada ciudadano la posibilidad de tomar parte en una decisión colectiva, en la misma medida que todos los demás.

En principio, es correcto el razonamiento de que la mayoría simple representa de mejor manera, la opinión de cada uno de los ciudadanos, sin embargo, llevada esta tesis hasta sus últimas consecuencias, traería efectos anómalos difíciles de aceptar si se comparten los principios del constitucionalismo democrático, y si se cree que las Constituciones tienen por objeto limitar el poder, incluso, el de las mayorías. Ciertamente, no son pocos los que cuestionan en lo conceptual, me incluyo, la idea de que consensos de las mayorías (aún válidos) puedan legitimar cualquier decisión, incluso, aquellas que desconozcan el orden supraconstitucional o convencional (*Vid.* Sentencia caso Gelman *Vs* Uruguay Corte Interamericana de Derechos Humanos y Opinión Consultiva N°. OC-28/21, de fecha 7 de junio de 2021) o irrespetan a las minorías; desconozcan garantías y derechos fundamentales (como ha ocurrido con la propiedad y la libertad en Venezuela); o impliquen un deslinde con los objetivos programáticos de la Constitución o con sus bases institucionales.

De acuerdo con Buchanan (2009), fue un economista sueco (Wicksell) el primero en proponer una teoría de decisión pública, al plantear que, en un proceso de votación, la regla de la mayoría no constituye una solución para el dilema de la votación. Sólo la unanimidad, que implica cien por ciento de acuerdo en la opción a escoger, garantiza una solución consistente con las preferencias individuales de todos los miembros de la colectividad, la cual, constituye una solución óptima en términos paretianos, que gozará de una aceptación generalizada (Buchanan)<sup>45</sup>. Dado que este mecanismo es de imposible adopción, particularmente en lo que se refiere a las actividades gubernamentales, debido a que es susceptible de ser bloqueado por un solo voto negativo, se propuso una

<sup>45</sup> James Buchanan, *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*. Katz Editores, Madrid, 2009, p. 68.

solución de *second-best* o *subóptimo*, o “regla de unanimidad relativa”, caracterizada por la exigencia de una mayoría calificada o reforzada, la cual, supone una aproximación máxima a las preferencias individuales. La regla súper-mayoritaria opera generalmente a nivel parlamentario, también, en casi todas las instancias colegiadas. Es una herramienta contramayoritaria que persigue preservar la estabilidad político-institucional, ante los cambios continuos en las políticas públicas, impulsados por las mayorías. Si bien el criterio de mayoría simple debe ser la regla general, hay situaciones en las que se justifica la utilización de las súper-mayorías<sup>46</sup>.

#### 4.2.5. El Senado

En los sistemas democráticos la segunda Cámara, la Cámara del Senado, cumple un rol fundamental, en la medida en que representa a las regiones, esto es, una verdadera Cámara de representación territorial, que encarna la voluntad de las regiones (o estados) en la formación de la voluntad legislativa estatal.

Su validez como regla de poder contramayoritaria asociada a una cláusula pétrea se sustenta sobre varias premisas. La primera es que la representación territorial es realmente posible, pues, la designación de los senadores en los ámbitos federales o regionales va a permitir objetivar en el Senado la voluntad y el interés de los estados federales o regiones, y no como un trasunto de los partidos políticos. La segunda es que existe un déficit de participación de las regiones o estados en la

---

<sup>46</sup> En el derecho comparado, la Constitución de los EE.UU. requiere de 2/3 de senadores para aprobar un tratado internacional; las “leyes constitucionales federales” austríacas requieren de un quórum legislativo de 2/3 con la presencia obligatoria mínima de la mitad de los miembros; la Constitución danesa requiere de un quórum de 5/6 para entregar poder político a autoridades internacionales; la Constitución uruguaya requiere de 2/3 para la regulación del sufragio y las elecciones (artículo 77, N°. 7) y para “conceder monopolios” (artículo 85, N°. 17); la Constitución de Costa Rica requiere de 2/3 para aprobar proyectos de ley sobre el Poder Judicial apartándose de la opinión de la Corte Suprema (artículo 167), para el financiamiento previo de las actividades electorales de los partidos políticos (artículo 96, letra e) y para establecer limitaciones al derecho de propiedad (artículo 45); y la Constitución belga dispone de un sistema de súper- las atribuciones de los municipios (artículo 24) y para el sistema electoral (artículo 68 mayoría para proteger los intereses de las diversas comunidades existentes (artículos 4, 5, 35, 39), para delegar materias de las comunidades a las autoridades locales autónomas, establecer).

formación de la voluntad general, achacable a la falta de funcionalidad del Senado. La tercera es que el Senado es una institución esencial en los Estados compuestos porque garantiza la pluralidad de las partes frente a la unidad del todo. La cuarta es que los senadores para ser senadores son más exigentes que para ser diputados, de ahí que la edad, la experiencia, la prudencia van a jugar un rol fundamental en el senado para producir consensos.

### **4.3. Reglas de poder contramayoritarias asociadas a las garantías institucionales**

En el ámbito de las *reglas de poder contramayoritarias* destacan las garantías institucionales, cuya peculiaridad radica en que no aluden propiamente a un derecho de libertad cuyas manifestaciones deban ser protegidas por el Estado ante mayorías circunstanciales; son una suerte de protección especial que la Constitución confiere a determinadas entidades, derivadas del desarrollo de la persona humana en el ámbito de la sociedad civil, y como una manifestación de los valores y principios de solidaridad, corresponsabilidad y subsidiariedad, entre ellas, cabe señalar la familia, los sindicatos, y la autonomía universitaria (Combellas)<sup>47</sup>.

Para la doctrina comparada, se trata de un concepto jurídico en esencia escolástico, que surge con motivo de la interpretación de la Constitución de Weimar en la década de los 20 del siglo pasado, siendo la idea subyacente que la Constitución vincula al legislador, incluso en aquellos supuestos en los que no se declaran derechos, sino, que se salvaguardan instituciones públicas o privadas (Diez-Picazo)<sup>48</sup>. En esta perspectiva, junto a los derechos en el sentido clásico del término, la Constitución contiene, también, numerosas “garantías institucionales”, esto es, preceptos que garantizan instituciones y fijan límites a la autonomía del legislador en aras de una institución, pero, no confieren, en cuanto tales, derechos subjetivos (De Otto)<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: Una Introducción al Estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001. p. 69.

<sup>48</sup> Luis Díez-Picazo, *La idea de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española. Constitución y Constitucionalismo hoy*. Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2000. p. 395.

<sup>49</sup> Ignacio De Otto, *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes* (2ª ed.). Ariel, Barcelona, 1988. p. 31.

### 4.3.1. La garantía institucional de la autonomía universitaria

La garantía institucional de la autonomía universitaria es la *regla de poder contramayoritaria*, que limita el accionar de las mayorías parlamentarias o ciudadanas, al establecer un ámbito especial infranqueable al poder decisorio de éstas.

La Constitución de 1999 (art. 109), al igual que la Constitución española de 1978, incluyó a la autonomía universitaria en la parte dogmática, para dar a la actividad universitaria el más alto nivel de protección. De acuerdo con esta garantía institucional, las universidades detentan la autonomía, libertad y potestades necesarias para llevar a cabo dicha gestión, en concreto, (i) autonomía: académica y administrativa; (ii) libertad: de investigación, y contratación, y; (iii) potestades: normativa, organizativa, y disciplinaria; las cuales, deben ser ejercidas sin sujeción a controles genéricos de legalidad, ni mucho menos, a controles jerárquicos de oportunidad, que las colocarían en una situación de subordinación incompatible con la autonomía constitucionalmente reconocida.

Sin embargo, no puede obviarse que así como el artículo 109 de la Constitución de 1999, reconoce la autonomía universitaria como garantía institucional, el artículo 103, *ibidem*, a su vez, califica a la educación (incluida la universitaria) como un servicio público, de modo que, al configurarse legislativamente la autonomía universitaria, se reconoce cierto grado de intervención estatal para establecer condicionamientos relativos a la creación (y recursos invertidos) de instituciones educativas. Por tanto, la garantía institucional debe evitar que el Estado intervenga de manera ilegítima en el proceso de creación y difusión del conocimiento, a fin de asegurar un espacio de plena autonomía en el que el conocimiento y la investigación científica se pongan al servicio del pluralismo y no de visiones dogmáticas impuestas por mayorías circunstanciales.

### 4.3.2. La garantía institucional de la autonomía municipal

La garantía institucional de la autonomía municipal como *regla de poder contramayoritaria* limita el accionar de las mayorías parlamentarias o ciudadanas en el ámbito local, al establecer un

límite infranqueable al poder decisorio de éstas. El Municipio, como se sabe, constituye la unidad política primaria de la organización nacional, goza de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley. La autonomía municipal comprende, la elección de sus autoridades, la gestión de las materias de su competencia, y, la creación, recaudación e inversión de sus ingresos (art. 168 de la Constitución). Así lo establece nuestra actual Constitución, y en términos similares, en el derecho comparado.

El primero en advertir la necesidad de dotar de protección especial (garantía institucional) a la autonomía de los municipios fue Schmitt, conformada por los siguientes elementos: (i) contenido subjetivo u organizativo: la existencia del municipio; (ii) contenido objetivo o sustantivo: la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local; y, (iii) contenido institucional: la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el constituyente, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las municipalidades frente a injerencias de instancias superiores.

#### **4.3.3. La regla de poder contramayoritaria (garantía institucional) de designación de magistrados y jueces**

Otra *regla de poder contramayoritaria* que debe establecerse al retorno a la Democracia, es un nuevo mecanismo de selección de magistrados y jueces, a efectos de impedir que mayorías circunstanciales puedan incidir en un área tan sensible como la función judicial en un sistema democrático.

Al efecto, se sugiere crear (con una mayoría calificada) un Comité de Postulaciones Judiciales Permanente (institución contramayoritaria), con una duración de cinco a diez años, que seleccione a los candidatos a magistrados, inspirado en la Comisión de Nombramientos Judiciales de Inglaterra (*Judicial Appointments Commission*)<sup>50</sup> y en

<sup>50</sup> La Ley de Reforma Constitucional de 2005, creó una Comisión de Nombramientos Judiciales (CNJ).

el *Comité de Selección de Jueces* (10 miembros) de Israel. La idea es crear una institución independiente de carácter no gubernamental, ajena a cualquier tipo de tutela o patrocinio político. Debe ocuparse de la selección de magistrados de la Corte Suprema y de los puestos judiciales, incluidos cargos de tiempo completo y parcial en la justicia de primera instancia. Dicha Comisión debe estar integrada por un presidente y 10 comisionados. El presidente debe ser un lego, de los 10 comisionados, tres deben ser miembros del poder judicial, los otros deben ser postulados por las Universidades, Colegios de Abogados y Academias. Estos tres miembros judiciales deben provenir de los distintos niveles del sistema de justicia. Los comisionados tienen un mandato inicial de hasta cinco años, y pueden desempeñarse durante un máximo de 10 años. El nombramiento para integrar la Comisión lo puede realizar formalmente el Parlamento según la recomendación conjunta del Tribunal Supremo de Justicia y el Presidente de la República, pero, con estrictas limitaciones respecto a quiénes pueden ser elegidos: Todos los miembros deben ser seleccionados y nombrados mediante un concurso abierto, excepto tres miembros judiciales a quienes los designa el Poder Judicial.

#### 4.3.4. Derecho a la asociación política

Tal como se explicó, la garantía institucional es una *regla de poder contramayoritaria* orientado a la protección especial de entes que la Constitución considera fundamentales para la existencia de un *Estado Constitucional Democrático*, mediante el cual, no sólo se limita al legislador, en su labor de configuración y regulación, para asegurar la integridad organizativa y funcional de la institución protegida, sino, esencialmente, se garantiza la intangibilidad de su autonomía funcional.

En esta perspectiva, debe consagrarse un conjunto de garantías institucionales que den sustento al *Estado Constitucional Democrático* y a la *Democracia Representativa Integral*, entre éstas, podemos señalar, en primer lugar, a la garantía institucional de asociación con fines políticos, la cual, tiene por finalidad tutelar la actividad partidista, impidiendo que la asociación fundacional y la *praxis* asociativa con fines políticos, sean sometidos, por mayorías circunstanciales de vocación

hegemónica, a requisitos y condiciones incompatibles con los fines de la democracia representativa. La asociación política, en tanto garantía institucional, tiene diferencias ostensibles con el derecho de asociación genérica, por cuanto, la asociación con fines políticos es una actividad de evidente interés público, relacionada con el acceso y el ejercicio del Poder Público, por ello, los requisitos de la asociación política están sujetos al cumplimiento de métodos democráticos de afiliación, organización, funcionamiento, dirección, como lo establece, por ejemplo, el artículo 67 de la Constitución de 1999, pero, además, están sujetos como asociación política al deber de lealtad democrática, de manera tal que sus bases programáticas y declaración de principios, no deben contener postulados que atenten contra la democracia representativa, el pluralismo, las minorías, o la identidad colectiva de los venezolanos.

Los partidos políticos son la mejor articulación política entre la sociedad y el Estado, han sido la vanguardia en todos los procesos políticos democráticos y no democráticos, sin ellos no concibe el funcionamiento sano de una sociedad democrática. Sin embargo, la historia ha demostrado que muchos partidos políticos han evidenciado una ostensible deslealtad hacia el sistema democrático, razón por la cual, muchos de ellos han sido proscritos en las modernas sociedades democráticas. Así, el Tribunal Supremo de Israel, en 1962, confirmó la validez de la ilegalización de un movimiento político llamado “La Tierra”, que tenía por uno de sus objetivos explícitos repeler al estado de Israel (Beaud)<sup>51</sup>. De igual manera, la Corte Suprema de Israel debió lidiar con el extremismo político del rabino Kahane, y su movimiento ultraradical, ultranacionalista y ortodoxo, *Kach* (ratificando su ilegalización), en cuyas bases programáticas se postulaba la expulsión de los ciudadanos árabes de Israel, y; la aplicación integral de la ley religiosa a la vida civil y política (Beaud, 2021)<sup>52</sup>. En el mismo sentido, fue invocado el precedente de la República de Weimar, por el Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe cuando aprobó la ilegalización de un partido neonazi (el SRP) y un partido comunista (KPD) en los años 50 del siglo XX, de lo

<sup>51</sup> Olivier Beaud, *Los Últimos Días de Weimar; Carl Schmitt ante el ascenso del nazismo*. Escolar y Mayo Editores S.L., Madrid. 2021. p. 9.

<sup>52</sup> *Ibid.* p.12.

que deriva que la actitud pasiva adoptada por los conservadores en la década de los 30 se consideró inaceptable, pues, las democracias deben protegerse contra los partidos antidemocráticos, para evitar así otro 30 de enero de 1933, fecha en la que Hitler fue nombrado Canciller (Beaud)<sup>53</sup>.

#### 4.3.5. El respeto a los derechos de las minorías

Otra *regla de poder contramayoritaria* que va a dar sustento a la *Democracia Representativa Integral*, es la garantía institucional de respeto a las minorías. De manera general se cree, en algunos sistemas democráticos, que quienes hayan obtenido la mayor cantidad de votos asumen los cargos de elección popular sin mayores limitaciones, y a veces, incluso, se entiende que una limitación inexistente implicaría negar el derecho de las minorías a proponer iniciativas políticas, a controlar al poder, a pedir rendición de cuentas, y a alternarse en el poder, esto es, en estos sistemas anómalos, no se acepta que una propuesta de gobierno puede ser sustituida por otra distinta, no se admite que exista la posibilidad real y efectiva de que diversas fuerzas políticas y sus candidatos puedan ganar el apoyo popular y reemplazar a los incumbentes.

Al efecto, importa precisar que es inadecuada e insuficiente una definición de la democracia sin especificar que el sufragio universal y el principio de las mayorías son sólo condiciones formales, esto es, relativas a la forma y al método (al “quién” y al “cómo”), sin especificar nada sobre la sustancia o los contenidos (el “qué”), sobre lo que no es susceptible de ser decidido por ninguna mayoría (Ferrajoli)<sup>54</sup>. Ahora bien, ¿cómo ha venido operando la dinámica mayorías/minorías en las democracias representativas tradicionales? Obviamente, como *praxis* política, ha venido dependiendo más de la buena voluntad de los operadores políticos que de verdaderas garantías institucionales, pues, como ha observado Elster, las mayorías son proclives a la tentación de “aumentar sus posibilidades de reelección”, de cambiar las fechas de las elecciones de acuerdo a coyunturas más favorables, o de rediseñar

<sup>53</sup> *idem.*

<sup>54</sup> Luigi Ferrajoli, *Garantismo, Una Discusión sobre Derecho y Democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 103.

de los distritos electorales; peligro éste no necesariamente relacionado con una amenaza de la mayoría de la población respecto de las minorías, sino, también, de la mayoría parlamentaria circunstancial, pues, los parlamentarios pertenecen a partidos o movimientos políticos con intereses de poder que no deberían ser ignorados en un diseño institucional, ya que la mayoría de ellos tienen incentivos para mantenerse como tal (*Vid. Elster, ut supra*). Precisamente, de ahí surge la necesidad de contener al más amenazador de los poderes, el legislativo, mediante la mineralización constitucional de su forma de proceder, y el establecimiento de barreras constitucionales que no puede traspasar en ningún caso (Prieto Sanchís)<sup>55</sup>.

Desde otra perspectiva, ¿cómo se puede garantizar en una futura *Democracia Representativa Integral* que las minorías puedan ejercer las facultades precisadas? En mi opinión, concibiendo un sistema institucional (garantía institucional) de protección a las minorías, mediante reglas de poder contramayoritarias, que impidan a las mayorías, por una parte, consolidar sus pretensiones hegemónicas, y, por la otra, impidan a las mayorías coartar, limitar o interferir de cualquier manera, en el crecimiento o simplemente en el desenvolvimiento democrático de las minorías. Entre estas reglas o fórmulas de poder contramayoritarias, que configuran a la garantía institucional de respeto a las minorías, tenemos: (i) la prohibición a los incumbentes de vocación hegemónica de alterar las reglas de acceso al ejercicio del poder, o de permanencia en él; (ii) prohibición a los incumbentes de identificar la soberanía popular con sus mayorías (*pars pro toto*); (iii) prohibición a los incumbentes de irrespetar los límites a los que sujeto el ejercicio del poder, especialmente en lo tocante a su relación con las minorías, y; (iv) prohibición a los incumbentes de acallar a las minorías, y respetar su derecho a ofrecer sus opiniones y programas como alternativas de poder, y su posibilidad real de concitar la adhesión ciudadana para transformarse en mayoría, lo que exige la previsión de reglas que encaucen la dinámica del proceso político y, el acatamiento de esas reglas, sobre todo por aquellos que encarnan circunstancialmente la mayoría.

---

<sup>55</sup> *Ibid.* p. 203.

#### 4.3.6. Regla de poder contramayoritaria (garantía institucional) de inmunidad parlamentaria

La inmunidad parlamentaria no es un privilegio político como se acostumbra a señalar, sino, una garantía institucional, esto es, una *regla de poder contramayoritaria* concebida para, por una parte, preservar el desempeño de la función parlamentaria, que viene a ser una garantía de la independencia e integridad del Parlamento como institución, y; por la otra, para preservar la voluntad misma de los electores que han elegido a sus representantes. Esta garantía institucional tiene por finalidad, impedir a las autoridades del sistema de justicia, detener o someter a los parlamentarios, durante el ejercicio de sus funciones, a procesos penales por la posible comisión de algún delito, salvo en el caso excepcional de flagrancia.

La garantía institucional de la inmunidad parlamentaria ha sido una constante en el desarrollo constitucional de Venezuela, desde la primera Constitución de 1811, que la consagraba en el artículo 69. La Constitución de 1999, la consagra en su artículo 200, en los siguientes términos:

Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los y las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia. Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los y las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley.

Dada la naturaleza de su función, la garantía institucional de la inmunidad parlamentaria, debe ser reconocida en la futura Constitución del siglo XXI como una regla de poder que no puede ser eliminada o acotada por ninguna mayoría parlamentaria o plebiscitaria, pues, su

eliminación implicaría, nada más y nada menos, que la afectación o degradación de la función parlamentaria.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto, queda claro que en las sociedades democráticas desde siempre se han presentado tensiones entre Constitucionalismo y Democracia. En particular, en nuestra región, la democracia está bajo constante amenaza debido a las embestidas de populismos, de derivas autoritarias y dictatoriales, que, frecuentemente desembocan en rupturas del orden constitucional y democrático. Venezuela no ha estado exenta de estas tensiones y rupturas, al punto que hoy padecemos un régimen autoritario que llevó las tensiones Constitucionalismo-Democracia a traspasar el umbral de la ruptura.

En tal perspectiva, el retorno de Venezuela a la senda democrática, va requerir la construcción de una sólida arquitectura institucional y política, democrática y democratizadora, a partir de una reformada o nueva norma constitucional, estructurada a partir de nuevas exigencias epistémicas como la razonabilidad que den vida a nuevas decisiones políticas fundamentales, fundadas en lo que Rawls denomina doctrinas comprensivas razonables, no excluyentes, que garanticen mínimos constitucionales y la eliminación de las desigualdades que generan las llamadas contingencias arbitrarias. ¿Cómo se pueden garantizar este nuevo paradigma constitucional y democrático? Definitivamente, a través de un entramado de *reglas de poder contramayoritarias*, mediante las cuales, se va a acotar al legislador en su función de configuración legal y de regulación, y se van a limitar a las mayorías en ejercicio del poder constituyente y su poder decisorio (democracia directa).

Estos mecanismos están llamados a cumplir una función esencial en el nuevo orden constitucional y democrático, pues, a través de ellos, se obtendrá un funcionamiento más eficiente del sistema de frenos y contrapesos institucionales. En este nuevo contexto, la democracia no va a responder a la simple lógica de las mayorías. Se podrá decidir libremente en la llamada esfera de lo “susceptible de ser decidido” (Ferrajoli), sin embargo, en los ámbitos reservados deberá alcanzarse un alto nivel de consenso, a través, de supermayorías o mayorías

calificadas, y; habrá otros ámbitos en los que no podrá disponerse de algunas materias ni aun con el consenso de mayorías calificadas, esto es, la esfera de lo que “no es susceptible de ser decidido por ninguna mayoría” (Ferrajoli), por ejemplo, cuestiones que afecten a los derechos humanos (Sentencia Corte IDH, caso Gelman *Vs.* Uruguay) o las bases fundamentales del Estado (i.e., régimen republicano) y de la Democracia (i.e., gobierno alternativo).



# BUENAS Y MALAS NOTICIAS Y MUCHO AÚN POR HACER: INFLUENCIAS DEL CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL (Y DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL) SOBRE EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

JORGE KIRIAKIDIS\*

SUMARIO

• Introducción. • Unas breves conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

Así como el Derecho Administrativo tiene una relación especialmente estrecha con el Derecho Constitucional<sup>1</sup>, en tanto que –en desarrollo a los postulados del Estado de Derecho– es el Derecho que habilita a la Administración como organización del Ejecutivo para atender y dar satisfacción a diversas necesidades de los ciudadanos y que –presuntamente– limita esa actividad (y de allí la necesaria incumbencia de lo Constitucional), el Contencioso Administrativo guarda igualmente un estrecho vínculo con los medios y en general con la Justicia Constitucional. Esto así, no solamente por una suerte de reflejo en lo que ocurre con lo sustantivo, sino además porque, en gran medida, y de modo más evidente luego de aprobados los textos de la Constitución de 1999 y de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,

---

\* Abogado UCAB. DSU Derecho Administrativo Paris II. Especialista en Procesal Constitucional UMA. Candidato a Doctor en Derecho UCAB. Profesor de Post Grado UMA y UCAB. Antigo Profesor de pregrado de la UCV y la UNIMET.

<sup>1</sup> Sobre esta relación en la que el derecho constitucional sirve de base al derecho administrativo, da cuenta, desde sus más tempranas ediciones, la obra del profesor Georges Vedel y Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, 12 Edición, Colección TEMIS, PUF, Paris, 1992. pp. 25-76.

el contencioso administrativo es parte de esa *jurisdicción Constitucional*, no sólo por razones comunes a todos los jueces (por encargo del artículo 334 de la Constitución), sino además porque el contencioso administrativo está especialmente encargado de declarar la nulidad por infracción a derecho (incluido el derecho constitucional) de los actos de la administración (como lo recuerda no sólo el artículo 259 de la Constitución sino además el artículo 9 ordinal 1ro de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Históricamente, por lo menos entre el año 1961 (año en que se aprueba la anterior Constitución), y con mayor intensidad desde 1977 (año en que entra en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976) y desde 1988 (año en que se aprueba la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) y hasta el año 1999 (año en que se aprueba el vigente texto constitucional venezolano), mucho hizo el Juez contencioso por la Justicia Constitucional, siendo notables los aportes que en materia de amparo constitucional se deben a la Sala Político Administrativa y a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Luego de 1999, y muy especialmente a partir del año 2010 (año en que se aprueban tanto la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), se amplió la participación de los jueces contenciosos (ahora no solo la Sala Político Administrativa) en la verificación de la constitucionalidad de los actos administrativos, y se disciplinó toda aplicación de la Constitución (bien por vía de la apelación de los amparos o bien por vía de la revisión) al escrutinio de la Sala Constitucional y sus interpretaciones vinculantes.

En su trabajo presentado en las jornadas Domínguez Escobar de 2013<sup>2</sup>, la Profesora CECILIA SOSA se refirió a este fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico (refiriéndose especialmente al derecho Administrativo), en el que este *dialogo* –concepto utilizado normalmente para referirse a la retroalimentación que se produce entre

---

<sup>2</sup> Cecilia Sosa G. “La Constitucionalización del Derecho Administrativo” en *XXXVIII Jornadas Domínguez Escobar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*. Editado por Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2013. pp. 39-63.

los tribunales nacionales y los tribunales del sistema interamericano en materia de derechos humanos— que se produce entre todos los tribunales y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es un elemento crucial.

Y así, mucho se ha hecho, algunas cosas positivas y otras no tanto, pero mucho queda por hacer, estas notas que ahora presentamos se refieren justamente a eso, a algunos de los resultados de estas interacciones tanto judiciales como normativas, entre lo procesal constitucional y lo contencioso administrativo, y a ciertos asuntos en los que hace falta y sería buena una intervención de la justicia constitucional para ordenar el estado de cosas y ajustarlo a la Constitución.

1. Aun cuando en el pasado se admitía la inconstitucionalidad como una antijuricidad denunciabile en el contencioso, cuando esta se proponía la competencia se modificaba en favor del máximo tribunal de la República, en cambio hoy la posibilidad de conocer y resolver sobre las denuncias de esta naturaleza (constitucionales) se ha extendido a todos los jueces del contencioso administrativo (es decir, la denuncia de la inconstitucionalidad no altera la competencia ordinaria de los tribunales contencioso administrativos respecto de un asunto).

En efecto, bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, cuando se solicitaba la nulidad de un acto administrativo, se hacía una distinción entre motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, y así, cuando se aducían vicios de ilegalidad la competencia se repartía entre los distintos tribunales con competencias contencioso administrativas, en cambio cuando se aducían vicios de inconstitucionalidad, la competencia pertenecía de manera exclusiva a la Corte Suprema (artículo 181 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 1976).

En tanto que, en la actualidad, luego de la Constitución de 1999, y muy especialmente después de aprobada la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 2010, la entidad o identidad de la irregularidad jurídica que se imputa al acto no repercute en la distribución de competencias entre los jueces del contencioso administrativo.

La mano de la justicia constitucional ha tenido que ver en esta evolución. Así, por sentencia Nro. 194 del 04/04/2000, la Sala Constitucional desaplicó el primer aparte del artículo 181 de la, entonces aún

vigente, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y declaró que era competencia de todos los tribunales del contencioso administrativo resolver las nulidades de actos administrativos por razones de ilegalidad e inconstitucionalidad. La decisión textualmente dispuso:

“Ahora bien, considera esta Sala constitucional que el primer aparte del artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al impedir a los Juzgados Superiores con competencia en lo contencioso-administrativo el conocer de la nulidad de los actos administrativos (generales o particulares), cuando se aleguen vicios de inconstitucionalidad, contradice lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución, por cuanto éste otorga facultades a los Tribunales en lo contencioso-administrativo para anular los actos administrativos generales o individuales por contrariedad a derecho, que comprende -sin lugar a dudas- tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad.

(...) De manera que, por tales circunstancias y en especial a que por mandato constitucional los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular actos administrativos por contrariedad al derecho, esta Sala Constitucional estima que la disposición contenida en el primer aparte del referido artículo 181 es a todas luces contraria a la Constitución, motivo por el cual, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución, inaplica a los fines de determinar la competencia en el caso de autos, el primer aparte del artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia por ser inconstitucional, al enfrentar de manera incontestable la disposición establecida en el segundo aparte del artículo 259 de la Constitución, en cuanto sustrae a los tribunales contencioso administrativos distintos a la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo, la competencia que le fue otorgada por la propia Constitución para conocer de la nulidad de los actos administrativos (generales o particulares) contrarios a Derecho.”<sup>3</sup>

2. La idea de la universalidad del contencioso administrativo se ha extendido, ayudada por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por las decisiones de la Sala Constitucional, sin embargo esto –que de suyo está bien, pues supone que se puede hacer valer

<sup>3</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/194-44000-00-0685.HTM>

cualquier pretensión aun alguna innominada— ha tenido dos (2) consecuencias negativas, la primera es desterrar al amparo (y hacer inmune a la Administración a esta vía) del ámbito administrativo y, la segunda, es incluir en el ámbito de lo contencioso administrativo las demandas que la administración interponga en contra de los particulares aun cuando estas sean de contenido civil.

**2.1.** Una de las relaciones más estrechas entre el contencioso administrativo y el contencioso constitucional se produjo gracias al amparo constitucional, fue, además, una relación en la que el contencioso hizo trascendentales aportes, en obsequio a la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en la progresiva configuración del amparo como vía procesal constitucional. De hecho, el contencioso administrativo dio un importante impulso a la reinstauración del amparo (luego de que por años se impidió su acceso sobre la base de un acuerdo de la Corte Suprema de Justicia) y sentó luego las bases de lo que sería casi inmediatamente el contenido de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. De entre otras, dos (2) decisiones del marcan estos hitos:

La primera es la decisión del caso Andrés Velázquez (Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20/10/1983). Es en esta decisión que la Sala Político Administrativa, con ponencia del Magistrado René De Sola, abre de nuevo la puerta al Amparo aún en ausencia de una ley que lo desarrollase, afirmando que tratándose de un derecho (y siendo inútil a estos efectos la distinción entre derechos y garantías), por la fuerza del propio artículo 50 de la Constitución de 1961 el amparo no era una “norma programática” y en cambio era de aplicación y exigencia inmediata, sin necesidad de una ley especial que le desarrollase. Así textualmente lo decía la máxima jerarquía del Contencioso administrativo:

“(...) El artículo 49 de la Constitución reza textualmente (...). La norma transcrita ha sido objeto de divergente interpretación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacionales, pues mientras algunos consideran que se trata de una norma completamente programática cuya aplicación, salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, queda diferida hasta que se dicte la ley especial que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide

el ejercicio del recurso de amparo, y en apoyo de este último criterio se invoca especialmente el aparte del artículo 50 de la propia constitución, que establece: “la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Considera esta Corte que con esa declaración el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pidiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisibles, desde el momento que haría de aquellos meras declaraciones retóricas sin contenido real. (...)”<sup>4</sup>

La segunda es la decisión del caso Registro Automotor Permanente (Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 06/08/1987). Esta decisión lista y sistematiza los principios aplicables al amparo constitucional, tanto aquellos que ya habían sido descritos en otros fallos judiciales como aquellos que parecían consustanciales a su escueta regulación constitucional, que luego se verían recogidos plenamente en la Ley que solo un año después se dictó para reglamentar este Derecho-Garantía Constitucional. El fallo efectivamente caracterizaba al amparo constitucional de esta forma:

*“Como se sabe, la ausencia de una ley reglamentaria del derecho genérico al amparo contemplado en el artículo 49 de la vigente Constitución ha hecho imperativo ir delineando sus caracteres propios y los del juicio a través del cual se le promueve, mediante principios y criterios jurisprudenciales orientadores, apoyados por calificados comentarios doctrinales sobre la materia. Así, en ocasiones por aplicación de principios generales del derecho, por vía de interpretación analógica, como resultado de reflexivos estudios sobre el tema, se han hecho pronunciamientos judiciales que han determinado los siguientes elementos constitutivos del derecho y la acción de amparo: 1.- Que la titularidad de la acción puede corresponder no sólo a una persona física o natural, sino también a una persona jurídica o moral;*

<sup>4</sup> Consultada en Luis Ortiz-Álvarez y Giancarlo Henríquez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia de Amparo Constitucional (1969-2004)*. Editorial Sherwood, Caracas, 2004. pp. 64.

- 2.- *Que el acto lesivo puede provenir tanto de una autoridad pública, como de particulares, grupos u organizaciones privadas;*
  - 3.- *Que el acto lesivo puede implicar una acción o una omisión;*
  - 4.- *Que el agravio debe ser personal y directo;*
  - 5.- *Que el acto, hecho u omisión debe afectar concreta y directamente un precepto constitucional que garantice un derecho inherente a la persona, y, por tanto, no puede hacerse valer contra actos ilegales del Poder Público, sino contra aquellos que, en violación de la Carta fundamental, lesionen al particular en los derechos que ella consagra;*
  - 6.- *Que el amparo tiene carácter restitutorio y no indemnizatorio;*
  - 7.- *Que el mandamiento de amparo exige que sea manifiesta e incontestable la inconstitucionalidad del acto que se considera lesivo;*
  - 8.- *Que el amparo es un remedio extraordinario, que sólo procede cuando se hayan agotado, no existan, o sean inoperantes otras vías procesales que permitan la reparación del daño;*
  - 9.- *Que el proceso de amparo es de orden público, gratuito, igualitario y concentrado;*
  - 10.- *Que el proceso exige la intervención de la parte contraria como garantía del derecho de la defensa (principio de la bilateralidad);*
  - 11.- *Que la lesión que cause el acto (hecho u omisión) inconstitucional, sea actual, es decir, que la acción de amparo no puede intentarse frente a hechos pasados ni futuros, salvo en este último caso, que constituya una amenaza cierta, real y verificable, del derecho tutelado por la Constitución.*
  - 12.- *Que el mandamiento de amparo tiene efectos particulares o concretos, por lo cual no puede afectar a personas que no hayan tomado parte en la controversia; Y,*
  - 13.- *Que la brevedad y sumariidad del proceso no impide la apelabilidad o revisión del fallo.*
- Varios de esos rasgos característicos del Instituto de amparo en Venezuela han sido previamente analizados por este Supremo Tribunal en anteriores decisiones.*"<sup>5</sup>

Es cierto que el carácter *extraordinario* de la acción de amparo (al que se refería la jurisprudencia luego cobró textura normativa bajo la causal de inadmisibilidad a que se refiere el ordinal 5to del artículo 6

---

<sup>5</sup> Consultada en Luis Ortiz-Álvarez y Giancarlo Henríquez, ob. cit. pp. 68-69.

de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales<sup>6</sup>, de modo general, y bajo la condición especial que impone el artículo 5, en la parte final de su primer párrafo, de la misma ley y respecto de los amparos que se ejerzan en contra de las actuaciones de la Administración Pública<sup>7</sup>), hicieron pensar en la inviabilidad del amparo contra la Administración o sus actuaciones, pero la jurisprudencia contencioso administrativa sostenía –por lo menos en teoría– que esta exclusión absoluta no era correcta, y que en todo caso la existencia o no de una vía idónea que hiciera inadmisibles el amparo debía ser revisada caso por caso. En este sentido, en la sentencia antes mencionada del caso Registro Automotor Permanente, la Sala Político Administrativa señalaba (aún antes de la aprobación de la Ley) que:

*“(...) la Corte dejó establecido que la acción de amparo resulta improcedente cuando existan medios procesales que permitan obtener los mismos efectos perseguidos por el amparo solicitado. Pero (...) de acogerse el criterio de que el amparo no cabe cuando hay acción de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad se haría nugatorio el amparo y las personas quedarían desprotegidas de todo cuanto hagan los Poderes del Estado atentado contra el orden jurídico constitucional y legal, constituyendo el amparo la única vía para remediar rápidamente los daños y perjuicios que se verifiquen en base al acto cuestionado. En efecto, **de aplicarse el principio de la extraordinariedad de la acción de amparo en forma absoluta, sería letra muerta el derecho al amparo consagrado por el constituyente, pues es difícil concebir una situación que no tenga un medio procesal ordinario de impugnación previsto en el ordenamiento jurídico.***  
(...)

*Conforme a lo anterior, para que sea dable la concesión de un mandamiento de amparo, el juez que conoce de la solicitud respectiva debe concretar su examen a la verificación de los siguientes aspectos:*

<sup>6</sup> “Artículo 6.- No se admitirá la acción de amparo: (...) (5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. (...)”.

<sup>7</sup> “Artículo 5.- La acción de amparo procede contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional. (...)”.

1. *Que la situación jurídica infringida por el acto, hecho u omisión de la autoridad pública o del particular, sea violatoria en forma directa, manifiesta e incontestable de un derecho o garantía constitucionalmente tutelado;*
2. *Que no exista para el restablecimiento de esa situación jurídica lesionada ningún otro medio procesal ordinario adecuado; y*
- 3.- *Que la lesión o el derecho o garantía afectados sean de tal naturaleza que no podrían ser reparados mediante la utilización de ese otro medio procesal. (...)*<sup>8</sup>.

La publicación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no hizo más que insistir en este estado de cosas, y así la jurisprudencia se tomó la tarea de ir identificando los casos en los que la existencia de la vía contencioso administrativa no impedía la admisión del amparo constitucional, admitiéndose el amparo (1) frente a las omisiones absolutas de la administración a resolver un asunto y sus recursos (Sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 23/05/1988 Caso Fincas Algaba<sup>9</sup>; 11/07/1991 Caso José Emisael Durán Díaz<sup>10</sup>, y ;04/03/1993 Caso Myrtho Jean Mary de Seide<sup>11</sup>); (2) frente a actuaciones u omisiones de la administración en asuntos donde, por la naturaleza del caso, el transcurso del tiempo determina la ineficacia e ineficiencia concreta de la vía contencioso administrativa, es decir, en aquellos casos en los que la urgencia o la inmediatez son de la esencia de cara al derecho a petición o a la tutela efectiva (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 25/05/1994 Caso Federación Venezolana de Deportes Ecuestres<sup>12</sup>; Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1215 de 06/07/2001<sup>13</sup>); (3) como medio para enfrentar las *vías de hecho de la administración* (Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 08/05/1991 caso Ganadería El Cantón; Sentencia de la

<sup>8</sup> Ibidem, pp. 73-74.

<sup>9</sup> Ibidem, pp. 83-85.

<sup>10</sup> Ibidem, pp. 527-529.

<sup>11</sup> Ibidem, pp. 530-532.

<sup>12</sup> Ibidem, pp. 268-269.

<sup>13</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1215-060701-00-1021.HTM>

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 3052 del 04/11/2003<sup>14</sup>), y finalmente (4) para reclamar la prestación de servicios públicos de cara a la violación de los derechos sociales y colectivos a cuya prestación se compromete constitucionalmente el Estado y principalmente la Administración (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1556 de 08/12/2000<sup>15</sup>).

Vale la pena observar que en su oportunidad (aún dentro de su primer año de funcionamiento) la Sala Constitucional organizó la distribución de las competencias iniciales para el conocimiento de los amparos ejercidos contra la Administración Pública en razón del artículo 5 de la Ley Orgánica de Aparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales mediante la recordada decisión Nro. 2555 de 08/12/2000, caso Yoslena Chancamire Bastardo<sup>16</sup>, reconociendo con naturalidad la coexistencia de la vía del amparo y la vía contencioso administrativa para hacer frente a la Administración.

Pero esta historia de aportes cruzados, de *dialogo* como hemos dicho antes, repentinamente llegó a su fin, por dos (2) razones esgrimidas desde la Sala Constitucional.

La primera, en tanto que muy temprano (casi desde la aprobación de la Constitución vigente), la Sala Constitucional –y más adelante la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia haciéndose eco de la jurisprudencia de la Sala Constitucional– arrebató a la Sala Político Administrativa (y en general a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia) tanto la competencia en primer resorte (primera instancia) como en apelación de los amparos autónomos<sup>17</sup> (Sentencia de la Sala

<sup>14</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/3052-041103-03-2151.HTM>

<sup>15</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1556-081200-00-1339%20.HTM>

<sup>16</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1555-081200-00-0779%20.HTM>

<sup>17</sup> En nuestra opinión, de manera equivocada y alterando el modelo que la propia Constitución establece, pues: (1) para la Constitución “Todos los jueces o juezas de la República” - y no solo la Sala Constitucional- “están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución” “en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley” (artículo 334 de la Constitución), y sin dudas el amparo es uno de los mecanismos más importantes para asegurar esa supremacía; además (2) para la Constitución todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (y no sólo la constitucional) son garantes de la “supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” y “máximo y

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1 de 20/01/2000 Caso Emery Mata Millán)<sup>18</sup>. Vale la pena recordar los argumentos que dio la Sala Constitucional para este radical cambio:

*“(...) esta Sala establece que ha sido facultada en materia de amparo de la siguiente forma:*

*Por ser función de esta Sala, según el artículo 335 de la Constitución, la interpretación de dicha Carta Magna, es claro que la materia de su conocimiento abarca las infracciones constitucionales, como lo demuestran las atribuciones que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga a la Sala Constitucional en su artículo 336. Esta circunstancia la convierte en la Sala que por la materia tiene la competencia para conocer, según el caso, de las acciones de amparo constitucional propuestas conforme a la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Por otra parte, debido a su condición de juez natural en la jurisdicción constitucional, la competencia que contempla el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales ha desaparecido, ya que la materia constitucional corresponde a esta Sala (téngase presente que la creación de una Sala con competencia constitucional, origina un criterio orgánico para delimitar la competencia en el cual se encuentran comprendidos, necesariamente, todos los asuntos relacionados con la Constitución).*

---

ultimo intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación” (artículo 335 de la Constitución), con lo que este encargo es común a todas las Salas, y finalmente; (3) para la Constitución las competencias en amparo de la Sala Constitucional se limitan a la revisión prevista en el artículo 336 ordinal 10mo. Es decir, en el diseño constitucional, las distintas Salas del Tribunal Supremo conservan sus competencias (en primer y segundo resorte) como jueces de amparo constitucional (integrados a la jurisdicción constitucional) y la Sala Constitucional –para que tenga sentido el sistema– funciona como juez de revisión de los criterios sentados en amparo por vía de revisión. Obsérvese además que la Constitución –al hablar de las competencias en materia de preservación de la supremacía e integridad de la constitución (común a todos los tribunales– si hace la precisión (como no la hace al referirse al amparo) que la Sala Constitucional tiene, como órgano de la jurisdicción constitucional, la competencia “exclusiva” –excluyendo a las demás Salas del Tribunal Supremo– de “declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.” (artículo 334 último párrafo). Esa precisión no la hace la constitución respecto a la desaplicación o al amparo, que, por el contrario, son competencias de justicia constitucional comunes a todos los tribunales.

<sup>18</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/01-200100-00-002.HTM>

*Por las razones expuestas, esta Sala declara que, la competencia expresada en los artículos 7 y 8 de la ley antes citada, se distribuirá así:*

*1.- Corresponde a la Sala Constitucional, por su esencia, al ser la máxima protectora de la Constitución y además ser el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el conocimiento directo, en única instancia, de las acciones de amparo a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere dicho artículo, así como contra los funcionarios que actúen por delegación de las atribuciones de los anteriores. Igualmente, corresponde a esta Sala Constitucional, por los motivos antes expuestos, la competencia para conocer de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales.*

*2.- Asimismo, corresponde a esta Sala conocer las apelaciones y consultas sobre las sentencias de los Juzgados o Tribunales Superiores aquí señalados, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando ellos conozcan la acción de amparo en Primera Instancia.”*

La segunda es que, de manera progresiva, y aun con más fuerza luego de la aprobación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, la “Universalidad del Contencioso” (que no es un principio creado por esa Ley, a pesar de que si es la primera vez que se lo enuncia de manera expresa en un texto legal de modo general) se ha utilizado como argumento para sostener la idoneidad y suficiencia de los procesos contencioso administrativos para brindar cualquier tutela de contenido constitucional frente a la Administración Pública, y con ello se ha utilizado como argumento para establecer una inadmisibilidad automática del amparo frente a las actuaciones de la Administración, aun cuando no sean más que vías de hecho. Y así, la existencia de un contencioso de los servicios públicos y un contencioso de las nulidades, se han erigido en razones suficientes y generales –sin

necesidad de análisis puntual— para declarar la no admisión del amparo frente a la Administración por la existencia de una vía igualmente idónea. Difícilmente se puede señalar a una decisión como punto de partida de esta tendencia, pero una revisión cuantitativa de los repertorios de decisiones da cuenta de la virtual inexistencia de decisiones de amparos autónomos en contra de la administración en los últimos diez o quince años, también hay que observar —siendo completamente honestos— que durante ese período también ha ocurrido una progresiva disminución de los amparos que se interponen en contra de la administración.

Esta disminución no sería una mala noticia si se debiera a que el contencioso ordinario se ha convertido en una garantía de tal modo eficaz y eficiente, que los particulares han renunciado a acudir al amparo o que, la Administración, frente a la amenaza de ser disciplinada por el juez contencioso, se esmera, ahora más que nunca, en salvaguardar los derechos de los administrados, y por ello no comete agravio alguno, pero ese —lamentablemente— no parece el caso.

Y la realidad es que, aun cuando el contencioso resultara ser una vía de tremenda eficacia ¿no sería razonable dejar al administrado (en tanto que individuo libre y beneficiario del derecho de acceso a la justicia y los medios que pone a su disposición el ordenamiento), la decisión de elegir la vía —entre aquellas que le proporciona el ordenamiento— más idónea y más ajustada a la protección de sus derechos e intereses? ¿No es acaso inmanente a la libertad la facultad de elegir y luego cargar con las consecuencias (buenas o malas) de esa elección?

2.2. De otra parte, en una particular interpretación del principio de la universalidad del contencioso, se ha extendido la competencia de este orden competencial al conocimiento de los asuntos en el que los demandados sean personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuando el demandante sea un ente de la administración.

Esta curiosa interpretación del principio de universalidad parece tener su origen, tal y como lo señalara Henrique Iribarren<sup>19</sup>, en el descubrimiento que hace la Sala Político Administrativa de un principio —necesariamente vinculado al de universalidad— al que denominó “de

<sup>19</sup> Henrique Iribarren, “Las partes en el contencioso administrativo” en *XXXVIII Jornadas Domínguez Escobar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Barquisimeto, 2013. pp. 367.

unidad de competencia” en la decisión Nro. 1315 de 08/09/2004<sup>20</sup>, caso Banco Industrial de Venezuela (luego ratificada por decisiones de esa misma Sala Nro. 1900 de 27/10/2004<sup>21</sup> y Nro. 2271 de 24/11/2004<sup>22</sup>), y la misma quedó legalmente plasmada en los artículos 9, ordinal 9, 23, ordinal 2do, 24, ordinal 2do y 25, ordinal 2do, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010.

Sobre esta novedad del contencioso, HENRIQUE IRIBARREN comentaba:

*“Estas serían las reglas que disciplinan de ahora en adelante, mientras se mantenga vigente la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las demandas de los entes públicos contra particulares, lo que a nuestro juicio, transforma la visión clásica del contencioso administrativo venezolano, en la cual se le consideraba como un conjunto de tribunales especializados pertenecientes al Poder Judicial, que juzgaban la actividad de la administración, para pasar a ser de ahora en adelante un fuero especial de la Administración Pública, donde lo relevante ya no es la «actividad administrativa» sino que una de las partes de la relación jurídico procesal, sea la Administración Pública.*

*Por último, queremos señalar que esta nueva configuración del Contencioso Administrativo en Venezuela, podría resultar contraria al derecho de todo ciudadano a ser juzgado por su juez natural, derecho de rango constitucional previsto en el artículo 49, de la Constitución de 1999.”*<sup>23</sup> (Resaltado nuestro).

Esta moderada pero muy ajustada opinión de IRIBARREN, la compartió también la Profesora RONDÓN DE SANSÓ, y en su caso, con algo más de énfasis, afirmaba:

*“Un elemento de la ley, traiciona el concepto mismo del Contencioso Administrativo al establecer como competencia de sus tribunales,*

<sup>20</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01315-080904-2004-0805.HTM>

<sup>21</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01900-271004-2004-1462%20PONENCIA%20CONJUNTA.HTM>

<sup>22</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02271-241104-2004-1736.HTM>

<sup>23</sup> Henrique Iribarren, ob. cit. pp. 371-372.

*conocer de las demandas de los entes públicos contra los particulares. Este artículo es la negación, del Contencioso Administrativo.*”<sup>24</sup>

Esto, que sin dudas es un exceso, es tal vez una de esas áreas en las que sería necesaria la intervención –y la interacción– de la justicia constitucional, por vía de interpretación, desaplicación o nulidad, de cara al argumento ineludible según el cual, someter a los particulares a defenderse ante un juez de lo contencioso administrativo supone sustraer al administrado, al individuo, y por ello al titular de la protección de los derechos fundamentales que consagra la Constitución, a un juez que no es su juez natural.

Tal vez por vía de interpretación, y sin necesidad de declarar nulidades, simplemente acudiendo a una interpretación constitucionalizante de la norma legal, se podría armonizar estas normas atributivas de competencia atendiendo a lo que expresamente dice la parte final del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que esta parte final parecería condicionar la competencia de los jueces contenciosos para conocer de las demandas de la administración contra los particulares, a la condición de que esas pretensiones sean “de contenido administrativo”.

**3.** En asuntos meramente procedimentales, la interacción entre la jurisdicción Constitucional y la Contencioso Administrativa, en asuntos ligados al proceso contencioso administrativo han sido abundantes, en algunos casos esta interacción ha sido decididamente positiva y en otros no tanto. Podemos ahora referiros –de entre otros muchas– a tres (3) interacciones puntuales:

**3.1.** En una interpretación constitucionalizante, primero la Sala Político Administrativa y luego la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entendieron eliminada –en favor del acceso a la Justicia– la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, frente a la derogatoria de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de justicia de 2004.

<sup>24</sup> Hildegard Rondón De Sansó, “Jurisdicción constitucional y Jurisdicción contencioso administrativa” en *XXXVIII Jornadas Domínguez Escobar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*. Barquisimeto, 2013. p. 111.

Aun cuando en alguna decisión previa la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo intentó dejar sin efecto el requisito del agotamiento previo de la vía contencioso administrativa que establecía la Ley de la Corte Suprema de Justicia de 1976, ese criterio no prosperó y rápidamente fue revertido.

No fue sino hasta el año 2004, luego de publicada la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 (derogada por la de 2010), que no menciona al agotamiento de la vía administrativa como un extremo de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de anulación, que la Sala Político administrativa afirmó –ya ahora de manera coherente y reiterada– que aquella exigencia (el agotamiento de la vía administrativa) no era ya un elemento a ser tomado en consideración a los efectos de admitir estas demandas.

La decisión que estrena este criterio es la Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 786 de 07/07/2004, caso Farmacia Big Low S.R.L. vs Ministerio de Salud y Desarrollo Social<sup>25</sup>, en donde de modo lacónico expresó: “(...) *con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el agotamiento de la vía administrativa ya no se constituye como una causal expresa de inadmisibilidad de los recursos contencioso administrativos de anulación.*” Criterio éste que inmediatamente ratificó por Sentencia Nro. 1609 de 29/09/2004, caso Juan Romero y otros<sup>26</sup>.

A su turno la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se refirió al mismo asunto, e hizo suyo el criterio de la Sala Político Administrativa, en Sentencia Nro. 3257 del 16/12/2004<sup>27</sup> en los siguientes términos: “(...) *en la actualidad, según lo ha señalado la Sala Político-administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia –en su sentencia n° 1609, del 29.09.04–, la nueva Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal no contempla el agotamiento de la vía administrativa como un requisito de admisibilidad de los recursos que se interpongan ante los Tribunales contencioso-administrativos, de*

<sup>25</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00786-0700704-2004-0470.HTM>

<sup>26</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01609-290904-2004-0659.HTM>

<sup>27</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3257-161204-03-2694%20.HTM>

*modo que hoy día, salvo en el caso del llamado antejuicio administrativo que precede a las demandas contra la República, es optativo para el interesado interponer los recursos administrativos o acudir directamente a la vía judicial, y sólo si acude a la vía administrativa deberá agotar los recursos administrativos, antes de ir al contencioso-administrativo. Así se declara”.*

Más adelante la Sala Constitucional decidió *agregar* algunas condiciones que antes no había observado, señalando que, si el administrado voluntariamente acudía a la vía administrativa, entonces debía esperar a que o bien la administración le respondiera o bien a que se produjera el “silencio administrativo” que habilita el acceso a la vía judicial. En efecto, en su decisión Nro. 957 de 09/05/2006<sup>28</sup>, la Sala Constitucional estableció:

*“(...) la Sala considera que, por cuanto el recurso de reconsideración no se pronunció sobre el fondo del asunto, el quejoso dispondrá de la pretensión contencioso administrativa para la satisfacción de su pretensión de tutela de derechos constitucionales; **medio judicial que puede ser interpuesto sin que deba agotarse, de manera previa y obligatoria, la vía administrativa, puesto que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia eliminó el requisito del agotamiento previo de la vía gubernativa como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares y la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal así ya lo ha precisado (Ver, entre otras, sentencias nos 786/2004, 944/2004 y 1609/2004); de forma tal que el justiciable pueda escoger entre acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa o el ejercicio de los recursos administrativos. (...) Lo que sí debe quedar claro es que, cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe o bien esperar la respuesta expresa del recurso o el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo que dispone el artículo 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.**”*

<sup>28</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/957-090506-05-2128.HTM>

Pero luego la Sala Constitucional revisó su propio criterio, y decidió —en obsequio al derecho de acceso a la justicia - eliminar esa última exigencia, señalando que aun cuando se acudiera a la vía administrativa, e cualquier momento y sin esperar, el administrado podía acudir al juez. En efecto, en Sentencia Nro. 130 de 20/02/2008, caso INVERSIONES MARTINIQUE, C.A.<sup>29</sup>, la Sala Constitucional textualmente estableció:

“(…) Esta Sala Constitucional en sentencia N° 957 del 9 de mayo de 2006 (...), dejó sentando el criterio relativo a que cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe, o bien esperar la respuesta expresa del recurso, o el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo que dispone el artículo 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (...) Ahora bien, considera esta Sala que es necesario dejar claro a fin de garantizar el principio pro actione consagrado en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, que las causales de inadmisibilidad deben estar contenidas expresamente en el texto legal, por lo que no podrá declararse la inadmisibilidad de una acción o un recurso, sin que la causal se encuentre expresamente contenida en ley (Vid. Sentencia N° 759 del 20 de julio de 2000). En este sentido, es oportuno indicar que en virtud de que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, eliminó el requisito previo de agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares, esta Sala debe ser congruente con lo establecido en la referida Ley y no condicionar al que accede al órgano jurisdiccional a intentar el recurso jerárquico una vez obtenida la decisión del recurso de reconsideración o haber operado el silencio administrativo, garantizando de esta manera la tutela judicial efectiva, el principio pro actione y el principio “antiformalista” consagrados en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así las cosas, considera esta Sala que la Sala Político Administrativa fundamentó su decisión en el hecho de que una vez que el particular hubiese decidido ir a la vía administrativa, debe agotarla como requisito de admisibilidad para acceder a la jurisdicción

<sup>29</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/130-200208-07-1482.HTM>

contencioso administrativa, lo cual vulnera el orden público y limita de manera indebida el acceso a la justicia, en los términos expuestos por esta Sala, toda vez que las causales de admisibilidad deben estar legalmente establecidas y no debe condicionarse al particular que accede al órgano jurisdiccional a cumplir con formalismos que no se encuentran establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que, en consecuencia, se debe declarar ha lugar la presente solicitud de revisión y ordenar a la Sala Político Administrativa que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a lo expuesto en este fallo, y así se decide. (...)”

Toda esta reflexión de la jurisprudencia cristalizó finalmente en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, que, de igual modo que lo hiciera la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, excluye “el agotamiento de la vía administrativa” de la lista de causas generales de no admisión.

No obstante, la necesidad del agotamiento de la vía administrativa persiste parcialmente (para el acceso a la vía de las demandas de contenido patrimonial), toda vez la Ley aún exige, como requisito de admisión para emprender las demandas de contenido patrimonial, el agotamiento del *antejuicio*<sup>30</sup> a que se refiere la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2016<sup>31</sup> (artículos 68 y siguientes), asunto éste que, en nuestra opinión, es incoherente, toda vez que frente a él caben las mismas reflexiones en torno al acceso a la justicia que se hicieron en torno al acceso a las demandas de nulidad y el agotamiento de los recursos administrativos. Esta es tal vez una tarea pendiente para la justicia constitucional.

**3.2.** Frente a la *negativa* práctica de declarar la perención de la instancia estando la causa en estado de sentencia, que en algún momento se puso de moda en algunos tribunales (incluida la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y la Sala Político Administrativa), la Sala Constitucional ejerció un control primero vía amparo constitucional y luego por vía revisión constitucional, y declaró la inconstitucionalidad de tal proceder (*lamentablemente*, no sin antes dar la opción de declarar la pérdida del interés previa notificación a las partes).

<sup>30</sup> Artículo 35 ordinal 3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

<sup>31</sup> GO 6.220 Extraordinaria de 15/06/2016.

La decisión con la que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estrena su *repreñión* a la anotada práctica por inconstitucional, es la Sentencia Nro. 956 del 01/06/2001, caso Frank Valero González y Milena Portillo Monosalva de Veleró<sup>32</sup>, dictada con ocasión a un amparo constitucional ejercido contra una sentencia dictada el 04/11/1999, por el Juzgado Superior Segundo Accidental en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira. En esa decisión la Sala Constitucional establece:

“(…) Para que corra la perención la clave es la paralización de la causa. Sólo en la que se encuentra en tal situación puede ocurrir la perención, siempre que la parálisis sea de la incumbencia de las partes, ya que, según el Código de Procedimiento Civil, la inactividad del juez después de vista la causa no producirá la perención.

Siendo la perención un “castigo” a la inactividad de las partes, la de los jueces no puede perjudicar a los litigantes, ya que el incumplimiento del deber de administrar justicia oportuna es sólo de la responsabilidad de los sentenciadores, a menos que la falta de oportuno fallo dependa de hechos imputables a las partes, como ocurre en los ejemplos antes especificados.

La anterior interpretación tiene plena validez para todos los procesos que se rigen por el Código de Procedimiento Civil. (…)

En razón de los argumentos expuestos, considera la Sala que la perención de la instancia, al menos en los procesos de naturaleza civil, o de los que se guíen por el Código de Procedimiento Civil, sólo funciona cuando existe inactividad de las partes, y no cuando después de vista la causa surge inactividad del juez, cuando no sentencie en los términos señalados en las leyes para ello, con lo que se paraliza la causa. (…)

El señalado Juzgado Superior incumplió con el mandato de la Sala de Casación Civil y se escudó, para ese incumplimiento, declarando de oficio una perención de la instancia, que no había ocurrido conforme a la letra del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil.

Al obrar así, la sentencia recurrida violó el artículo 68 de la derogada Constitución y 49 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

<sup>32</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/956-010601-00-1491%20.HTM>

Y con base a este razonamiento, más adelante la Sala Constitucional procedió a revisar diversas decisiones de los tribunales de lo contencioso administrativo que habían aplicado la perención estando la causa en estado de sentencia, anulando tales decisiones. De estas sentencias se puede citar como ejemplo la decisión Nro. 2673 de 14/12/2001<sup>33</sup>, en la que con los siguientes razonamientos se revisó y anuló una sentencia de la Sala Político Administrativa:

*“(...) estima esta Sala que, en el proceso administrativo, al igual que ocurre en el proceso ordinario, mientras las partes estén legalmente facultadas para impulsar el curso del juicio, mediante actuaciones tendientes a lograr el desarrollo o la continuidad de la relación procesal, la perención de la instancia ha de transcurrir, aun en aquellos casos en que el proceso se hallase detenido a la espera de una actuación que corresponde exclusivamente al juez.*

*Sin embargo, considera esta Sala que distinta es la situación cuando no pueden las partes realizar actuación alguna encaminada a impulsar el proceso, puesto que su intervención en el mismo ha cesado, no teniendo en lo adelante la obligación legal de realizar actos de procedimiento. Tal situación ocurre en el proceso administrativo con la presentación de informes que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 96 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, constituye la última actuación de las partes en relación con la controversia, puesto que, cuando estos han sido presentados y el tribunal dice “vistos”, el juicio entra en etapa de sentencia y ningún otro sujeto procesal distinto del juez, tiene la posibilidad de actuar. En otras palabras, cuando en el proceso administrativo es vista la causa, las partes ya no pueden realizar actos de procedimiento, por lo que resultaría un desacierto sancionarlas con la perención de la instancia, por una inacción no imputable a las mismas, resultando elemental que, si el legislador confina la última actuación de las partes al acto de informes, no podría al mismo tiempo requerirle actuaciones posteriores a este.*

*En tal sentido, advierte la Sala que el lapso de la perención prevista en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se inicia el día siguiente de aquél en el que se realizó el último acto de procedimiento de las partes, entendido éste como aquel en el cual*

<sup>33</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/2673-141201-01-2782.HTM>

*la parte interesada puede tener intervención o que, en todo caso, tenga la posibilidad cierta de realizar alguna actuación, oportunidad esta que en el proceso administrativo culmina con la presentación de los informes y antes de ser vista la causa. Por ello, no puede haber perención en estado de sentencia, toda vez que, atendiendo a una interpretación armónica y concatenada de las disposiciones contenidas en los artículos 86 y 96 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil –norma que resulta aplicable supletoriamente en el proceso administrativo–, debe concluir esta Sala que dicho estado de causa no existen actos de las partes, quienes no pueden verse perjudicadas por su inactividad durante la misma, pues, tal como lo ha sostenido esta Sala, “...el incumplimiento del deber de administrar justicia oportuna es sólo de la responsabilidad de los sentenciadores, a menos que la falta de oportuno fallo dependa de hechos imputables a las partes...”. (...)*”.

Esta indudablemente positiva corrección hecha por la Sala Constitucional, en obsequio a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, no obstante, dejó abierta una puerta a la huida judicial al cumplimiento de la obligación de dictar sentencia de fondo.

En efecto, en la misma decisión Nro. 956 del 01/06/2001, la Sala Constitucional –pese a lo tajante de su argumento respecto de que la tardanza imputable al tribunal no puede tener consecuencias para las partes– dio a los tribunales una curiosa salida a su deber de sentenciar en esa misma decisión: la posibilidad de declarar la *pérdida del interés* de las partes aun estando la causa en estado de sentencia. Aun cuando para poder hacer eso, la Sala impone como condición que se proceda a notificar (personalmente, y en caso de que esto no se pueda, por los otros medios previstos en el ordenamiento procesal) a las partes, para que estas tengan oportunidad de manifestar su interés ANTES DE QUE EL TRIBUNAL PRESUMA QUE ESTE HA DESAPARECIDO, y en consecuencia lo declare. Sobre esto la citada Sentencia Nro. 956 del 01/06/2001, expresamente dispuso:

“(...) considera la Sala, a partir de esta fecha, como interpretación del artículo 26 Constitucional, en cuanto a lo que debe entenderse por justicia oportuna, que si la causa paralizada ha rebasado el término de

la prescripción del derecho controvertido, a partir de la última actuación de los sujetos procesales, el juez que la conoce puede de oficio o a instancia de parte, declarar extinguida la acción, previa notificación del actor, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, si ello fuere posible, y de no serlo, por no conocer el tribunal dónde realizar la notificación, o no poder publicar el cartel, con la fijación de un cartel en las puertas del tribunal. La falta de comparecencia de los notificados en el término que se fije, o las explicaciones poco convincentes que exprese el actor que compareciere, sobre la causa de su inactividad y los efectos hacia terceros que ella produjo, las ponderara el juez para declarar extinguida la acción.”

Ese aserto además esta precedido de la siguiente reflexión:

“No es que la Sala pretenda premiar la pereza o irresponsabilidad de los jueces, ya que contra la inacción de éstos de obrar en los términos legales hay correctivos penales, civiles y disciplinarios, ni es que pretende perjudicar a los usuarios del sistema judicial, sino que ante el signo inequívoco de desinterés procesal por parte del actor, tal elemento de la acción cuya falta se constata, no sólo de autos sino de los libros del archivo del tribunal que prueban el acceso a los expedientes, tiene que producir el efecto en él implícito: la decadencia y extinción de la acción.”

Mas allá de que este último razonamiento parece encerrar algún tipo de ironía, lo cierto es que esta interpretación creadora de una carga a un derecho es, a nuestro modo de ver y según los principios que deben seguir la interpretación constitucional, incorrecta. En efecto, no es razonable afirmar que el incumplimiento de las obligaciones por parte del juez no puede tener consecuencias para las partes y después decidir que si las tiene. Es igualmente indebido crear, por vía jurisprudencial (e interpretativa), una presunción (esa según la cual la falta de actividad, cuando no hay ya obligación de actuar, supone una pérdida del interés) en contra del derecho a obtener sentencia de fondo (que es parte del derecho a la tutela judicial efectiva). Este es un proceder interpretativo contrario –de sentido inverso– al principio pro homine y en favor de los derechos que debe signar cualquier interpretación constitucional.

La realidad es que la interpretación constitucional correcta y en favor de los derechos no permite a un tribunal imponer cargas al ejercicio

de los derechos que la ley previamente no ha establecido, eso, la imposición de cargas, siempre que estas no sean contrarias al núcleo esencial de los derechos, es una actividad exclusiva del legislador, y en esto se diferencian las facultades creadoras de derecho del Tribunal Supremo (por vía de precedente) y las del Poder Legislativo. Las interpretaciones constitucionales que hace el juez constitucional deben siempre ir en sentido de ampliar y habilitar los derechos, y nunca en el sentido de restringirlos, so pena de contravenir el principio pro homine que rige este tipo de interpretaciones. Sin dudas este es un asunto sobre el que la Justicia Constitucional tiene una deuda pendiente con los justiciables, que, esperemos, pronto quede correctamente saldada.

**3.3.** La Sala Constitucional lamentablemente eliminó la posibilidad de la Casación Administrativa vía recurso de Juricidad, declarando la nulidad de dicha institución procesal contenida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, quitándole así a los justiciables un instrumento que reforzaba su derecho de acceso a la justicia, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa incluía en su articulado un recurso extraordinario al que denominó “de juricidad”<sup>34</sup>. El de juricidad era, como lo señalaba claramente la Ley, un recurso, no se trataba de una competencia extraordinaria y discrecional de la Sala Político Administrativa. Y en tanto que tal, el de juricidad, era expresión del derecho de acción contenido tanto en el derecho de petición (artículo 51 de la Constitución) como en el derecho de acceso a la justicia (artículo 26 de la Constitución) y el derecho al debido proceso (artículo 49, ordinal 1ro, de la Constitución). Tenía así en común con todos los medios de impugnación —y en particular con todos los recursos que prevé el ordenamiento procesal— esta condición de ser una “emanación del derecho de acción”<sup>35</sup>. Era

<sup>34</sup> “Artículo 95.- Recurso especial de juricidad. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia podrá, a solicitud de parte, revisar las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico. El recurso de juricidad podrá intentarse contra las decisiones judiciales de segunda instancia que se pronuncien sobre destitución de jueces o juezas. Este recurso no constituye una tercera instancia de conocimiento de la causa”.

<sup>35</sup> Enrique Vescovi, *Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Edic. DEPALMA. Buenos Aires, 1988. p. 13.

un recurso extraordinario. En lugar del término inexacto y carente de significado técnico procesal que eligió el Legislador para designarlo (especial), extraordinario era el término técnico procesal correcto y que se opone al término ordinario que se asigna a la apelación. En efecto, el artículo 95 de la Ley en su parte final afirmaba que no se trataba de una tercera instancia. Ello así, en tanto que –lo explicaba la propia norma– lo que hacía objeto del recurso no era la cuestión de hecho o de derecho debatida en el juicio (lo que podríamos llamar el fondo de la controversia), sino las “sentencias definitivas dictadas en segunda instancia”, y concretamente el apego de esa sentencia “al ordenamiento jurídico”. Y si bien la Ley no establecía las causales limitadas de procedencia, no es menos cierto que la discusión sobre los vicios de la sentencia es una cuestión dilatadamente estudiada por la jurisprudencia en el contencioso administrativo, la que ha resuelto de manera inveterada y consistente que los elementos de la sentencia y que los vicios en esos elementos (que pueden acarrear la nulidad de la sentencia) son, en el contencioso administrativo, los que describe el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 243 y 244<sup>36</sup>. Así, usando el texto del artículo 95 y la propia jurisprudencia contencioso

<sup>36</sup> Sin ánimos de hacer una enumeración extensa (pues como decimos esta es una constante de la jurisprudencia) podemos enumerar algunas decisiones de la Sala Político Administrativa en las que señala el modo en como los elementos de la Sentencia y los vicios asociados a las incorrecciones de tales elementos (que acarrear la nulidad del fallo) son los que refiere el Código de Procedimiento Civil. Así, sobre el requisito de la motivación de la sentencia establecido por el artículo 243 ordinales 4to del Código de Procedimiento Civil se pueden consultar las sentencias de la Sala Político Administrativa Nos. 00269 de fecha 09/02/2006 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00269-090206-2004-0614.html>) y 01366 de fecha 01/08/2007 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/01366-1807-2007-2006-0394.html>); sobre el deber de congruencia que, entre otros, expresa el ordinal 5to del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil y los vicios o deformaciones de este elemento que causan la nulidad de las sentencias se pueden consultar las sentencias de la Sala Político Administrativa Nos. 06159 de fecha 09/11/2005 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/06159-091105-2003-0689.html>), 2567 de fecha 05/05/05 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/02567-050505-1999-16522.html>), 01386 de fecha 01/08/2007 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/01386-1807-2007-2006-1102.html>) y 01588 de 26/09/2007 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Septiembre/01585-26907-2007-2003-0565.html>); sobre la prohibición de absolver la instancia a la que refiere el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil se puede consultar la sentencia de la Sala Político Administrativa Nro. 05397 de fecha 04/08/2005 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/05397-040805-1998-14608.htm>).

administrativa, era sencillo afirmar que el de jurisdicción era un recurso extraordinario, en tanto que no suponía el replanteamiento de la causa, sino la revisión del acto estatal que resolvía el conflicto y su apego a derecho, conforme a las precisas reglas del Código de Procedimiento Civil sobre los elementos y los vicios de la sentencia. Y de este modo, una interpretación razonable y cónsona con el principio de interpretación constitucionalizante y en favor del ordenamiento, habría sido entender que el recurso de jurisdicción consagrado en la Ley por el Legislador no era otra cosa que la casación contencioso administrativa a que se refiere la Constitución. Esta era además la postura generalizada de la mejor doctrina en nuestro país<sup>37</sup>.

No obstante, en 2014, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resolvió declarar la inconstitucionalidad de las normas que consagraban este recurso sobre el frágil –y absolutamente insuficiente– argumento del riesgo de *solapamiento de funciones* entre la revisión constitucional que ejerce –como una facultad discrecional– la Sala Constitucional y la casación, llamada jurisdicción –como recurso y por ello derecho– de la que debía conocer la Sala Político Administrativa.

La decisión en cuestión, que no es otra que la Sentencia Nro. 281 de 30 de abril de 2014<sup>38</sup>, declara ésta lamentable nulidad, es cuestionable debido a que la Sala eligió no hacer una interpretación constitucionalizante de la norma que decide anular, olvidando el principio de conservación del ordenamiento legal al que ella misma se ha referido antes en otras decisiones, y obviando posibles interpretaciones que habrían salvado la norma en obsequio al derecho a los recursos en favor de los particulares. Es lamentable la opción que toma la sentencia, esa de ha-

---

<sup>37</sup> Ver Allan Brewer, “Introducción general al régimen de la jurisdicción contencioso administrativa”, en la obra conjunta con Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Nro. 47 de la Colección de Textos Legislativos. Edic. EDJV, Caracas, 2010; Víctor Hernández Mendible, “El recurso especial de jurisdicción, motivo de una nueva batalla entre la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa”, contenido en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Volumen II. Edic. FUDEDA, Caracas, 2011, y; Manuel Rojas P., “El recurso de jurisdicción en Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, contenido en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Volumen II. Edic. FUDEDA, Caracas, 2011.

<sup>38</sup> Consultada en el enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163493-281-30414-2014-10-1039.HTML>

cer desaparecer el contenido de un derecho, so pretexto que ese derecho atenta contra las “funciones soberanas” de la Sala Constitucional. Es lamentable que en el conflicto entre competencias y derechos la Sala prefiera o favorezca a las competencias, y es lamentable en tanto que esa opción es claramente inconstitucional.

Lo que debe ocurrir, es que en una futura reforma el Legislador (la Asamblea Nacional) –en tanto que interprete directo de la Constitución, no vinculado por las interpretaciones de la Sala Constitucional (recuérdese que el carácter vinculante de la interpretaciones de la Sala está limitado, según el texto del artículo 335, a “las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”) -insista en establecer el recurso de juridicidad, incluyendo en él las causales taxativas de procedencia o invocando las causales que dispone el propio Código de Procedimiento Civil (que es el estándar que parece exigir el fallo comentado de la Sala Constitucional), toda vez que el derecho a los recursos tiene evidente raíz constitucional, y supone para los particulares una garantía adicional a obtener una tutela no sólo efectiva sino además ajustada a derecho.

Y al tratar este punto, es ineludible afirmar que es importante que la Sala Constitucional relea la letra de la Constitución en lo que se refiere a la revisión, y tenga presente que el alcance de la revisión está limitado constitucionalmente a decisiones que resuelvan en última instancia amparos constitucionales o desaplicaciones, y que teniendo esto a la vista, reformule sus propias interpretaciones en torno a la revisión, en tanto que esas interpretaciones han extendido indebidamente una facultad constitucional y han transformado –de un modo que se aparta de lo establecido por el constituyente– la revisión en un medio para asegurar hegemonía y la jefatura de la Sala Constitucional sobre todos los tribunales de la República, y ese no parece ser el sentido de dicha institución según la letra del texto constitucional. Tal vez sería bueno recordar que la decisión que estrena en el mundo el control de la constitucionalidad (en su modalidad de control difuso) la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1803 caso *Marbury v. Madison*<sup>39</sup>, justamente

<sup>39</sup> Una comprensiva mirada a este fundamental antecedente de la justicia constitucional se puede leer en Rafael Badell, *Derecho Procesal Constitucional*. Serie Estudios Nro. 121. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. pp. 96-104.

se refería a un asunto donde una ley pretendía modificar y extender las competencias de la Corte Suprema más allá de lo previsto por la Constitución de aquel país.

**3.4.** Pese a la proximidad que tienen el contencioso administrativo y el contencioso constitucional, luego de la aprobación de la Constitución de 1999, y más aún después de la aprobación de las leyes de la jurisdicción de lo contencioso administrativa y del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, se trazó una diferencia procedimental y regulatoria entre el contencioso de los actos de la administración y el recurso de inconstitucionalidad contra los actos de ejecución directa de la constitución, en una tendencia que abona a la claridad y la coherencia.

En efecto, durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 el contencioso de las nulidades recibía un trámite procesal diferente, sujeto a si el acto impugnado era de efectos generales o de efectos particulares, siendo que el trámite procesal de la nulidad de los actos de efectos generales era el mismo que el del recurso de inconstitucionalidad, en cambio hoy se ha unificado el proceso de las demandas contencioso administrativas de nulidad y se les ha escindido del juicio de nulidad por inconstitucionalidad de los actos de ejecución directa de la constitución.

En efecto, gracias a la redacción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, el procedimiento con el que se tramitaba el juicio de nulidad (recurso contencioso administrativo de anulación) contra los actos de efectos particulares y los de efectos generales era distinto, siendo, además, que el procedimiento del juicio contra los actos administrativos de efectos generales y la demanda de nulidad por inconstitucionalidad de los actos de ejecución de la constitución, era el mismo, lo que acarrearba no pocas confusiones.

Esta curiosa identidad procedimental en el trámite de dos (2) pretensiones de diferente naturaleza, objeto y contenido (la de la demanda de inconstitucionalidad de actos de ejecución directa de la constitución y la de la demanda de nulidad por antijuricidad de un acto de rango infra legal), debida puntualmente a la redacción del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, terminó con la simultánea publicación dos (2) leyes en el año 2010, la Ley Orgánica del

Tribunal Supremo de Justicia<sup>40</sup> (que regula “provisionalmente” algunos procesos de justicia constitucional) y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>41</sup> (que regula puntual y especialmente las demandas de nulidad contra los actos administrativos).

Sin embargo, pese a esa separación procesal (dos leyes regulando y separando la demanda de inconstitucionalidad del contencioso de nulidad o anulación), en el tema de la legitimación activa o legitimación para recurrir, continúan recibiendo igual tratamiento, el que les asignó en su momento la célebre decisión de la Sala Político Administrativa del tribunal Supremo de Justicia de 12/02/1987 caso “Ramón Burgos Romero”<sup>42</sup> que duramente criticó el *voto salvado* del Profesor y Magistrado Luis Henrique Farías Mata. En efecto, y como lo explicara el Profesor Henrique Iribarren en su última intervención en las *Jordanas Domínguez Escobar*, la redacción del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece como requisito de legitimación necesaria para el acceso al contencioso administrativo la acreditación de un “interés actual”, expresión esta que constituye –decía Iribarren– un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido ha de variar según se trate de la impugnación de un acto de efectos particulares de otro de efectos generales, y conforme a lo que ha sido la reiterada jurisprudencia contencioso administrativa<sup>43</sup>.

En todo caso, en obsequio a la simplificación y a la coherencia procesal, se ha unificado el contencioso administrativo de las nulidades.

4. El control difuso es un modo en como todos los tribunales – incluidos los de la jurisdicción contencioso administrativa– ejercen la justicia constitucional y se integran a la jurisdicción constitucional, no sólo funcionalmente (es decir, ejerciendo una competencia que es a todos común) sino además en una relación procesal o recursiva (pues las

<sup>40</sup> GO 39.483 del 09/08/2010.

<sup>41</sup> GO 39.451 del 22/06/2010.

<sup>42</sup> Consultada en: Luis Henrique Farías Mata, y el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara (Organizadores). *XVIII Jornadas Domínguez Escobar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*. Editado por Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1993. pp. 176 a 191.

<sup>43</sup> Henrique Iribarren, “Las partes en el contencioso administrativo” en *XXXVIII Jornadas Domínguez Escobar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*. Barquisimeto, 2013. pp. 365 y 366.

desaplicaciones definitivamente firmes, pueden terminar siendo revisadas por la Sala Constitucional, e incluso pueden ser el punto de partida de una declaratoria de inconstitucionalidad de carácter erga omnes).

El profesor RAFAEL BADELL, a quien rinden homenaje estas jornadas en las que estas anotaciones se presentan, en su obra sobre el Derecho Procesal Constitucional<sup>44</sup> (que, dicho sea, es guía obligatoria para la enseñanza de esta asignatura tanto en cursos de pre como de post grado), nos recuerda que el control difuso en Venezuela se remonta al texto mismo de la Constitución de 1811, en su artículo 227 (de modo implícito), aun cuando su más clara y expresa consagración normativa se la encuentra por vez primera en el Código de Procedimiento Civil de 1897 (artículo 10), y desde entonces ha estado siempre vigente en los sucesivos Códigos (el de 1904 y 1916) hasta repetirse en el vigente de 1986 (artículo 20), y de allí regresó a la Constitución (a la de 1999) en el texto del artículo 334 de modo expreso e indudable.<sup>45</sup> Así, por lo menos a nivel académico, es posible sostener que a diferencia de lo que se enseñaba en Europa, en Venezuela desde temprano, la Constitución era norma jurídica dotada de supralegalidad.

Es cierto que no hay en los anales de nuestra historia del Derecho abundantes referencias al ejercicio de esta importante competencia judicial, ello tal vez debido a la vertiginosa sucesión de textos constitucionales que hemos tenido (más o menos 27 textos en 200 años de existencia como República), o tal vez a la circunstancia de que si bien en lo académico casi siempre ha imperado un pensamiento claro y ordenado sobre lo que es el Derecho y la Constitución, en la práctica nuestra historia constitucional ha marchado al ritmo de relaciones de poder ajenas a lo jurídico y esencialmente fácticas, donde la forma normal de acceder al poder eran las rebeliones o los golpes de estado, y estos iban siempre acompañados de nuevas constituciones, llamadas a ser más un estandarte que un instrumento jurídico.

Sin embargo, luego de la Constitución de 1961, aprovechando el advenimiento de la democracia civil, el imperio de la legalidad intentó –algunas veces con éxito– ganar terreno, y, luego de 1999, que

<sup>44</sup> Rafael Badell, *Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit.

<sup>45</sup> *Ibidem*. pp. 104 y 105.

el control difuso adquirió –ahora de modo perfectamente claro– rango constitucional expreso, este empeño de constitucionalizar nuestro ordenamiento ha adquirido una importante herramienta.

Durante este tiempo, luego de 1999, la Sala procedió a reglamentar el ejercicio de esta facultad de los jueces. Así, por Sentencia Nro. 1225 de 19/10/2000<sup>46</sup>, la Sala Constitucional impuso a los tribunales que ejercieran esta facultad constitucional, la carga de informar –ex post– de su ejercicio remitiendo a la Sala una copia de la decisión y los autos *“con el fin de someterlo a la revisión correspondiente, todo en obsequio de la seguridad jurídica y de la coherencia que debe caracterizar al ordenamiento jurídico en su conjunto”*.

Luego de esto, en Sentencia Nro. 833 de 25/05/2001, la Sala produjo un criterio enteramente contrario al texto de la Constitución, que pretendía impedir a los tribunales el ejercicio de esta competencia, asegurando que aquella le pertenecía exclusivamente a esa Sala. Por increíble que pueda parecer, la sentencia en cuestión afirma:

“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 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.” (Resaltado nuestro).

Este criterio fue inmediatamente olvidado, y mediante sentencia Nro. 1998 de 22/07/2003<sup>47</sup>, la Sala Constitucional se refiere al criterio de la Sentencia 1225, para insistir en él y simplemente aclarar que la obligación de remisión de copias de lo decidido nace sólo respecto de

<sup>46</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1225-191000-00-1141.HTM>

<sup>47</sup> Consultada en el portal del TSJ enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1998-220703-01-2184.HTM>

la decisión definitivamente firme. Lo dicho por la Sala al respecto es del tenor siguiente:

“Esta Sala, en anterior decisión con respecto a la remisión por los jueces, de oficio, de la decisión definitivamente firme en la cual desaplicaron una norma jurídica en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, estableció:

“En atención a la incidencia en el ordenamiento jurídico de tal cuestión, el Tribunal o Sala desaplicante deberán remitir a esta Sala Constitucional copia de la decisión, a la cual anexarán copia de los autos, con el fin de someterlo a la revisión correspondiente, todo en obsequio de la seguridad jurídica y de la coherencia que debe caracterizar al ordenamiento jurídico en su conjunto...” (s S.C. nº 1225, del 19-10-00. Subrayado añadido).

Por todo ello, y para la mayor eficacia de la conexión entre el control concentrado, que corresponde a esta Sala, y el control difuso, que corresponde a todos los jueces de la República, debe darse, como se dio en la sentencia que antes se citó, un trato diferente a la remisión ex officio que, para su revisión, haya hecho el juez que la dictó; se obtendrá así una mayor protección del texto constitucional y se evitará la aplicación general de normas inconstitucionales o la desaplicación de normas ajustadas a la Constitución en claro perjuicio para la seguridad jurídica y el orden público constitucional. Por las razones que preceden se reitera que, no sólo el juez puede remitir las sentencias definitivamente firmes en las cuales, en resguardo de la constitucionalidad, desaplique una norma, sino que está obligado a ello.”

Este es el sistema que finalmente asumió la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 en su artículo 33, que dispone textualmente:

“Artículo 33.- Cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás Tribunales de la República ejerzan el control difuso de la constitucionalidad deberán informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. A tal efecto deberán remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme.”

## UNAS BREVES CONCLUSIONES

Este breve recuento nos permite afirmar –y confirmar– que esa relación que se suele afirmar entre la justicia constitucional y el contencioso administrativo, efectivamente existe y ha existido desde hace tiempo en Venezuela. Esa relación ha dado frutos tanto en lo constitucional como en lo administrativo, y a ella han contribuido tanto la Sala Constitucional como los tribunales de la Jurisdicción contencioso administrativa. Esa relación estrecha, ha servido, afortunadamente, y en balance, a los particulares y sus derechos. Y si bien hay, como en todo el quehacer humano, algunos productos que lucen desacertados, lo cierto es que estamos ante un proceso, el de constitucionalización del ordenamiento, que sigue su curso, y los desaciertos son solo tareas pendientes para el porvenir.



# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

ARMANDO LUIS BLANCO GUZMÁN\*

## SUMARIO

- Introducción. I. La evolución del principio de juridicidad. II. La Constitución como norma jurídica. III. Efectos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. IV. Contenido esencial de la Constitución normativa. V. Finalidad de la Constitución normativa. • Conclusiones. • Referencias bibliográficas.

## INTRODUCCIÓN

El principio de juridicidad es capital para el Estado de derecho, ya que, por una parte, es el elemento jurídico formal sobre el cual se organiza el concepto (Estado de derecho) y por otra parte, determina que toda la actividad del Poder Público se articule con la denominada conformidad a derecho de sus actuaciones.

Se trata así de la máxima conforme a la cual se estructura, encausa y limita al poder o en otras palabras, el axioma sobre el cual se ha construido el Estado de derecho contemporáneo y en virtud del cual todas las actuaciones del poder público deben estar “fundadas en derecho” (Molas. 1998. 344) y por tanto, basadas en el ordenamiento jurídico positivo.

En su primera etapa, el principio de juridicidad suponía someter al Estado al principio de legalidad y con ello, vincular el ejercicio del poder a la ley. En este estadio, la Constitución era vista como una simple manifestación solemne carente de normatividad.

---

\* Post-Doctor por el Mediterranean International Centre for Human Rights Research (MI-CHR), di Reggio Calabria (Italia). Doctor en Derecho Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Postgrado en la Universidad Monteávila. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

De allí, la afirmación de Nieto Navia (1989. 34) según la cual, en sus inicios, el Estado de derecho actuaba conforme al principio de legalidad y solo reconocía a la Constitución como un programa político carente de fuerza vinculante.

De tal manera que, la primera fase del Estado de derecho era esencialmente positivista (Garrido Falla. 1980. 19) y se basaba en la teoría clásica según la cual, la ley impera porque es la expresión más alta de la soberanía ya que emana del órgano representativo de la voluntad popular. En otros términos, la prevalencia de la ley se sustentaba en el denominado principio de supremacía del parlamento.

El problema de esa justificación es que la legitimidad o validez del ordenamiento jurídico no deviene solamente del órgano del cual emana y de las formas que se cumplen para su creación, sino también, de su contenido, pues en caso contrario, el Estado puede quedar reducido a un sistema de dominación mediante el instrumento de la ley, tal como ocurrió con el régimen nazi o el fascista (entre otros) que, apenas cumplían con las exigencias de un Estado de Derecho formal, pero que en lo sustancial, adolecían de la legitimidad inherente al concepto (Estado de derecho).

Entonces, la experiencia que dejó erigir al concepto de Estado de derecho sobre las categorías formales de la legalidad, dio lugar al advenimiento de la segunda fase del principio de juridicidad, en la que se constitucionalizó el ordenamiento jurídico.

Precisamente sobre el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico es que versan las presentes consideraciones.

## I. LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

El orden jurídico se encuentra dividido en grados, esto es, que las normas que lo integran no están al mismo nivel unas al lado de las otras, sino que se encuentran en una “relación graduada”<sup>1</sup> en la que “las normas superiores determinan la validez de las inferiores”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> J. Sarmiento, “El principio de supremacía constitucional”. *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2020. p. 127.

<sup>2</sup> Moles Caubet, 1974, p. 281.

Lo anterior es explicado por García<sup>3</sup>, de la siguiente forma: la división por grados del ordenamiento jurídico determina, en primer lugar, que “una norma superior define el procedimiento para que se formen las normas inferiores” y en segundo lugar, que “las normas inferiores deben respetar el contenido de las normas superiores. Si una norma inferior, por el contrario, viola lo dispuesto en una norma superior, ello tendrá consecuencias jurídicas que podrán llevar, incluso, a la nulidad de esa norma inferior”<sup>4</sup>.

Ahora bien, tal como afirmamos en la introducción, en la primera fase del principio de juridicidad, la Constitución era vista como una manifestación solemne que carecía de normatividad y que por tanto, no tenía fuerza vinculante.

Cabe decir que, en esta etapa, la Carta Magna era un documento aspiracional que reflejaba un programa político, mientras que la ley imperaba con la fuerza vinculante de la máxima “*dura lex, sed lex*” (la ley es dura, pero es la ley) o la del aforismo anglosajón según el cual, “la ley lo puede todo, salvo convertir a un hombre en mujer”.

En muchos casos, ello dio lugar al establecimiento de regímenes autoritarios en los que se creó un ambiente “maquiavélico de injusticia”<sup>5</sup>, en los que la legalidad formal validaba el irrespeto a las esferas jurídico-subjetivas y el desarrollo de los denominados peligros del poder (verbigracia su ejercicio concentrado, omnímodo y perpetuo).

Como una reacción al mencionado fenómeno positivista, tuvo lugar la segunda fase del principio de juridicidad, en el cual, no cabe la mera enunciación de los paradigmas constitucionales, sino que, el Texto Fundamental pasó a ser reconocido como una fuente de derecho directamente aplicable y por ende, como un mandato de autoridad que forma parte del sistema normativo y que además, tiene eficacia organizatoria pues diseña y determina el funcionamiento del Estado.

<sup>3</sup> C. García, “Principio de la formación del derecho por grados”. *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. 2020. ‘. 328.

<sup>4</sup> Ibidem. p. 342.

<sup>5</sup> W. Hassemer, “Jurisdicción Constitucional en una Democracia.” *La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, 1º Edición, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2005. p. 60.

De este modo, la Constitución pasó a ser la como la “base del ordenamiento jurídico”<sup>6</sup> y por ende, a marcar el ejercicio del Poder<sup>7</sup>, en primer lugar, organizando su forma y funcionamiento y en segundo lugar, determinando que el Estado tiene como principal propósito el respeto a los derechos humanos.

De acuerdo a lo expuesto, la segunda fase del principio de juridicidad dio lugar a que la Constitución abandonara su concepción “orgánica y toral”<sup>8</sup>, para situarse en el centro del debate jurídico y erigirse como el punto de partida de la juridicidad de la actuación del Poder Público.

## II. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

De acuerdo a lo anterior, la Constitución pasó de ser un documento carente de normatividad, a ser una “fuente del Derecho directamente aplicable”<sup>9</sup> que, además, se erige como el fundamento de todo el ordenamiento jurídico<sup>10</sup>. Vale decir, que su fuerza normativa articula toda la actuación del Estado, ya que a la luz de sus disposiciones es que se construye y desarrolla el Poder.

El maestro García de Enterría<sup>11</sup>, lo explicó de la siguiente forma: La Constitución confiere unidad al ordenamiento jurídico, por cuanto es el <contexto> necesario de interpretación conforme al cual deben aplicarse todas y cada una de las normas.

Por ende, “subordina todo el orden jurídico”<sup>12</sup>, esto es, que la actividad del Estado debe de estar ceñida a la Constitución. En otras

<sup>6</sup> J. González Pérez, “El Método en el Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública* N° 22. Madrid, 1957. P. 45.

<sup>7</sup> F. Martínez, “Una Historia de Constitución”. *El Juez constitucional en el Siglo XXI*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008. p. 326.

<sup>8</sup> M. Rivera, “Jurisdicción Constitucional: Ecos del Argumentos Contramayoritario”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 22. México, 2010. p. 224.

<sup>9</sup> F. Garrido Falla, y otros. *La Posición Constitucional en la Administración Pública. La Administración en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980. p. 20.

<sup>10</sup> J. Palomino, “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho”. *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Ediciones Ltda. Bogotá, 2011. p. 40.

<sup>11</sup> E. García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (3° Edición). Editorial Cívitas. Madrid, 1985. Pp. 43-102.

<sup>12</sup> P. Dermizaky, “Justicia Constitucional y Cosa Juzgada”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. p. 292.

palabras, la Constitución está en la punta de la pirámide y por tanto, “ocupa el lugar más alto en la jerarquía de las normas. De hecho, ese es el enunciado básico del principio de la supremacía constitucional, según el cual, la Constitución es el acto ‘fundacional’ que determina quién y cómo ha de dictarse las demás normas jurídicas, las cuales, determinaran a su vez, la actuación del Estado”<sup>13</sup>.

En el mismo orden y dirección Domínguez<sup>14</sup> sostiene que la Carta Política es la norma primera, fundamental o superior y por tanto, preside, inspira el ordenamiento jurídico y prevalece por sobre todas las normas que existan o se creen dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Es por tanto, una “norma jurídica: pero no una norma cualquiera, sino la norma fundamental, la de mayor rango, aplicable a la relación de los conflictos directamente, es decir, sin otra intermediación legislativa, y además por el principio de jerarquía, las que la contradigan deberán ser inaplicadas por todos los operadores jurídicos. El predominio indiscutible de la norma constitucional permite sujetar la interpretación de las instituciones a la Carta Fundamental, sin perjuicio de la procedencia de otros mecanismos formales que reflejan su posición superior, como es el caso de acciones que desembocan en la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes materiales. Pero no se precisa llegar a tales mecanismos formales de control de constitucionalidad para hacer valer con lógica el justo sitio del texto supremo”<sup>15</sup>.

En definitiva, la Constitución prevalece sobre las demás normas<sup>16</sup> y ello, lo graficaba el maestro Calamandrei con un extraordinario ejemplo: la Constitución es un vaso de metal y la ley un vaso de barro, cuando chocan, indefectiblemente, prevalece la Constitución.

<sup>13</sup> C. Nikken, “Principio de la Garantía de los derechos humanos”. *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2020. p. 281.

<sup>14</sup> M. Domínguez, “Primacía de la Constitución y constitucionalización del derecho civil”. *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2020. p. 432.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> J. Palomino, “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho”, ob. cit. p. 40.

### III. EFECTOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La constitucionalización del ordenamiento jurídico trae como consecuencia lo siguiente:

En primer lugar, la denominada “garantía de nulidad de los actos estatales que vulneran la Constitución”<sup>17</sup>, conforme a la cual, los actos o actuaciones que menoscaban la Carta Política, se encuentran viciados de nulidad absoluta y por tanto, son invalidos.

En efecto, cuando un acto de inferior grado, contraviene a uno del nivel superior, en este caso la Constitución ocurre un quebrantamiento del principio de juridicidad que conlleva a la aplicación de una sanción que en el derecho público implica, ordinariamente, “la expulsión del mundo jurídico”<sup>18</sup>.

En segundo lugar, la constitucionalización del ordenamiento jurídico acarrea el principio de responsabilidad, de acuerdo al cual, ordenar o ejecutar actuaciones formales o materiales que violen la Constitución genera responsabilidad, no solo para el Estado, sino “para los funcionarios vinculados a la actuación, bien por acordarla, llevarla a cabo o encubirla” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia N° 95, dictada el 29 de agosto de 2002, en el caso del Caracazo Vs. Venezuela).

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Velásquez Rodríguez, en su sentencia N° 4, dictada el 29 de julio de 1988, en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, estableció que uno de los efectos de la Convención, es que la acción u omisión de cualquier autoridad pública que viole o menoscabe un derecho humano, compromete la responsabilidad del Estado.

Incluso, cuando el hecho no sea directamente imputable al Estado, pero este no haya tenido la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención (Vid. Sentencia N° 4, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>17</sup> A. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, 9ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010. p. 26.

<sup>18</sup> J. Araujo-Juárez, *La nulidad del acto administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2014. p. 35.

Caso Velásquez Rodríguez el 29 de julio de 1988, en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras).

En tercer lugar, la constitucionalización del ordenamiento jurídico va de la mano con el principio de interpretación conforme a la Constitución, según el cual, la interpretación del ordenamiento jurídico debe realizarse a tono con los valores primarios del bloque de la constitucionalidad.

En otras palabras, la constitucionalidad es el contexto necesario de interpretación conforme al cual debe aplicarse todo el ordenamiento y en consecuencia, cada norma debe ser interpretada en el contexto general de la constitucionalidad y con ella, de la garantía y protección de los derechos humanos.

De forma tal que, la Constitución viene a sistematizar la interpretación del ordenamiento o en otras palabras, establece las pautas desde las cuales debe ser analizado el sistema normativo. Esto es, que el ordenamiento debe verse a la luz de la Constitución ya que ésta es su columna vertebral.

Significa entonces que, la interpretación normativa debe realizarse a tono con los valores primarios de la Constitución, pues tal como afirmaba el maestro González Pérez<sup>19</sup>, el derecho no es sólo un conglomerado de normas legales, antes bien, el derecho positivo se encuentra enraizado en los principios constitucionales que lo informan y le dan unidad.

#### **IV. CONTENIDO ESENCIAL DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA**

La Constitución tiene una estructura compuesta por el preámbulo o propósito del pacto político; su parte orgánica, integrada por el aparato del Estado y sus competencias, es decir, la estructura organizativa o la arquitectura de las figuras esenciales del Estado y sus funciones; y finalmente, su parte dogmática, que es aquel conjunto de principios jurídicos que inspiran al Texto Fundamental y que determinan su organización y funcionamiento.

---

<sup>19</sup> J. González Pérez, “El Método en el Derecho Administrativo”, ob. cit. p. 38.

Ninguna de sus partes estructurales debe verse de forma autónoma o descoordinada, sino como un todo en el que el preámbulo es el punto de partida, la parte dogmática es el orden primario de valores desde la cual, se configura y ordena la parte orgánica de la Constitución que es la que contiene a los poderes del Estado, su organización y funcionamiento.

De lo expuesto se evidencia que, la parte dogmática de la Constitución son el conjunto de “principios esenciales, innegociables e indiscutibles”<sup>20</sup>, sobre los cuales se crea y configura el Estado.

En otros términos, la parte dogmática del Texto Fundamental son el conjunto de principios “supraconstitucionales”<sup>21</sup> que informan la tipología del Estado.

En palabras de Pérez Royo<sup>22</sup>, son los “elementos rectores” del ordenamiento constitucional a los cuales suelo calificar como aquellos que componen el mínimo común denominador del Estado de derecho. Para explicarlo de manera sencilla suelo utilizar el siguiente ejemplo: Piense en un automóvil y determine sus elementos componentes. Seguramente puede visualizar un vehículo con más de dos ruedas, un motor y una caja de velocidades, así como de por lo menos un puesto para el conductor. Ello, no implica que no pueda tener ciertos elementos accidentales, tales como vidrios eléctricos, dos o cuatro puertas, etc., pero, ciertamente, nunca podrá dejar de tener los elementos que le son esenciales, ya que en tal caso, dejará de ser un automóvil.

Lo propio ocurre con el Estado de derecho, ya que su existencia supone una serie de instituciones básicas, a saber:

1. El reconocimiento del principio de juridicidad a que se refieren los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana.
2. La obligación de proteger los derechos humanos contenida en artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>20</sup> J. Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004. P. 28.

<sup>21</sup> A. Figueruelo, “Crisis de la Justicia y Tutela Judicial Efectiva”. *Revista de Derecho Constitucional* N° 8. Editorial Sherwood. Caracas, 2003. p. 26.

<sup>22</sup> J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. Madrid, 2000. p. 11.

3. La democracia dispuesta en los artículos 1 y 2 de la Carta Democrática Interamericana.
4. El principio de separación de poderes consagrado en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.
5. El principio de responsabilidad del Estado que se desprende de los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
6. El control de la actuación del Estado que se deduce de los artículos 25, 33, 41, 62, 63, 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## V. FINALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA

De lo anteriormente desarrollado se evidencia, que la Constitución es el soporte sobre el cual se desarrolla la actuación del Estado y al mismo tiempo, el marco dentro del cual, se debe ejercer el Poder conforme al principio de reciprocidad democrática y por tanto, a los fines de garantizar “la vigencia de los derechos humanos, como contenido esencial de la democracia”<sup>23</sup>.

En efecto, la vigencia de las Constituciones democráticas y con ellas, la de sus principios formales (separación de poderes, responsabilidad del Estado, etc.) no persigue otra finalidad que servir de soporte jurídico a la actuación del Estado para que sus órganos obren en favor del respeto, satisfacción y salvaguarda de los derechos humanos, como “guías fundamentales de la Constitución”<sup>24</sup>.

En otras palabras, la vigencia y supremacía constitucional tienen por norte, en primer lugar, garantizar el respeto a la dignidad humana, esto es, proteger al ser humano en sus valores y en su autonomía y, en segundo lugar, vincular al Poder Público en el desarrollo improrrogable e irrenunciable de sus disposiciones y con ello, garantizar la vigencia de los derechos humanos como guías/objetivos del Estado.

<sup>23</sup> S. Cantón, “La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos Políticos y Democracia”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* N° 42. Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica, 2005. p. 88.

<sup>24</sup> A. Nieto, “Derecho Administrativo Sancionador”. Editorial Tecnos. Madrid, 1993.

En otros términos, la Constitución es el marco jurídico sobre el cual actúa el Estado para asegurar “el desarrollo de una vida constitucional”<sup>25</sup>. Esto es, que “cada quien viva de acuerdo a sus aspiraciones y capacidades”<sup>26</sup>.

De forma tal, que la Constitución no solo es el fundamento de la actuación del Estado, sino el marco conforme al cual debe actuar a favor de los derechos humanos y con ellos, en pro de la idea de “soberanía humana”<sup>27</sup> o lo que es lo mismo, de la capacidad que tiene cada individuo de vivir la vida como un camino abierto a la independencia donde pueda actuar conforme a sus expectativas, riesgos y bondades.

En otras palabras, las Constituciones democráticas están llamadas a garantizar los derechos humanos como verdaderos “constitutivos primarios del hombre”<sup>28</sup> y por tanto, como facultades imprescindibles de la personalidad.

## CONCLUSIONES

Las consideraciones vertidas anteriormente evidencian que, el principio de juridicidad evolucionó desde la fase eminentemente positivista del imperio de la ley, a una segunda etapa en la que la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la cual, crea y organiza al Estado conforme a los principios que integran su parte dogmática y determina que el funcionamiento del Poder Público esté orientado hacia el respeto y garantía de los derechos humanos.

Asimismo, la Constitución transversaliza al ordenamiento y esto determina que la interpretación de las normas jurídicas debe realizarse a la luz de la Constitución; que la validez de las disposiciones infraconstitucionales depende de su conformidad con el Texto Fundamental; y por último, que dictar o ejecutar actos contrarios a la Constitución apareja responsabilidad.

<sup>25</sup> A. Bronfman, et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Universidad Europea de Madrid-Cees. Madrid, 1998. p. 17.

<sup>26</sup> I. Molas, *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. España, 1998.

<sup>27</sup> G. Castillo Alonzo, *Derecho Político y Constitucional Comparado*. Tercera Edición. Barcelona, 1932. p. 248.

<sup>28</sup> E. García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea* (4ª Edición). Editorial Civitas. Madrid, 1994.

En fin, la supremacía y normatividad constitucional son inherentes a la noción actual de Estado de derecho ya que, para éste, una Constitución nominal, esto es, una Constitución que “no es reconocida o siendo reconocida no se aplica”<sup>29</sup>, carece del carácter axiológico según el cual, el Estado debe cumplir con la Constitución para garantizar y proteger los derechos humanos.

En tal escenario (nominalismo constitucional), no es posible hablar de supremacía ni de normatividad constitucional, pues como afirmó Bielsa<sup>30</sup> (1943, 154), la vocación del derecho, en este caso, de la Constitución es utilitaria o funcional y “si no se aplica, equivaldría a un medicamento que, no obstante su virtud, no se suministra al que lo necesita para defender su salud”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAUJO-JUÁREZ, J. *La nulidad del acto administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2014.
- BREWER-CARIÁS, A. *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, 9ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010.
- BRONFMAN, A. et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Universidad Europea de Madrid-Cees. Madrid, 1998.
- CANTÓN, S. “La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos Políticos y Democracia”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* N° 42. Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica, 2005.
- CASAL, J. *Constitución y Justicia Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004.
- CASTILLO ALONZO, G. *Derecho Político y Constitucional Comparado*. Tercera Edición. Barcelona, 1932.

<sup>29</sup> M. Gándara, “Ética, diálogo y democracia”. *Revista N° 42 del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 2005. p. 129.

<sup>30</sup> Bielsa, 1943, P. 154.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia N° 4, dictada el 29 de julio de 1988, en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia N° 95, dictada el 29 de agosto de 2002, en el caso del Caracazo Vs. Venezuela
- DERMIZAKY, P. “Justicia Constitucional y Cosa Juzgada”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.
- DOMÍNGUEZ, M. “Primacía de la Constitución y constitucionalización del derecho civil.” *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.
- FIGUERUELO, A. “Crisis de la Justicia y Tutela Judicial Efectiva”. *Revista de Derecho Constitucional* N° 8. Editorial Sherwood. Caracas, 2003.
- GÁNDARA, M. “Ética, diálogo y democracia”. *Revista N° 42 del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 2005.
- GARCÍA, C. “Principio de la formación del derecho por grados”. *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2020.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (3ª Edición). Editorial Cívitas. Madrid, 1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea* (4ª Edición). Editorial Cívitas. Madrid, 1994.
- GARRIDO FALLA, F. y otros. *La Posición Constitucional en la Administración Pública. La Administración en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. “El Método en el Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública* N° 22. Madrid, 1957.

- HASSEMER, W. “Jurisdicción Constitucional en una Democracia”. *La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho* (1º Edición). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.
- MARTÍNEZ, F. “Una Historia de Constitución”. *El Juez constitucional en el Siglo XXI*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008.
- MOLAS, I. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. España, 1998.
- NIETO, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos. Madrid, 1993.
- NIETO NAVIA, R. “La democracia como marco del sistema interamericano de derechos humanos”. *Número especial de la Revista del Instituto Iberoamericano de los derechos humanos en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Instituto Iberoamericano de los derechos humanos San José. 1989.
- NIKKEN, C. “Principio de la Garantía de los derechos humanos”. *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2020.
- PALOMINO, J. “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho”. *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Ediciones Ltda. Bogotá, 2011.
- PÉREZ ROYO, J. *Curso de derecho Constitucional*. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. Madrid, 2000.
- RIVERA, M. “Jurisdicción Constitucional: Ecos del Argumentos Contramayoritario”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 22. México, 2010.
- SARMIENTO, J. “El principio de supremacía constitucional”. *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2020.



# PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN

MAGALY VÁSQUEZ GONZÁLEZ\*

## SUMARIO

- Introducción. • Constitucionalización del proceso penal. • Conclusiones.

Es para mí un gran honor presentar las consideraciones que siguen, atendiendo la invitación que me fuera formulada por el Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional (CEDEPCO) de la Universidad Monteávila, en la persona de su director, profesor Gonzalo Pérez Salazar, para intervenir en el IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, en esta oportunidad realizado como justo homenaje al académico y profesor de varias generaciones de abogados, doctor Rafael Badell Madrid.

## INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha sostenido que el proceso penal está constituido por una sucesión de actos procesales dirigidos a lograr la concreción del Derecho Penal material, otorgándosele, por tanto, un mero valor instrumental. Esta concepción represora del proceso penal, a decir de Cafferata<sup>1</sup>, ha sido producto de una deformación cultural basada en la errónea creencia de que la iniciación de un proceso no tiene por finalidad “*verificar* si se cometió un delito, sino que es la *consecuencia* de haberse comprobado su comisión”, lo cual explica que la privación de la libertad durante el proceso opere como una pena anticipada

---

\* Abogada, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas y Doctora en Derecho la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Corredactora del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) de 1998. Profesora de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en pregrado y postgrado en la UCAB y otras universidades venezolanas. Actualmente secretaria general de la UCAB.

<sup>1</sup> José I. Cafferata Nores, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 1994, p. 64.

desconociéndose la presunción de inocencia y que el investigado sea tratado como un órgano de prueba, entre otras prácticas inquisitivas.

Afirma Calvino<sup>2</sup> que el punto de partida que se ha tomado para la construcción del método de enjuiciamiento, se puede situar bien en la jurisdicción o bien en la acción procesal. La primera alternativa hará que prevalezca el interés y protagonismo de la autoridad, imprimiéndole un carácter de tendencia estatista; la segunda, facilitará el desarrollo de un concepto de proceso *pro homine*.

En el caso de América Latina, esa limitada concepción del Derecho Procesal Penal a la que previamente se hizo referencia, fue paulatinamente cediendo a partir de la década de los noventa del S. XX con la progresiva sustitución del sistema inquisitivo por un sistema sustentado en el principio acusatorio, tendencia de la cual formó parte Venezuela y que cristalizó con la aprobación del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) en el año 1998.

Hoy día, en los estados democráticos, se reconoce que el proceso penal es el medio para asegurar la legalidad del resultado final de la causa y los derechos del acusado<sup>3</sup>, es decir, es el medio establecido normativamente para la resolución de los conflictos derivados de la presunta comisión de un hecho punible en orden a establecer si en efecto este se cometió y, de ser así, orientar la comprobación de la responsabilidad de sus autores, autoras o partícipes, permitiendo la aplicación del Derecho Penal material.

Además del citado fin instrumental e imprescindible atribuido al proceso penal, pues sin él, el Derecho Penal no podría “tocarle un pelo” al delincuente<sup>4</sup>, se entiende que aquél reglamenta las normas constitucionales que acuerdan un “sistema de garantías en favor de quien, por sospechárselo autor de un ilícito, se intenta verificar si corresponde someterlo a una pena”, lo cual es así porque la propia Constitución

---

<sup>2</sup> Gustavo Calvino, Andrea Muriel Brunetti, [et al]. “La garantía del proceso que emana de los derechos humanos a través de la acción procesal”, en: *Derecho Procesal Garantista y Constitucional: Proceso Garantía y Libertad*, Corporación Universitaria Remington, Medellín, 2014, pp. 19-33, p. 25.

<sup>3</sup> Juan Montero Aroca, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

<sup>4</sup> Beling. c.p. Cafferata. Ob. Cit. p. 58.

establece condiciones para llevar a cabo el juicio previo la sanción, impidiendo que se intente punir sin proceso, o requiriendo la colaboración forzada del imputado, o vulnerando sus derechos a la defensa, intimidad, libertad, buen nombre, propiedad, etc.<sup>5</sup>

Siendo el proceso penal el “mecanismo más drástico para la tutela de la convivencia en libertad en las diversas esferas de la vida”<sup>6</sup>, es claro que su organización reclama cuidadoso equilibrio entre dos extremos en permanente tensión: la obligación y potestad del Estado de perseguir el delito y sancionar a sus autores, por un lado, y el respeto de los derechos y garantías de los inculcados, por el otro. “Roto este equilibrio, se arruinan los elevados objetivos del proceso penal. Sobredimensionar la persecución y la punición con argumentos de eficacia a ultranza conduce a la arbitrariedad; extremar las garantías hasta desnaturalizarlas, deja impotente al sistema”<sup>7</sup>.

Precisamente por ello sostiene Rodríguez Hurtado<sup>8</sup>, que la fortuna del proceso penal depende del equilibrio que alcance entre los extremos en permanente tensión que atiende: la seguridad y eficacia ante el delito para restablecer la paz y tranquilidad por un lado, y las garantías o derechos fundamentales del inculcado por el otro, por lo que es menester nunca perder de vista o postergar los escudos protectores del justiciable que repudian la arbitrariedad y evitan que el drama procesal pierda su perfil democrático.

Esas reglas reguladoras del proceso o escudos protectores, son los principios en que se sustenta el modelo procesal, orientando y determinando la actuación judicial en el caso concreto y convirtiéndolo, tal como lo declara el artículo 257 de la Constitución venezolana, en “un instrumento fundamental para la realización de la justicia”.

<sup>5</sup> Cafferata Nores. Ídem.

<sup>6</sup> Francisco Ramos Méndez, *El proceso penal (Quinta lectura constitucional)*. JM Bosch Editor, Barcelona, España, 1999, p. 2.

<sup>7</sup> Mario Pablo Rodríguez Hurtado, “La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal”, en: *Derecho PUCP*, N° 71, Revista de la Facultad de Derecho, pp. 341-385, Perú, 2013, p. 343.

<sup>8</sup> Ob. Cit., p. 342.

## CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

El proceso penal es el instrumento dispuesto por el Estado para, con las garantías del debido proceso legal, establecer la verdad frente a la presunta comisión de un hecho punible, identificando al responsable del mismo.

Esas garantías para la comprobación de la presunta comisión de un hecho punible y la identificación de los posibles autores o partícipes, se suelen establecer en las constituciones de los países y a ellas los códigos y leyes de procedimiento penal deben sujetarse; sin embargo esta situación ideal no siempre opera en la práctica, tal es el caso de España, país en el que aún no se realiza una reforma sustancial que positivice en el texto adjetivo penal, los principios reconocidos por la Constitución de 1978, lo que ha sido calificado por Ramos Méndez<sup>9</sup> como un acto de desidia legislativa afortunadamente superado por la penetración progresiva de la Constitución en todos los sectores del ordenamiento procesal penal a través de las sentencias del Tribunal Constitucional, que ha dado lugar a que hoy, en ese país, se imponga una lectura constitucional del proceso penal pudiendo hacerse este “con solo la Constitución en la mano”.

Ya en 1935 sostenía Goldschmidt<sup>10</sup> que el proceso penal es el termómetro de los elementos progresistas o autoritarios de la Constitución de una Nación o el “sismógrafo de la Constitución estatal”<sup>11</sup>. En el mismo sentido afirma Maier que en la medida en que las leyes de procedimiento penal desarrollan los principios básicos de la organización judicial como lo son la independencia de los jueces, la sujeción a la ley y al derecho, las atribuciones del Máximo Tribunal y al mismo tiempo los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en ella consagrados, se puede afirmar que “el Derecho Procesal Penal es Derecho Constitucional reformado o reglamentado”<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Ob. Cit., p. 2.

<sup>10</sup> James Goldschmidt, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1935, p. 67.

<sup>11</sup> Roxin, c.p. Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, T. I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996. p. 162.

<sup>12</sup> Ob. Cit., p. 163.

En la actualidad, la globalización de los derechos humanos ha favorecido el proceso de constitucionalización de los principios fundamentales del proceso penal que, tal como tuvo lugar en España, además de regular la forma en que el proceso debe desarrollarse, constituyen, a través de la garantía del debido proceso, un límite al poder punitivo del estado.

Tales garantías procesales penales constitucionalizadas, también denominadas<sup>13</sup> derechos fundamentales, derechos fundamentales procesales, derechos humanos, principios procesales, libertades públicas o garantías institucionales, “deben ser no sólo indispensables sino judiciales”, es decir, referidas a medios judiciales idóneos para la protección de los derechos, “lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial”<sup>14</sup> y su desarrollo histórico, en tanto límite al ejercicio de la fuerza estatal, influye en el “diseño constitucional del proceso penal”<sup>15</sup>, convirtiéndose la Carta Magna en “una especie de escudo protector de la dignidad humana”<sup>16</sup>.

Por tanto, por garantías constitucionales del proceso penal debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, lato sensu, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado<sup>17</sup>.

Lo anterior posibilita la legitimación del Derecho penal en un doble aspecto: “*la legitimación extrínseca* proveniente del marco o modelo establecido por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; y *la legitimación intrínseca* del propio instrumento jurídico punitivo, que estaría representada por los principios

<sup>13</sup> Dino Carlos Caro Coria, “Las garantías constitucionales del proceso penal”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p. 1027. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30/1/87.

<sup>15</sup> Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 70.

<sup>16</sup> Ídem.

<sup>17</sup> Caro Coria, Ob. Cit. P. 1028.

específicos que limitan la actuación o poder punitivo del Estado”<sup>18</sup>, pues “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los *reos* de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercitarse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”<sup>19</sup>.

En el caso venezolano el legislador recordaba en la Exposición de Motivos del COPP (1998), aprobado bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que la República de Venezuela es signataria de diversos instrumentos internacionales fundamentales y que al suscribirlos asumió:

“obligaciones no sólo con los otros Estados de la Comunidad Internacional, sino, y principalmente, respecto de los individuos que viven bajo su jurisdicción. El denominador común de estas obligaciones es el de reconocimiento y respeto de los derechos objeto de protección por las Declaraciones y Pactos, esto es, proclamarlos y garantizarlos. Estos instrumentos, a los que se suman la Constitución de la República, con su Título III de los Deberes, Derechos y Garantías; y los medios directos e indirectos de protección de los derechos humanos (recursos procesales y procedimientos ordinarios) constituyen el bloque de los derechos humanos, paradigma de legitimidad aprobado internacionalmente, que debe regir la evaluación de nuestros textos normativos”.

Partiendo de ese recordatorio, se preguntaba el legislador en la citada Exposición de Motivos: ¿A qué nos obliga la palabra empeñada en nombre de la República?, ofreciendo como respuesta que:

“estas obligaciones internacionales implican respetar garantías mínimas que pueden englobarse concepto del debido proceso legal: ser informado sobre la naturaleza de la acusación; tiempo para la defensa; ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a defenderse por sí o por un defensor de su elección remunerado o no; derecho a no declarar contra sí mismo; a interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo; a ser oído por un juez independiente

<sup>18</sup> Muñoz Conde, Cit. por Richard Llacsahuanga Chávez, “Constitución y Proceso Penal”, en: *Constitución y Fuentes del Derecho*. Editorial. Palestra. Primera edición. Lima, 2006. P. 2.

<sup>19</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez.

e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en un juicio oral y público; y el derecho a recurrir de la sentencia condenatoria”.

Igualmente, se preguntaba si el procedimiento penal que para esa fecha nos regía “podría superar la criba de los derechos humanos”, señalando que “la respuesta escueta, categórica y rotunda” era negativa, pues “nuestro ordenamiento procesal penal, analizado desde su normativa (legalidad) y desde su efectividad, (realidad)”, era violatorio de principios procesales básicos que Venezuela se había obligado a garantizar, toda vez que el mismo, “mixto en su origen, se fue pervirtiendo (de instrucción judicial a instrucción policial y posibilidad de valorar como prueba los datos adquiridos en el sumario) hasta convertirse en un proceso inquisitivo casi puro”.

Se continuaba la reflexión reconociendo que el sumario, que era una fase preparatoria del juicio plenario, pasó a ser la fase principal, en la que la policía instruía el expediente, detenía al “presunto” autor del delito y, por añadidura, “violando expresas disposiciones legales”, lo condenaba públicamente a través de los medios de comunicación; y el plenario, privado de todo contenido sustancial, se había transformado en un ritual sin sentido, por lo que para ese momento, el proceso penal terminaba, materialmente, con el auto de detención.

Esa realidad fáctica llevó al legislador de 1998 a afirmar que:

“Si existe alguna tarea urgente para devolver a la justicia penal su sentido democrático, ha de ser la de privar de esas facultades instructoras a la policía, que debido a una degeneración del proceso penal se ha convertido en su actor fundamental. Los jueces no pasan de ser los realizadores de sus designios, lo cual ha hecho escribir a Raúl Eugenio Zaffaroni que tal situación “degrada al Poder Judicial republicano a mero auxiliar del Poder Ejecutivo” representado por los órganos policiales. Los jueces en Venezuela, sin duda alguna, se han convertido en auxiliares de las policías”.

En el mismo sentido sostenía Llobet<sup>20</sup> que la reforma procesal penal que se dio a partir de los años noventa del siglo pasado en Latinoamérica sobre la base del Código Procesal Penal para Iberoamérica de

<sup>20</sup> C.p. Magaly Vásquez, *¿Evolución o Involución del Derecho Procesal Penal Venezolano? Especial referencia a las reformas al COPP*, Abediciones, Colección Letraviva, Caracas, 2021, p. 14.

1988, pretendía superar los procedimientos inquisitivos y escritos, con porcentajes muy altos de presos sin condena, de modo que lo común era la privación de libertad como consecuencia de la prisión preventiva y la excepción que dicha privación lo fuese como resultado de una sentencia condenatoria firme. Se unía a ello la larga duración de la prisión preventiva y las condiciones de hacinamiento en el cumplimiento de la misma.

Es importante advertir que para el momento de aprobación del COPP (enero 1998) y entrada en vigencia (anticipada en marzo de 1998 y plena el 1º de julio de 1999), regía en Venezuela la Constitución de 1961, Carta Fundamental que expresamente no desarrollaba los principios referidos supra y que después de declarar en el artículo 60, la libertad y seguridad personales como inviolables señalando en el numeral 1 que nadie podía ser apresado o detenido, a menos que fuere sorprendido *in fraganti*, sino en virtud de orden escrita del funcionario autorizado para decretar la detención y con las formalidades previstas por la ley, seguidamente establecía, en el mismo numeral, que el indiciado tendría acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa previstos en la ley tan pronto como se ejecutara el correspondiente auto de detención.

Por lo tanto, el marco constitucional vigente para la fecha, supeditaba el ejercicio del derecho a la previa privación de libertad del investigado, facultando a las autoridades de policía para adoptar “las medidas provisionales, de necesidad o urgencia, indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables”, con lo que no solo se emitía un juicio de valor lesivo de la presunción de inocencia al anticipar la calificación de culpabilidad, sino que se legitimaba la detención policial que, tal como se reconoce en la Exposición de Motivos del COPP (1998), pervirtió el anterior sistema procesal penal.

Partiendo del referido diagnóstico sobre la situación del proceso penal venezolano, se optó por sustituir el modelo procesal entonces vigente, por el establecido en el COPP, el cual declaró como fin del proceso el establecimiento de la verdad y la justicia en la aplicación del derecho (artículo 13), contemplando, entre otros principios y garantías, el derecho a un juicio oral, público, concentrado y con inmediación para la resolución de los asuntos penales, la participación ciudadana en la administración de justicia a través de las fórmulas del escabinado y

juicio por jurados, el reconocimiento de la reparación del daño causado a la víctima del delito como uno de los objetivos del proceso penal, la imposición anticipada con rebaja de la pena al imputado que admitía los hechos antes del juicio, y la libertad durante el proceso como un derecho -en contraposición a la concepción como beneficio que tenía en el Código de Enjuiciamiento Criminal y demás legislación procesal de la época- del cual el imputado sólo podía ser privado por razones procesales.

Algunos de los citados principios fueron incorporados a la Constitución aprobada mediante referéndum el 30 de diciembre de 1999, con lo que tuvo lugar su constitucionalización, así aconteció, entre otros, con el principio de participación ciudadana en la administración de justicia penal a través de las fórmulas del jurado y escabinado, el reconocimiento de la condición de sujeto procesal de la víctima y su derecho a intervenir en el proceso, la obligación del Estado de procurar la reparación del daño causado a las víctimas de delitos comunes, la publicidad y oralidad de los juicios y la declaratoria de prevalencia de la justicia por encima de las formas, al disponerse que “no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (artículo 257), poniendo fin, por lo menos desde el punto del derecho positivo, al ritualismo característico del proceso desarrollado por el Código de Enjuiciamiento Criminal.

También el constituyente hizo mención expresa del sistema procesal penal que se debía aplicar y que ya el COPP había desarrollado, como se puede advertir de la previsión del artículo 261 de la Carta Magna que dispuso que la competencia, organización y modalidades de funcionamiento de la jurisdicción penal militar debían regirse por el sistema acusatorio. Si este modelo procesal se contempló para la justicia militar, la cual remite directamente al COPP, es claro que con mayor razón debía aplicar para la jurisdicción penal ordinaria.

A lo anterior se suma la amplia regulación que del debido proceso se hizo en el artículo 49 Constitucional, en los términos siguientes:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer

del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.
4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.
5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.
7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.
8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

En relación con tal garantía ha sostenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>21</sup> que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “es el que sirve de base constitucional a la noción del debido proceso, y que reúne las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva”, criterio ratificado por la misma Sala, en sentencia N° 111, del 16 de abril de 2021, en los siguientes términos:

*“Se denomina debido proceso a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.*

*Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva. En consecuencia, teniendo presente que las normas de procedimiento son una expresión de los valores constitucionales, la acción de amparo contra resoluciones, sentencias, actos u omisiones de los Tribunales de la República, está dirigida a proteger el derecho a un debido proceso que garantice una tutela judicial efectiva.”*

El debido proceso implica, “desde sus orígenes, el derecho al debido proceso ‘legal’, con la consecuencia de que cualquier violación grave del procedimiento, aun meramente legal –no constitucional per se-, en perjuicio del reo, equivale a uno de sus derechos fundamentales y, por ende, de la propia Constitución”<sup>22</sup>.

Si bien el debido proceso, regulado como derecho civil en la Carta Magna, aplica “a todas las actuaciones judiciales y administrativas”, es claro que tiene particular aplicación en el ámbito del proceso penal, verificándose con ello una situación similar a la planteada con las

<sup>21</sup> Fallo N° 29 del 15 de febrero de 2000.

<sup>22</sup> Sala Constitucional de Costa Rica Voto N° 1739-92 del 07-01-92.

garantías judiciales enunciadas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos:

#### Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  - b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
  - c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
  - d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
  - f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

En relación con el contenido de la citada norma ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tales garantías son aplicables, en cuanto sean compatibles, “a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (Vid., entre otras: OC-11/90; Casos: Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 8/3/98; Baena Ricardo y otros\* Vs. Panamá, 2/2/01; Tribunal Constitucional Vs. Perú, 31-1-01; Ivcher Bronstein y otros Vs. Perú, 6/2/01), aun cuando es claro que, en razón de los derechos en juego, hay una íntima vinculación con el proceso penal.

Por otra parte, establece la Constitución en relación con otros principios y garantías propios del proceso penal que:

1. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (artículo 19).
2. Todas las personas son iguales ante la ley (artículo 21).
3. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o a la rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea (artículo 24).
4. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad (artículo 43).
5. La libertad personal es inviolable quedando proscrita la detención o arresto a no ser que se trate de la ejecución de una orden judicial o la persona sea sorprendida *in fraganti* (artículo 44.1).

6. Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada, o persona de su confianza; y éstos o éstas, tienen el derecho a ser informados sobre el lugar donde se encuentra la persona detenida y los motivos de la detención (artículo 44.2).
7. Toda autoridad que ejecute medidas privativas de la libertad está obligada a identificarse (artículo 44.4).
8. Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente, o una vez cumplida la pena impuesta (artículo 44.5).
9. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 46.1).
10. Toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (artículo 46.2).
11. El hogar doméstico y los recintos privados de persona son inviolables, por lo que no pueden ser allanados sino mediante orden judicial (artículo 47).
12. Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas, no pudiendo ser interferidas sino por orden de un tribunal competente (artículo 48).
13. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público (artículo 257).
14. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios (artículo 261).

El elenco de garantías contempladas en la Constitución (artículos 19, 21, 24, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 257 y 261) comprende lo que Caro Coria<sup>23</sup> denomina como bloques de garantías procesales: las genéricas y las específicas. Las genéricas son las normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal, es decir, reglas constitucionales que no restringen sus efectos a determinados momentos o actos del proceso, entre las que se encuentran el derecho a la presunción

---

<sup>23</sup> Caro Coria, Ob. Cit. P. 1029.

de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa y al debido proceso, en tanto que entre las segundas se incluyen las derivadas de las genéricas que tienen un ámbito propio de protección, como la igualdad de armas, la igualdad ante la ley, la intermediación<sup>24</sup>, la inviolabilidad del domicilio, el derecho al juez natural, la prohibición de valoración de la prueba prohibida, etc.

El referido autor desagrega las garantías genéricas<sup>25</sup> y así, **en el caso de la tutela judicial efectiva, siguiendo las orientaciones de Asencio Mellado, sostiene que su núcleo está contenido en cuatro pilares: a) derecho de libre acceso a la jurisdicción, b) derecho de libre acceso al proceso en las instancias legalmente previstas, c) derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso, y d) derecho a la efectividad de la tutela judicial o derecho a la ejecución. Refiere que el derecho al debido proceso incluye: a) la prohibición de persecución múltiple (principio de *ne bis in ídem*), b) el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, c) el derecho a un juez imparcial, y d) la prohibición de autoincriminación.**

En relación con la presunción de inocencia, recuerda que su efecto más importante es que el imputado sea tratado “en los diversos sectores del ordenamiento jurídico como una persona de la que aún no se ha comprobado responsabilidad penal alguna” y en el caso del derecho a la defensa afirma que el mismo “ampara al imputado desde el momento de la primera presunción (material) policial de su participación en el evento criminal hasta la efectiva resolución jurídica del conflicto criminal”.

No debe dejarse de lado la proyección procesal de las garantías penales derivadas de los principios de reserva y legalidad penal contemplados en el numeral 6 del artículo 49 Constitucional, los cuales se extienden a la persecución penal,

*“condicionando su iniciación y subsistencia a que se plantee la hipótesis de un hecho que, al momento de su presunta comisión, se encuentre caracterizado como delictivo por la ley sustantiva. Deben*

<sup>24</sup> Si bien la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresamente no hace mención al principio de intermediación, puede entenderse que implícitamente la reconoce al disponer la realización de juicios orales y públicos, los cuales sólo podrían realizarse con la presencia ininterrumpida del juez encargado de recibir la prueba.

<sup>25</sup> Pp. 1030 y ss.

*funcionar así como una garantía, no ya frente al “momento final” de imposición de la pena en la sentencia, sino frente al inicio de la persecución penal, y durante su desenvolvimiento posterior, erigiéndose en obstáculos insalvables respecto a cualquier investigación sobre una persona que no esté fundada en la supuesta infracción a una norma penal”<sup>26</sup>.*

La Constitución es el instrumento jurídico por la cual se constituye y organiza un Estado democrático de Derecho, lo cual es fundamental para el correcto ejercicio de la función penal del Estado, excluyendo la arbitrariedad, las violaciones de derechos fundamentales y convirtiéndose en el instrumento determinante para la validez jurídica y política de un Estado contemporáneo<sup>27</sup>, por lo que, como bien afirma Rodríguez Hurtado<sup>28</sup>, el hecho de que el proceso penal reciba sus notas esenciales de la Constitución no es producto del azar o de la errática decisión del legislador, sino consecuencia inevitable de la opción del constituyente por un régimen republicano, democrático y de derecho, por ello, parafraseando a Goldschmidt, recuerda que el tipo de proceso penal con el que cuenta un país refleja el grado de desarrollo o no de su democracia y de respeto o violación de las libertades civiles.

Ese nexo raigal entre Estado de derecho y democracia con proceso penal no está siempre debidamente asegurado, ni debe ser sobrentendido, por el contrario, reclama, en cambio, celo, cuidado y operatividad constantes, pues bastaría que una administración gubernativa tenga suficiente poder para alterar las reglas básicas del juego constitucional, o poner en marcha la aplicación de leyes autoritarias, para que la maquinaria procesal penal se ensombrezca<sup>29</sup>.

En Venezuela, la decisión del constituyente, plasmada en la Carta Magna de 1999, de recoger principios y garantías previamente establecidos en el COPP, debió dar a estos la debida permanencia en el tiempo mientras se mantenga vigente el referido texto constitucional,

<sup>26</sup> José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2ª edición, 1ª reimp, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2011. pp. 77-78.

<sup>27</sup> Llacsahuanga. Ob. Cit. p. 9.

<sup>28</sup> Ob. Cit. p. 345.

<sup>29</sup> Rodríguez Hurtado. Ob. Cit. pp. 346-347.

sin embargo, la regulación legislativa posterior y la actuación de algunos órganos integrantes del sistema de justicia penal como el Tribunal Supremo de Justicia a través de interpretaciones regresivas y el Ministerio Público en su selectiva función de ejercicio de la acción penal, han dejado sin efecto buena parte de esas garantías obviando su constitucionalización.

En efecto, el proceder de un Estado autoritario, evidenciado a través de las diversas reformas (siete en total) que ha experimentado el código adjetivo penal y parte de la legislación colateral (Vgr., la normativa que regula la actividad policial), ha debilitado los escudos protectores del justiciable contemplados en el COPP de 1998 y ratificados por la vigente Constitución, abriendo paso al progresivo establecimiento de un “Derecho Penal del Enemigo” opuesto a la idea de un Derecho Penal del ciudadano (Günther Jakobs).

La actual utilización del proceso penal con una “concepción bélica”, vale decir, entendido “como un “arma” para enfrentar y ganar la “guerra” contra manifestaciones delictivas que generan especial inquietud y reprobación social” (Cafferata<sup>30</sup>), implica que en esos casos ya “no se trata ya de juzgar imparcialmente a un ciudadano. Se procura sólo combatir y derrotar a un enemigo”, es decir, se acude al proceso penal como arma de lucha contra una persona o grupo que efectivamente pudo haber incurrido en delitos comunes, pero también como instrumento para neutralizar a los adversarios y disidentes en el plano político, tal como ha sido puesto de manifiesto en numerosos informes emanados de organismos internacionales de derechos humanos.

## CONCLUSIONES

Podemos concluir afirmando con Cafferata y Montero<sup>31</sup> que cada sistema político tiene su proyección de carácter penal y procesal. Donde hay un sistema político autoritario, que ponga al Estado por encima del individuo, va a haber un sistema penal compuesto de un Derecho

<sup>30</sup> José I. Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ª ed. actualizada, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 221.

<sup>31</sup> José I. Cafferata Nores, y Jorge Montero, *El Imputado*. Estudios, Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 48.

Penal y un Derecho Procesal o sistema de justicia de tipo autoritario. En un sistema político democrático va a haber también un Derecho Penal y un proceso penal nutrido de esta ideología. El sistema político autoritario genera un sistema penal cuyo objetivo es la defensa de la autoridad, que podemos simplificar así: como a la autoridad nada le parece peor que la desobediencia, entonces todo el sistema penal está concebido como castigo a la desobediencia a la autoridad que dictó la ley.

El proceso penal en un sistema democrático mira a las personas víctima y victimario, acusador y acusado, refuerza sus roles, trata de equilibrar, pero se fija en las personas, en su conflicto y no en la autoridad desobedecida<sup>32</sup>. Lamentablemente, en Venezuela las reformas verificadas al proceso penal y la posición asumida por buena parte de los operadores del sistema de justicia penal, llevan a afirmar que el proceso penal, lejos de ser, como corresponde, un instrumento para hacer efectivas las garantías propias del debido proceso, se ha convertido en un mecanismo de persecución y mantenimiento de una autoridad mal concebida, generándose un divorcio entre la ideología constitucional y la ideología procesal.

---

<sup>32</sup> Cafferata y Montero, *Ob. Cit.*, p. 50.

# INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y EL ADMINISTRATIVO: EL AMPARO CONSTITUCIONAL CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONTRA SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

MARÍA AMPARO GRAU\*

## SUMARIO

I. La Ley de Amparo y las competencias en el Amparo en materia administrativa: 1) Las reglas de competencia según la Ley de Amparo. 2) Extensión jurisprudencial de la competencia de los jueces contenciosos administrativos en materia de amparo constitucional. II. Objeto del amparo en materia administrativa. III. El Amparo contra sentencia de los jueces contencioso administrativos. IV. Conclusiones.

La Universidad Monteávila y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales han organizado estas Jornadas sobre el “Impacto del Derecho Procesal Constitucional en el ordenamiento jurídico”, en homenaje al profesor y académico Rafael Badell Madrid, en las cuales me complace participar con el tema del Amparo Constitucional, en la perspectiva de la interacción entre el derecho procesal constitucional y el derecho administrativo.

Sobre el homenajeado dejo mi testimonio de su disciplina, perseverancia, rectitud, responsabilidad y solidaridad, entre otros muchos de los valores que ha inculcado en nuestros hijos, Jessica, Rafael Andrés y María Amparo y que han sido, sin duda, fuente de su éxito profesional,

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad CEU-San Pablo, Madrid-España. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Titular de la Cátedra Andrés Bello en el St. Anthony’s College de la Universidad de Oxford (2006-2007) y visitante académico (2007-2008). Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela en la Cátedra de Derecho Administrativo. Socia del Despacho de Abogados Badell & Grau.

forjado desde el esfuerzo, la constancia y el trabajo incansable que le caracteriza.

Como profesora de Derecho Administrativo por más de tres décadas me complace también formar parte de este homenaje que reconoce la vida académica de Rafael Badell Madrid y sus aportes a la doctrina jurídica del derecho público. Como su esposa, hace ya casi cuatro décadas, es una satisfacción personal muy especial que pueda yo desde mi faceta académica contribuir a estas Jornadas del derecho procesal constitucional, lo cual realizaré en el marco de su interacción con el derecho administrativo, a través de la figura del amparo constitucional, que -como dice Santofimio, que la denomina conforme al derecho colombiano como acción de tutela- se ha convertido en una de las acciones constitucionales como instrumento de la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>1</sup>

Primero comentaremos que al igual que el tema contencioso administrativo, el legislador en esta materia del amparo constitucional ha sido totalmente negligente, dejando a la creatividad jurisprudencial el desarrollo de los aspectos fundamentales de la institución, en lugar de realizar las reformas necesarias que estas interpretaciones, a veces contradictorias, a pesar del tiempo transcurrido y la evidencia clara de la urgente necesidad de su determinación legal, a fin de otorgar la seguridad jurídica indispensable para el cumplimiento de los fines del derecho fundamental de amparo. La competencia y materia de amparo, por ejemplo, son algunos de estos temas, y serán a los que me referiré en esta conferencia.

El amparo en Venezuela se desarrolló a partir de su consagración en la Constitución de 1961, primero, con base en la elaboración jurisprudencial, y, luego con su regulación legal, cuando en 1988, 27 años más

---

<sup>1</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de Derecho Administrativo*, Segunda Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2023, pp. 1142-1170. El profesor Santofimio incluye como acciones constitucionales como instrumentos de la jurisdicción contencioso administrativa a: A) Las acciones constitucionales objetivas: a) La acción de pérdida de la investidura (b) La acción de cumplimiento, c) La acción de repetición, y d) El control inmediato de legalidad. B) Las acciones constitucionales de protección a los intereses colectivos y C) Las acciones constitucionales subjetivas: a) La acción de tutela como instrumento complementario del control, b) La acción de grupo (medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo)-

tarde, se dictó la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales (Ley de Amparo).<sup>2</sup>

Hoy, bajo la vigencia de la Constitución de 1999 se regula el Amparo con mayor detalle y enfatizando su carácter de derecho<sup>3</sup> y no de mera garantía constitucional, así como con una previsión desde la propia Constitución sobre la aplicabilidad directa e inmediata de la institución, pues se define su procedimiento como oral, público, breve, gratuito y no sujeta a formalidad alguna.

La Constitución de 1961, en su artículo 49, disponía:

“Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.”

El Texto de 1999 vigente, por su parte, en el artículo 27 establece:

“Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

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

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.”

<sup>2</sup> Gaceta Oficial N° 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

<sup>3</sup> Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho y la Acción de Amparo*, Tomo V, Instituciones Políticas y Constitucionales, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1998.

El amparo constitucional en su interacción con el derecho administrativo se origina en Venezuela en decisiones de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia relativas a la aplicabilidad del artículo 49 de la Constitución de 1961, ante la ausencia de una ley reglamentaria, pues la Ley de Amparo no se dictó, como antes se ha dicho, sino hasta el año 1988.

Recordemos que la Constitución de 1961 contemplaba con carácter general la competencia de todos los tribunales para amparar el ejercicio en el goce de los derechos y garantías constitucionales (artículo 49) y, de forma especial, el amparo de la libertad de las personas (habeas corpus), cuando en la Disposición Transitoria Quinta no sólo se contemplaba esta acción, sino la competencia de los tribunales de primera instancia en lo penal del lugar donde se hubiere ejecutado el acto que motivare la acción o se encontrare la persona agraviada, así como un procedimiento expedito, tanto en primera como en segunda instancia, con carácter provisional, hasta tanto se dictase la ley especial que regulase la institución prevista con carácter general en el artículo 49 del texto fundamental.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> La Disposición Transitoria Quinta disponía lo siguiente: “El amparo de la libertad personal, hasta tanto se dicte la ley especial que lo regule conforme a lo previsto en el Artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes:

Toda persona que sea objeto de privación o restricción de su libertad, con violación de las garantías constitucionales, tiene derecho a que el Juez de Primera Instancia en lo Penal que tenga jurisdicción en el lugar donde se haya ejecutado el acto que motiva la solicitud o donde se encuentre la persona agraviada, expida un mandamiento de habeas corpus.

Recibida la solicitud, que podrá ser hecha por cualquier persona, el Juez ordenará inmediatamente al funcionario bajo cuya custodia esté la persona agraviada, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas sobre los motivos de la privación o restricción de la libertad y abrirá una averiguación sumaria.

El Juez decidirá, en un término no mayor de noventa y seis horas después de presentada la solicitud, la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hayan impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se han llenado las formalidades legales. El Juez podrá sujetar esta decisión al otorgamiento de caución o prohibición de salida del país de la persona agraviada, por un término que no podrá exceder de treinta días, si lo considerare necesario.

La decisión dictada por el Juez de Primera Instancia se consultará con el Superior, al que deberán enviarse los recaudos en el mismo día o en el siguiente. La consulta no impedirá la ejecución inmediata de la decisión. El Tribunal Superior decidirá dentro de las setenta y dos horas siguientes a la fecha de recibo de los autos.”

Como bien lo explican Badell Madrid<sup>5</sup> y Brewer-Carías,<sup>6</sup> esta consagración especial y provisional de un procedimiento para el amparo de la libertad personal llevó en un primer momento a la jurisprudencia a utilizarlo de forma analógica en algunos casos para derechos distintos al de la libertad personal, hasta que la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, dictó una sentencia<sup>7</sup> en la cual se pronunció contraria a esta práctica por considerar que el contenido de la Disposición Quinta Transitoria expresamente se limitaba al caso del amparo para la libertad personal y mal podían los jueces hacer una aplicación de la misma para supuestos distintos a los previstos por el referido artículo 49, cuyo carácter programático impedía su aplicación directa, sino que se requería de una ley reglamentaria conforme a la cual se estableciesen los distintos procedimientos a seguir, adecuados al número y variedad de situaciones jurídicas que podía plantear la debida protección de los derechos y garantías constitucionales.

Posteriormente la misma Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, por Acuerdo de fecha 24 de abril de 1972, precisaba que la Disposición Transitoria Quinta no sólo otorgaba una competencia específica y un procedimiento especial, sino que establecía además un claro límite en la materia, pues si bien el procedimiento constitucional transitorio de habeas corpus de la Disposición Transitoria Quinta era el aplicable por los tribunales penales para proteger el derecho a la libertad personal, esta norma constituía un claro límite a la competencia de los mismos, quienes no podrían en ningún caso, con base a ella, invadir competencias de otros tribunales, incluidos los de la jurisdicción contencioso administrativa, quienes de acuerdo con el artículo 206<sup>8</sup> de la Constitución eran los únicos tribunales competentes

<sup>5</sup> Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 121, Caracas, 2020, pp. 223-231.

<sup>6</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Derecho de Amparo y Acción de Amparo Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 129. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 161 y ss.

<sup>7</sup> Sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 11 de noviembre de 1970, publicada en G.O. No, Extraordinario, 1.447, de fecha 15 de diciembre de 1970.

<sup>8</sup> Artículo 206. La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos genera-

para conocer de los recursos de nulidad contra actos administrativos y eventualmente suspender sus efectos.<sup>9</sup> De manera que con este criterio del carácter programático de la norma se imponía esperar la ley de la materia, salvo por lo referido al amparo de la libertad personal.

Posteriormente, fue con base a los acuerdos internacionales suscritos por Venezuela en los cuales se reconocía el derecho al amparo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1977), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1978), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1978), que se produjo en Venezuela un cambio en la jurisprudencia en cuanto a que no era necesario esperar una ley para aplicar el derecho de amparo contemplado en el artículo 49 de la Constitución.

Este cambio provino de la jurisdicción civil, al señalar que el artículo 49 de la Constitución debía considerarse en verdad como una norma de aplicación inmediata y, por ende, su ejercicio era permitido a pesar de no haberse dictado aún la ley para desarrollar la institución. Así lo decidió, primero, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del estado Lara, del 19 de enero de 1973, que acordó la acción de amparo interpuesta por el cantante Alfredo Sadel en contra de la negativa de los organizadores del Festival Voz del Diamante de admitir su participación en el evento.<sup>10</sup> Luego, el 24 de noviembre de 1982, con el emblemático caso de La Rondalera, en la sentencia del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en el cual se admitió y procesó una acción de amparo que perseguía obtener una protección al derecho a la educación, y en la cual se indicó:

“Considerar que el Constituyente creó, a través del artículo 49 de la Constitución una norma o principio solamente programático y que en veintiún años de vigencia de esa Constitución no ha podido promulgarse una ley que desarrolle y haga posible la aplicación de ese recurso,

---

les o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

<sup>9</sup> Allan R. Brewer -Carías, ob. cit., p. 163.

<sup>10</sup> Rafael Badell Madrid, ob. cit., p. 226.

sería admitir que la demagogia alcanzó, en este particular, niveles sublimes, inauditos; lo cual sería absurdo.”

Negar la acción de amparo que consagra el artículo 49 de la Constitución sería -dice la sentencia- admitir la denegación de la justicia y un proceder contrario a la letra de esta norma, conforme a la cual y, hasta tanto se dicte la ley que la regule, se ha atribuido tal competencia a cualquier juez de forma genérica.<sup>11</sup>

El criterio de estos casos de los tribunales civiles de admitir el ejercicio de la acción de amparo en supuestos distintos al de la libertad personal, conforme lo permitía el artículo 49 de la Constitución, a pesar de no haberse dictado una ley especial que lo regulase como la norma exhortaba, fue prontamente acogido por la Sala Político- Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en otra decisión emblemática del 20 de octubre de 1983, en el caso Andrés Velásquez, el cual cambiaba definitivamente el criterio anterior.

La Sala realizó una interpretación concordada de lo previsto en los artículos 49 y 50 de dicho texto. El primero, consagrando que los tribunales ampararían a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley, y, el segundo, que “La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Consideró la Corte que:

“Con esta declaración el Constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisibles, desde el momento que haría de aquéllos meras declaraciones retóricas sin contenido real.”

De manera que, concluye el mencionado fallo, el derecho de amparo ha de tener aplicación inmediata y ante la ausencia de una ley reglamentaria, los tribunales de la República deben “*hacer un uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución,*

<sup>11</sup> Este criterio fue ratificado por el juez de Alzada en sentencia de fecha 10 de febrero de 1983 dictada por el Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda.

*tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano”.*

La Sala entonces ratificó que conforme a los artículos 49 y la Disposición Transitoria Quinta, el deber de amparo correspondía a todos los tribunales de la República, lo que había de concretarse a través de una repartición de competencias que el propio constituyente habría iniciado al otorgarla a los jueces penales en materia de libertad personal, y en el caso concreto en el cual se dictó esta decisión, realizando también una interpretación, concluyó que siendo que el amparo no podría ser sino la derivación de la nulidad manifiesta de una Resolución del Consejo Supremo Electoral, órgano cuyos actos están sometidos al control por ante ella, era entonces la misma Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la competente para conocer de la acción de amparo propuesta.

De forma que en el Acuerdo de fecha 24 de abril de 1972 y esta sentencia de 1983, ambos de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, puede decirse que está el germen de la tesis de la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo en materia de amparo constitucional, cuestión que luego acogería y regularía la ley de la materia y expandiría la jurisprudencia nuevamente mediante la interpretación.

## **I. LA LEY DE AMPARO Y LAS COMPETENCIAS EN EL AMPARO EN MATERIA ADMINISTRATIVA**

### **1. Las reglas de competencia según la Ley de Amparo**

La competencia para conocer de las acciones de Amparo se regula en el Título III de la Ley, y en este sentido el artículo 7 establece que, salvo el amparo de la libertad y seguridad personal, cuya competencia corresponde a los tribunales de primera instancia en lo penal<sup>12</sup>, el tema de la competencia se dilucida en base a la naturaleza del derecho o garantía cuya violación se invoca y el lugar donde hayan ocurrido los hechos que dieron lugar a la alegada violación. El artículo 7, en efecto,

<sup>12</sup> Téngase en cuenta que en fecha 22 de septiembre de 2021 se dictó la Ley Orgánica de Amparo a la Libertad y Seguridad Personal, publicada en la Gaceta Oficina, Extraordinaria, N° 6.651.

dispone: “*Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo*”.<sup>13</sup>

Además de la excepción del amparo a la libertad y seguridad personales que corresponden a la jurisdicción penal y que debe recordarse se regula posteriormente en la Ley Orgánica de Amparo a la Libertad y Seguridad Personal, la ley contempla en materia administrativa otras tres excepciones a la regla de competencia material del artículo 7, estas son, las sentencias de cualquiera de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, que incluye por tanto, a la Sala Político-Administrativa (artículo 6, numeral 6), contra las cuales no cabe acción de amparo; la prevista en el artículo 4 que atribuye al juez contencioso administrativo de la localidad, si lo hubiere, el conocimiento de la acción de amparo contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración cuando se formule conjuntamente con el recurso contencioso administrativo correspondiente; y el amparo contra “*los hechos actos y omisiones emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República*” cuyo conocimiento se atribuye a la Corte Suprema de Justicia, en única instancia, en la sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación (artículo 8<sup>14</sup>).

<sup>13</sup> El texto completo del artículo 7 es el siguiente: “Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia. Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia.

Del amparo de la libertad y seguridad personales conocerán los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal, conforme al procedimiento establecido en esta Ley.”

<sup>14</sup> El texto del artículo 8 es el siguiente: “La Corte Suprema de Justicia conocerá, en única instancia y mediante aplicación de los lapsos y formalidades previstos en la Ley, en la sala

También como excepción al principio de afinidad con la materia se encuentran el amparo ejercido conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos y el amparo contra sentencia, en cuyos casos conocerán, según la ley, respectivamente, la Corte Suprema de Justicia (artículo 3) y el tribunal superior a aquél al que emitió la sentencia accionada en amparo (artículo 4).

Finalmente, cuando no exista un tribunal de primera instancia en el lugar donde hayan ocurrido las situaciones que se invocan como violatorias de los derechos o garantías constitucionales, la Ley de Amparo permite que la acción sea ejercida ante cualquier Juez de la localidad, quien deberá enviar su decisión en consulta al tribunal de primera instancia competente, dentro de las 24 horas siguientes a su adopción (artículo 9).<sup>15</sup>

Por ende, puede afirmarse que la Ley de Amparo dispone como regla la competencia del juez de primera instancia al que corresponde la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, ubicado en la localidad donde hayan ocurrido los hechos, con las siguientes excepciones (artículo 7):

- 1) La Corte Suprema de Justicia en el amparo intentado conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos ((artículo 3).
- 2) El tribunal superior a aquél que haya emitido la sentencia en el caso de amparo contra decisión judicial (artículo 4).
- 3) El Juez contencioso administrativo competente cuando la acción de amparo se ejerza conjuntamente con el recurso contencioso

---

de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, de las acciones de amparo contra los hechos, actos y omisiones emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República.”

<sup>15</sup> Artículo 9.- “Cuando los hechos, actos u omisiones constitutivos de la violación o amenaza de violación del derecho o de la garantía constitucionales se produzcan en lugar donde no funcionen Tribunales de Primera Instancia, se interpondrá la acción de amparo ante cualquier Juez de la localidad quien decidirá conforme a lo establecido en esta Ley. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la adopción de la decisión, el Juez la enviará en consulta al Tribunal de Primera Instancia competente.”

administrativo de anulación de actos administrativos o el recurso contra abstenciones o negativas (artículo 5).

- 4) La Corte Suprema de Justicia, en la Sala afín con el derecho o garantía cuya violación o amenaza de violación se alegue, en el caso de hechos actos y omisiones emanados del Presidente, los Ministros, el Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales, el Fiscal General, el Procurador y el Contralor General de la República (artículo 8) (Hoy en día la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).
- 5) Cualquier juez de la localidad, cuando en ella no funcionen tribunales de primera instancia (artículo 9).

Por lo tanto, desde la perspectiva del derecho administrativo puede decirse que la acción de amparo constitucional y el derecho procesal constitucional se imponen para controlar por esta vía, a las autoridades administrativas y las conductas propias del ámbito administrativo (hechos, actos materiales, actos administrativos, omisiones y abstenciones), en cuanto éstos amenacen con violar o violen derechos o garantías constitucionales, tanto de forma conjunta con los recursos contencioso administrativos como de forma autónoma, en cuyo caso la ley dispone el criterio de la afinidad material.

## **2) Extensión jurisprudencial de la competencia de los jueces contenciosos administrativos en materia de amparo constitucional**

Ya hemos indicado que de acuerdo a la Ley de Amparo puede deducirse que las únicas normas atributivas de competencia a los tribunales de esta jurisdicción contencioso-administrativa son los artículos 4, 5 y 8, el primero, en el caso del amparo contra sentencia de los tribunales contenciosos administrativos de primera instancia que tengan como tribunal superior a uno contencioso administrativo; el segundo, los tribunales contenciosos competentes, en el caso de que la acción de amparo se ejerza conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o el recurso contra abstenciones o negativas; y el tercero, para la Sala Político Administrativa del máximo

tribunal, cuando el amparo se ejerza contra las autoridades allí mencionadas y siempre que pudiera determinarse que la naturaleza del derecho era afín a las competencias de dicha Sala.

Esta última atribución, así como la de la segunda instancia en amparo contra sentencia contra los Jueces contencioso administrativos, se modificó al crearse la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual asumió todas las competencias de control de constitucionalidad del supremo tribunal, incluidas la del amparo, y, específicamente, las del amparo vinculado a la materia contencioso-administrativa, antes bajo la potestad de la Sala Político-Administrativa, lo cual se hizo, primero, por vía jurisprudencial y luego por las normas legales que regulan a dicho tribunal.<sup>16</sup>

No obstante que estas eran las disposiciones legales regulatorias de la competencia en materia de amparo desde la perspectiva del derecho administrativo, lo cierto es que en Venezuela esta materia, que es sin duda parte de la reserva legal<sup>17</sup>, fue modificada en varias oportunidades mediante sentencias del tribunal supremo de justicia y es la cambiante jurisprudencia, por tanto, la que determina el tribunal competente para

<sup>16</sup> Así lo indica en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de enero de 2000, caso Emery Mata Millán, en la cual se lee: “1.- Corresponde a la Sala Constitucional, por su esencia, al ser la máxima protectora de la Constitución y además ser el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el conocimiento directo, en única instancia, de las acciones de amparo a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere dicho artículo, así como contra los funcionarios que actúen por delegación de las atribuciones de los anteriores. Igualmente, corresponde a esta Sala Constitucional, por los motivos antes expuestos, la competencia para conocer de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales. 2.- Asimismo, corresponde a esta Sala conocer las apelaciones y consultas sobre las sentencias de los Juzgados o Tribunales Superiores aquí señalados, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando ellos conozcan la acción de amparo en Primera Instancia.”

<sup>17</sup> Conforme al artículo 137 de la Constitución dispone: “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen” y el artículo 156, numeral 32 contempla como competencia del Poder Legislativo Nacional “La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales” y la de “procedimientos”.

conocer de las acciones de amparo, proceder que en sí mismo debería ser accionable por esta vía, desde que sin duda se afecta el derecho de acceso a la justicia, la seguridad jurídica y el derecho mismo al amparo, cuando se complica de esta forma el ejercicio de la acción. Lo mismo puede predicarse del procedimiento previsto en la Ley, también modificado mediante la sentencia de la Sala Constitucional de febrero del 2000<sup>18</sup>, porque aun cuando se entienda que el artículo 27 de la vigente Constitución no tiene carácter programático, ello no implica que la jurisprudencia pueda regular la institución creando normas contrarias a las del texto legal existente.

Así, por vía de interpretación se amplió el contenido del artículo 8 de la Ley de Amparo, al aplicar esta competencia no sólo a las autoridades allí expresamente señaladas (Presidente de la República, Ministros, Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, Fiscal General de la República, Procurador General de la República y Contralor General de la República) sino a todas aquellas de rango constitucional, de carácter nacional. Este criterio que aplicó primero la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, fue luego ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en los siguientes términos:

“mediante sentencias del 20 de enero de 2000 (casos Emery Mata Millán y Domingo Ramírez Monja), esta Sala Constitucional determinó el régimen competencial aplicable en materia de amparo constitucional, a la luz de las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo en dichos fallos que corresponde a esta Sala el conocimiento directo, en única instancia, de las acciones de amparo incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (...)

En tal sentido, precisa esta Sala que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 eiusdem, el fuero especial allí previsto debe reunir dos requisitos intrínsecos, cuales son la jerarquía constitucional y el carácter nacional, es decir, que la actividad de la autoridad derive

---

<sup>18</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1 de febrero de 2000, caso José Amado Mejía.

de un mandato expreso de la Constitución y que su competencia sea ejercida en todo el territorio de la República, afectando así múltiples factores políticos, sociales y económicos de la Nación. Por consiguiente, el referido fuero especial -que asegura que el control de la violación constitucional a un derecho o garantía por parte de los hechos, actos u omisiones de tales autoridades `sean decididos con mayor certeza dado su posible incidencia en el acontecer político del Estado', no puede ser extendido a todo tipo de autoridad del Poder Público, que no se encuentre dentro del supuesto contenido en la norma mencionada.”<sup>19</sup>

Asimismo, cabe destacar que se ha determinado que el amparo autónomo contra funcionarios administrativos distintos a los del artículo 8 no serían de la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sino de los tribunales contencioso-administrativos a los que corresponda el control de sus actos administrativos. Este criterio ha sido recientemente ratificado en una muy criticada sentencia de la Sala Constitucional en la cual se determinó la competencia del Juzgado Nacional Contencioso Administrativo para conocer de un amparo contra el responsable de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). La crítica que se ha generado es por cuanto se trataba de un amparo de un detenido en el recinto de dicha organización, sujeto a un procedimiento de extradición, y entre los derechos invocados se encontraba el de la libertad personal, con lo cual al no haberse decidido en favor de la competencia de los tribunales penales se estrían contradiciendo el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo, el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica de Amparo, la Ley Orgánica de Amparo a la Libertad y Seguridad Personal, así como la propia jurisprudencia de esa Sala Constitucional que había establecido la esfera penal como determinante de la competencia de los tribunales penales en esta materia.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 19 de noviembre de 2002, caso Alfredo José Rojas Hernández contra la Resolución de la Contraloría General de la República.

<sup>20</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de febrero de 2004 en el caso Rosa Elvira Salazar, donde se declaró la competencia de los tribunales penales sobre la de los juzgados de Protección de Menores, en un caso de un amparo contra la fiscalía para la devolución a unos menores de edad, de unos bienes incautados, por ésta en un procedimiento de índole penal.

Por otra parte, respecto del amparo autónomo contra actos y abstenciones de la Administración, pronto la jurisprudencia produjo decisiones tendentes a incluir a los tribunales contencioso-administrativos en la repartición de competencias de la Ley de Amparo, es decir, más allá del amparo conjunto con recurso de nulidad o abstención. Primero, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Amparo, se sostenía que la naturaleza administrativa del agravante autor de la acción, acto u omisión del hecho lesivo no era suficiente para establecer la competencia de los tribunales contencioso-administrativos.<sup>21</sup> Luego, siendo que el artículo 5 de la Ley de Amparo contemplaba de amparo autónomo “*cuando no existiese un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional*”, se sostuvo que “*si dicho medio existe no es admisible la acción de amparo, pudiendo ser dicho medio el recurso contencioso administrativo de anulación, siempre que exista en la localidad un tribunal con competencia contencioso administrativa, y se formule en el mismo conjuntamente con la pretensión de nulidad, la pretensión de amparo.*”

Este criterio no fue compartido por la Sala de Casación Civil, ya que conforme a la redacción del artículo 5 de la Ley de Amparo, el uso de la palabra “*podrá*” indica claramente que se trata de una alternativa, de manera que el particular en estos casos de amparo contra acto o abstención tiene la opción de intentar el amparo autónomo o el amparo conjunto con el recurso contencioso administrativo o de abstención.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> “Antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo, la jurisprudencia había establecido que la competencia de los jueces contencioso-administrativos para conocer de las acciones de amparo contra la Administración provenía tanto de la materia administrativa como de la persona administrativa, asignadas a su conocimiento. Sin embargo, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha rechazado dichos principios, estableciendo que ya no puede aceptarse la atracción jurisdiccional fundamentada en la persona autora del acto lesivo, pues es insuficiente que el presunto agravante esté sometido a los tribunales contencioso-administrativos, para que la acción de amparo sea de su competencia (Ver, Sentencia CSJ-SPA de 19-5-88, caso ‘Universidad Santa María’...”. Carlos M. Ayala Corao, ob. Cit., p. 18.

<sup>22</sup> Ibidem. Allí cita el profesor Brewer-Carías las sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fechas 25 de enero de 1989 y 9 de agosto de 1999 publicadas en la *Revista de Derecho Público*, N° 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 139.

Pronto entonces se impuso en el contencioso administrativo este criterio en sentido contrario, es decir, de admitir el amparo autónomo independientemente de la vía del amparo conjunto, al indicarse que:

“[...] no es posible admitir, que el recurso contencioso administrativo de anulación sea el medio breve, sumario y eficaz sustitutivo del amparo pues, si así fuera, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales vendría a ser superfluo, a menos en lo atinente a que la acción de amparo procede contra cualquier acto de la Administración, bastando la interposición conjunta de ambos mecanismos procesales. Por lo demás, admitir tal interpretación sería tanto como negar la posibilidad de la acción de amparo autónoma contra actos administrativos, por tanto, este razonamiento del a quo resulta no ajustado a derecho y así se declara”.<sup>23</sup>

Luego, establecida la procedencia del amparo autónomo independientemente de la vía del amparo conjunto, se planteaba el tema de la afinidad del derecho, como elemento determinante de la competencia y lo cierto es que esa jurisprudencia construyó la competencia de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa en el amparo autónomo con base a la naturaleza de los derechos, afirmando que ciertos derechos, como, por ejemplo, el derecho de petición y los derechos políticos, son afines a la materia de los tribunales contencioso-administrativos.<sup>24</sup>

Posteriormente, ya no se basaba la jurisprudencia en la naturaleza de los derechos, sino que la competencia de los tribunales contencioso administrativos se determinaría en la consideración de la especialidad de la jurisdicción contencioso-administrativa y su regulación constitucional, tanto en la Constitución de 1961 como de 1999, conforme a cuyas respectivas normas:

<sup>23</sup> Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 23 de abril de 1993 citada en: Allan R. Brewer Carías, *La Acción de Amparo en Venezuela y su Universalidad, Génesis, Desarrollo y Actualidad de Amparo en América Latina*, Tomo I, Ediciones Ilcsa, Tijuana México, p. 118.

<sup>24</sup> Así la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 4 de agosto de 1988, caso Francisco Andrade y Cía. establecía que “la competencia jurisdiccional para conocer la acción autónoma de amparo constitucional contra las lesiones a los derechos constitucionales causados por un acto, acción u omisión de la Administración Pública, corresponde siempre a los tribunales contencioso-administrativos.”

“(se) atribuye a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídico subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”<sup>25</sup>

Este criterio se correspondía, debe decirse, con lo señalado en el Acuerdo de la Sala Político-Administrativa del 24 de abril de 1972, antes citado, cuando se afirmó que los tribunales no podrían en materia de amparo “*invadir competencias de otros tribunales, incluidos los de la jurisdicción contencioso administrativa, quienes de acuerdo al artículo 206<sup>26</sup> de la Constitución eran los únicos tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra actos administrativos y eventualmente suspender sus efectos*”. También puede decirse que se siguió el criterio de la sentencia de 1983 de esa misma Sala en el caso Andrés Velásquez en la cual se realizó una autoatribución de la competencia sobre la base de que “*en el caso de autos el amparo no podría ser sino la derivación de la nulidad manifiesta de una Resolución del Consejo Supremo Electoral, órgano cuyos actos están sometidos al control por ante la misma, era entonces ella misma, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la competente para conocer de la acción de amparo propuesta.*”

Las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de amparo se resumieron en las sentencias de la Sala Constitucional del 8 de diciembre de 2000, caso: Yoslena Chanchamire, y la de

<sup>25</sup> Carlos M. Ayala Corao, La Competencia Judicial en el Amparo Constitucional, con especial referencia a la Administración Pública, *Revista de Derecho Público*, N° 36, Octubre-Diciembre 1988, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 13.

<sup>26</sup> Artículo 206. La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

fecha 16 de octubre dos mil uno, caso Zoila Obregón de Villarroel, en las que se estableció lo siguiente:

*“1) Que la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria en sede constitucional (e inclusive la especial de carrera administrativa), será ejercida a nivel regional por los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Todo ello salvo que el agravio imputado haya acaecido en el Área Metropolitana de Caracas, en cuyo caso la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo y el Tribunal de la Carrera Administrativa conservan sus competencias.*

*2) Que a la jurisdicción contencioso administrativa especial, tributaria, agraria e inquilinaria, le corresponde el conocimiento de los amparos autónomos y cautelares en primera instancia, siempre que la pretensión deducida guarde relación con el conjunto de potestades asignadas a dichos tribunales.*

*3) Que hasta tanto se conforme la jurisdicción contencioso administrativa con todo rigor, las personas naturales o jurídicas que se estimen agraviadas en sus derechos y garantías fundamentales por actos, actuaciones u omisiones imputables a cualquier órgano de la Administración Pública, de los demás órganos públicos que actúen en función administrativa o de aquéllos que dicten actos de autoridad, puedan interponer sus acciones de amparo según los siguientes supuestos, ante los tribunales que seguidamente se indican:*

*a) En caso de no haber Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo en la localidad donde tuvo efecto el agravio, el interesado podrá demandar en amparo, bien sea ante un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil de la localidad o, de no existir un tribunal con esta competencia, ante un Tribunal de Municipio. La consulta obligatoria se hará ante el Tribunal Superior en lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en la región a que pertenezca la localidad respectiva.*

*b) Si el agravio ha tenido efecto dentro de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, la acción se interpondrá directamente ante el Tribunal Superior en lo Contencioso Administrativo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo o el Tribunal de la Carrera Administrativa, según corresponda.*

*c) Cuando la acción de amparo deba ser conocida por un Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario, y éste no lo haya en la localidad, el interesado podrá interponer su acción de amparo ante un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil de la localidad o, de no haber uno con tal competencia, podrá interponerla ante un Tribunal de Municipio de la localidad, salvo que el agravio haya tenido efecto dentro de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en cuyo caso deberá incoar la acción directamente ante un Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario. La consulta que debe formular el tribunal que conoció de la causa se hará ante el Tribunal Superior en lo Contencioso Tributario originalmente competente.*

*d) En caso de no haber un tribunal de Primera Instancia con competencia agraria en la localidad sólo podrán conocer de este tipo de acciones los Tribunales de Municipio, y contra sus decisiones operará la consulta obligatoria ante el Tribunal de Primera Instancia Agrario de la Región.*

*e) En caso de que el acto, hecho, omisión o abstención denunciados estén relacionados con la materia inquilinaria, serán competentes en la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, y en los Estados, los respectivos Juzgados de Municipio de la localidad donde se encuentre el inmueble. De modo que, respecto a este supuesto, no es aplicable el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.”*

Luego, sin embargo, se ha producido cierta jurisprudencia en la cual la Sala Constitucional niega el amparo autónomo contra acto administrativo, estableciendo de nuevo que el recurso de nulidad es un medio ordinario que ofrece la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de lo cual el amparo autónomo resultaría inadmisibile, de conformidad lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo, al existir otro medio judicial idóneo para obtener el objetivo que se pretendería alcanzar con el ejercicio del amparo constitucional.<sup>27</sup> No hay, sin embargo, certeza alguna de que este criterio tenga aplicación

<sup>27</sup> Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 15 de enero de 2002, expediente Nro. 636, caso Concejo Municipal Guaicaipuro del Estado Miranda.

general o que no se decida modificar de nuevo, ya que la sentencia no da la garantía de estabilidad y permanencia que otorga la ley, que es el instrumento llamado a regular la competencia, que es, por demás, materia de la reserva legal (artículos 156, numeral 32 y 187, numeral 1 de la Constitución).

## II. OBJETO DEL AMPARO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Que los órganos del poder público pueden ser accionados en amparo está previsto con carácter general en el artículo 2 de la Ley, conforme al cual *“La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal.”*

Luego, en materia administrativa, dispone en el artículo 5 la procedencia de la acción de amparo *“contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional. (...)”*.

Además, a renglón seguido, la norma dispone que *“Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. (...)”*, hoy comprendidos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa bajo la demanda contencioso-administrativa.

La norma de la Ley de Amparo no se refiere a la Administración o autor de tales acciones u omisiones contra las cuales procede la acción de amparo, pero se deduce que se trata de una autoridad administrativa o de cualquier otra autoridad siempre que actúe en ejercicio de la función administrativa, desde que cabe contra actos administrativos, abstenciones y vías de hecho, que son propias de este tipo de autoridad y del ejercicio de este tipo de función.

De manera que en materia contencioso administrativa podemos distinguir entre el amparo autónomo, el amparo conjuntamente con demanda contencioso administrativa y el amparo contra sentencia.

Ahora bien, cabe destacar que la acción de amparo no tiene efectos anulatorios, lo cual es un aspecto que contradice la procedencia de una acción autónoma de amparo, porque el acto contra el cual se ha declarado procedente una acción de amparo queda entonces en una especie de limbo jurídico, lo que llevó a considerar en un primer momento que debía sólo acordarse una suspensión de efectos e imponer al agraviado la obligación de impugnarlo ante el tribunal contencioso administrativo competente en un determinado plazo, o, en todo caso, impone replantear el tema del amparo autónomo y si la vía cautelar lograba tal protección. Este criterio tampoco se mantuvo en el tiempo, pero sigue en nuestra opinión teniendo vigencia y es uno de los tantos aspectos que tendría el legislador que responsablemente considerar en una reforma de actualización del régimen jurídico del amparo constitucional en Venezuela.

En efecto, este y muchos otros aspectos que se han decantado en más de 30 años de vigencia de la Ley de Amparo, exigen sin duda, una reforma para una regulación legal coherente, coherencia que no se garantiza en modo alguno dejando a la jurisprudencia la inconstitucional legislación de estos temas.

### **III. EL AMPARO CONTRA SENTENCIA DE LOS JUECES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS**

Dentro del amparo contra los actos del poder público se inscribe el amparo contra sentencia que nuestra Ley de Amparo consagra en el artículo 4 y que contrariamente muchos sistemas jurídicos en Latinoamérica no contemplan o excluyen, lo cual según el profesor Brewer-Carías<sup>28</sup> podría encontrarse en contradicción con el artículo 25.1 de la Convención Americana de los derechos humanos que establece el amparo como derecho y no admite excepciones en cuanto a la protección de los derechos y garantías constitucionales por este medio.

<sup>28</sup> Allan R. Brewer Carías. Ob. Cit., p. 158.

No obstante, téngase en cuenta que sí existen tales excepciones: (i) de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 numeral 6, el legislador reguló como inadmisibles las acciones “Cuando se trate de decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia<sup>29</sup>; (ii) la acción de amparo se considera, reiterada y pacíficamente por la jurisprudencia<sup>30</sup>, incluso anterior a la Ley<sup>31</sup>, como un medio extraordinario, en el sentido de que no procede cuando existan otros medios judiciales que permitan obtener esta protección de forma igualmente eficiente,<sup>32</sup> (iii) La sentencia de

<sup>29</sup> Así se ratificó en las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 395 de fecha 14 de mayo de 2014 y la N° 0233 de fecha 29 de junio de 2022. Sin embargo, cabe destacar que en la última de las referidas sentencias se deja a salvo “la competencia que esta Sala Constitucional tiene, en ejercicio de la potestad prevista en el artículo 336, numeral 10, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25, numeral 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de revisar las sentencias dictadas por las otras Salas de este Alto Tribunal, mediante la interposición de una solicitud de revisión en los términos establecidos por esta Sala en la sentencia n° 93, del 06 de febrero de 2001, caso: Corpoturismo, y de las sentencias definitivamente firmes en las que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad (Cfr. Artículo 25, numeral 12, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.” Es sabido que el artículo 336, 10 de la Constitución no contiene en verdad esta facultad pues se refiere a “las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica” y fue sólo mediante la sentencia N° 93 que se invoca que se extendió esto a las demás Salas del Tribunal Supremo, cuestión que luego se reguló en la Ley que lo rige.

<sup>30</sup> Las numerables sentencias, tanto de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo como de la Sala Político Administrativa y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pueden consultar en: Allan R Brewer Carías, ob. cit, pp. 239 y ss. Allí entre las numerosas sentencias se cita la sentencia N° 1229 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de abril de 2009 que ratifica este criterio señalando: “Cuando se puede acudir a la vía procesal ordinaria, sin que la lesión a la situación jurídica se haga irreparable, es precisamente el trámite o el medio procesal ordinario, el instrumento para reparar la lesión y no la acción de amparo y, por tanto, no habría posibilidad de interponer la acción de amparo si estuviese prevista otra acción o recurso para dilucidar la misma cuestión.” (p. 105).

<sup>31</sup> Sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de agosto de 1987, caso Registro Automotor Permanente.

<sup>32</sup> Esta jurisprudencia se ha desarrollado respecto de la acción autónoma de amparo. Recuérdese que el artículo 5 de la Ley de Amparo así lo dispone expresamente en el caso del amparo contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, al disponer que ella procede “cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional.” En el caso del amparo contra sentencia, sin embargo, la improcedencia del amparo por la existencia de medios ordinarios sólo pro-

amparo está sujeta a apelación pero no cabe acción de amparo contra la sentencia de amparo y (iv) la acción de amparo contra acto judicial dictado por un tribunal, procede sólo cuando éste haya actuado fuera de su competencia. De manera que la Ley de Amparo, si bien no excluye el amparo contra sentencia, sí contiene varias situaciones en las que no habría lugar al amparo, y además lo limita en el caso del acto judicial, a la actuación ajena a la competencia asignada al tribunal, por ello, no creemos que se pueda considerar sin más que toda excepción sería violatoria del artículo 25.1 de la Convención Americana de los derechos humanos, pues hay que atender no sólo a la naturaleza específica del caso concreto sino también a la consideración de la institución y sus principios de funcionamiento y eficacia y a la existencia de una protección eficiente por otros medios que brinde el ordenamiento jurídico.

El amparo contra los hechos, actos u omisiones de los tribunales se inscribe en efecto en el contenido del artículo 2 de la Ley de Amparo<sup>33</sup> que lo consagra con carácter general para los órganos del poder público nacional, que es el caso de los órganos del poder judicial.

Sin embargo, el artículo 4 luego de forma específica se refiere a la sentencia y además comprende también las resoluciones u órdenes que pueda dictar un tribunal, en todos los casos, “actuando fuera de su competencia”. El artículo 4 dispone:

“Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.

En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva.”

---

cedería, por la aplicación de la causal de inadmisibilidad del artículo 6, numeral 5, es decir, “Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes.”

<sup>33</sup> Artículo 2. “La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley.

Se entenderá como amenaza válida para la procedencia de la acción de amparo aquella que sea inminente.”

Se establece entonces como competente a un tribunal superior al que haya emitido el pronunciamiento accionado en amparo; no es, por ende, el superior en cuanto alzada, sino superior en cuanto a instancia jerárquica, como ocurre, por ejemplo, con la Sala de Casación Civil respecto de los Juzgados Superiores.<sup>34</sup>

En el caso de los jueces contencioso-administrativos, si los actos emanan de un tribunal de municipio, el competente será el juzgado superior estatal, si emana de un juzgado superior estatal, la competencia corresponderá a los juzgados superiores nacionales, y si el acto emana de estos, entonces la competencia será de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Por lo que se refiere al objeto de la acción, la norma dispone que el amparo contra los tribunales procedería en los siguientes casos:

- 1) Por los hechos y omisiones de los funcionarios judiciales, incluidos los jueces (artículo 2).
- 2) Por las sentencias, órdenes y resoluciones dictadas, actuando fuera de su competencia (artículo 4). Cabe destacar que a pesar de que esta norma se refiere a estos tres tipos de actos, sólo los que realizan los tribunales en función jurisdiccional se estima que pueden accionarse en amparo ante el superior, por cuanto los dictados en función administrativa (vg. actos disciplinarios de sus funcionarios, sanciones de arresto) por considerarse actos administrativos pasarían a la competencia de los tribunales contencioso administrativos, conforme lo ha establecido la ju-

<sup>34</sup> En la sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 6 de junio de 1988, caso Jozsef Lajos K, se indica: “En los supuestos de acciones de amparo contra decisiones judiciales, las mismas deben interponerse por ante un Tribunal Superior al que emitió el pronunciamiento. Si bien es cierto que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia no es Tribunal de Alzada de los Juzgados Superiores Civiles, si es en cambio un Tribunal de Superior Jerarquía a ellos; y si por otra parte, se ratifica la existencia de la institución del conocimiento de las causas en dos instancias, con la única excepción referida a los casos contenidos en la norma consagrada en el Artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Garantías y Derechos Constitucionales, es forzoso concluir, que esta Sala de Casación Civil deberá conocer como Tribunal Superior, tanto de las apelaciones como de las consultas que se originen con motivo de decisiones judiciales (resoluciones, sentencias o actos) que lesionen un derecho constitucional...” (Se modificó por esta sentencia el criterio anterior que negaba la competencia de la Sala por no ser superior de los superiores civiles en la sentencia de fecha 5 de mayo de 1988, caso Edificaciones Las Rocas).

risprudencia, realizándose así otra modificación por esta vía de las normas de competencia de la Ley de Amparo.

El amparo contra sentencia es un tema que ciertamente encuentra amplio debate doctrinal y entre quienes lo niegan se aduce la afectación de esa institución fundamental del sistema de justicia que es la cosa juzgada como uno de los argumentos en contra de la admisión del amparo contra sentencia.

En Venezuela hay abundantes ejemplos de cómo el amparo puede afectar sustancialmente la seguridad jurídica que la cosa juzgada otorga y cómo esto se ha extendido al ámbito arbitral, creando una total inestabilidad en el sistema de justicia, más cuando al amparo contra sentencia se une el avocamiento y el recurso extraordinario de revisión que lleva hasta la misma Sala Constitucional un conflicto interpartes y enreda y retrasa la solución jurídica del mismo.

Lo cierto es que la Ley de Amparo sí establece un requisito que bien interpretado debía limitar el espectro de la posibilidad de accionar en amparo contra una sentencia. El artículo 4 en efecto indica que la acción de amparo contra una sentencia, orden o resolución judicial sólo procede cuando el tribunal lo emita “*actuando fuera de su competencia*”. Tal señalamiento ha podido considerarse como la actuación ejercida fuera de la función jurisdiccional que éste tiene asignada, pues en caso de hacerlo dentro de ella, el sistema de justicia contempla los medios para atacar e impugnar la actuación del juez, garantizando al mismo tiempo la institución de la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la estabilidad y credibilidad del poder judicial.

No se trata de que el juez pueda violar derechos constitucionales, sino que actuando en el ejercicio de la función jurisdiccional a él le corresponde aplicar la ley al caso concreto de acuerdo a su criterio jurídico y a su íntima convicción de que está impartiendo justicia. Es ese mismo sistema de justicia el que ofrece los medios de impugnación del fallo contra el cual se disiente y, por ende, en este caso, en nuestra opinión, no debería admitirse el ejercicio de la acción de amparo.

Sin embargo, la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, respecto de lo que debía entenderse por la expresión “*actuando fuera de su competencia*” fue en sentido amplio,

al indicar que por este presupuesto procesal del amparo contra sentencia no se permitía limitarlo, desde que:

“es evidente que ningún Tribunal de la República tiene competencia para lesionar y vulnerar derechos y garantías constitucionales y ordenar actos que los lesionen. En virtud de ello, se hace imperativo concluir que la palabra ‘competencia’ no tiene el sentido procesal estricto como un requisito del artículo 4º, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por cuanto no se refiere sólo a la incompetencia por la materia, valor o territorio, sino también corresponde a los conceptos de abuso de poder o extralimitación de atribuciones, y en consecuencia, esa actuación lesione o vulnere derechos o garantías constitucionales.

En efecto, el Juez, aún actuando dentro de su competencia, entendida ésta en el sentido procesal estricto, puede hacer uso indebido de las facultades que le están atribuidas para fines totalmente distintos al que se le confirió o actuar haciendo uso indebido de ese poder, independientemente del fin logrado y dicte una resolución o sentencia y ordene un acto que lesione un derecho constitucional.

Al entender de manera amplia la expresión ‘actuando fuera de su competencia’ consagrada en el artículo 4º ejusdem, se procura un vínculo al aspecto constitucional del asunto, ya que la propia Constitución prohíbe el abuso de autoridad y a usurpación de funciones (...) En definitiva la acción de amparo contra resoluciones o sentencias judiciales procedería cuando el Tribunal usurpa funciones, ejerciendo unas que no le son conferidas o hace uso indebido de las funciones que le han sido atribuidas, lesionando con su actuación derechos o garantías constitucionales.”<sup>35</sup>

Lo cierto es que esta interpretación amplió el espectro legal del amparo contra sentencia, y la consecuencia es que en muchos casos se ha subvertido el orden procesal y se ha convertido al amparo en una herramienta de perturbación del ejercicio de la función judicial, tanto en los tribunales como en el ámbito de la justicia arbitral. Nadie admite que los jueces puedan violar derechos o garantías constitucionales en el

<sup>35</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de diciembre de 1989, caso El Crack.

ejercicio de la función jurisdiccional, pero lo cierto es que en el proceso hay los medios para atacar estas desviaciones, y el poder cautelar del juez es instrumento importante para poner freno expedito a las violaciones o amenazas de violaciones de los derechos constitucionales. En todo caso, esta sentencia, en nuestra opinión, también como se endilga a muchas de las dictadas por el supremo tribunal en los últimos tiempos, legisló al prácticamente dejar sin efecto el límite del artículo 4 en el amparo contra acto judicial.

Como indica Jaime Orlando Santofimio, el amparo es una acción excepcional o extraordinaria que se permite en aquellos casos perfectamente regulados, y en los que la vía se hace indispensable para obtener la protección de los derechos o garantías constitucionales, y en materia judicial, si bien se ha superado la tesis inicial de la “vía de hecho” para su procedencia, la Corte Constitucional colombiana ha establecido ha establecido requisitos de procedibilidad destinados a “*garantizar la vigencia de la acción de tutela como instrumento subsidiario y no sustitutivo o de reemplazo de las vías judiciales ordinarias previstas en el ordenamiento jurídico.*”<sup>36</sup>

El legislador en esta materia del amparo constitucional ha sido totalmente negligente, dejando a la creatividad jurisprudencial el desarrollo de los aspectos fundamentales de la institución, en lugar de realizar las regulaciones tempestivas, así como las reformas necesarias.

El carácter normativo de la Constitución no debe desbordarse al punto de que se desconozca el tema de la reserva legal, y la importancia de la regulación legal. No debe sobrevalorarse la tendencia de aplicar directamente la Constitución para resolver situaciones que están reguladas en las leyes, e incluso en ausencia de la ley, no puede sobrevalorarse la teoría de la Constitución normativa en cuanto que no puede ser la solución la del juez legislador en la sentencia del caso concreto con efectos generales.

La desidia parlamentaria al cumplimiento de sus funciones legislativas no debe entenderse que se resuelva con el rol de la jurisprudencia constitucional en llenar este vacío, porque ello es en sí mismo contrario a la letra de la Constitución en sus propias bases constitutivas del

---

<sup>36</sup> Jaime Orlando Santofimio, ob. cit., p. 1167.

Estado de Derecho, en la separación de los poderes, la atribución de funciones propias y, sobre todo, la seguridad jurídica, que en caso al que me referiré, el amparo como punto de interacción entre el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Administrativo afecta al principio de competencia, sujeto a los vaivenes de la interpretación judicial, dificultando la apertura misma de las puertas para lograr la tramitación del proceso y la obtención de una sentencia.

#### IV. CONCLUSIONES

1. En el Acuerdo de fecha 24 de abril de 1972 y la sentencia de 1983 en el caso Andrés Velásquez, ambos de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, puede decirse está el germen de la tesis de la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo en materia de amparo constitucional, cuestión que luego acogería y regularía la ley de la materia.
2. Conforme a las normas de la Ley de Amparo, los órganos del Poder Público pueden ser sujetos pasivos de la acción de amparo constitucional, y esta acción procede contra las conductas propias del ámbito administrativo, y contra autoridades administrativas, pero las únicas normas atributivas de competencia a los tribunales de esta jurisdicción son el artículo 5 y el artículo 8, el primero, *para los tribunales contenciosos competentes, en el caso en que la acción de amparo se ejerza conjuntamente con la demanda contencioso-administrativa de anulación de actos administrativos o contra abstenciones o negativas*, y el segundo contra las autoridades allí indicadas, que se atribuye a la Sala de la Corte Suprema afín con la naturaleza del derecho cuya violación se denuncie.
3. De este amparo contra las autoridades previstas en el artículo 8, la jurisprudencia luego concentró su conocimiento en la Sala Político-Administrativa, primero atendiendo a la naturaleza administrativa de los derechos, pero luego en base a su competencia para controlar los actos de tales autoridades. Esta competencia, en todo caso ha pasado a ser del conocimiento de la Sala

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, primero por vía jurisprudencial y luego mediante la ley que la rige.

4. La Ley de Amparo en materia de amparo autónomo contra autoridad administrativa no se refiere a la Administración o autor de tales acciones u omisiones contra las cuales procede la acción de amparo, pero se deduce que se trata de una autoridad administrativa o de cualquier otra autoridad siempre que actúe en ejercicio de la función administrativa, desde que se refiere a los actos administrativos, abstenciones y las vías de hecho, que son propias de este tipo de autoridad y del ejercicio de este tipo de función.
5. A pesar de que el artículo 5 de la Ley de Amparo contempla el amparo autónomo “*cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional*”, lo que llevó a la jurisprudencia a considerarlo inadmisibles siempre que existiese en la localidad un tribunal con competencia contencioso-administrativa ante el cual pudiere intentarse el amparo conjuntamente con el recurso de nulidad, posteriormente se impuso el criterio totalmente contrario al estimarse que tal recurso no constituye el medio breve, sumario y eficaz sustitutivo del amparo y, luego, se volvió al criterio anterior, no existiendo garantía alguna de que este criterio se mantenga con carácter general o que sea no mantenido en algún caso concreto.
6. A pesar de la que la Ley establece un criterio de afinidad material con el derecho cuya violación o amenaza de violación se invoca para determinar la competencia del tribunal que conocerá de la acción de amparo, en materia de amparo contra administraciones públicas la jurisprudencia ha determinado la competencia de los tribunales contencioso-administrativos que controlan la legalidad de sus actuaciones, independientemente de la afinidad material del derecho.
7. En el ámbito administrativo también puede incluirse el amparo contra sentencia contencioso-administrativa, y a pesar de la expresión de la norma que exige que se trate de un caso en el que el Juez actúe fuera de su competencia, la jurisprudencia ha interpretado que el amparo procede en todo caso, de forma tal que no sólo elimina este límite de la ley, sino que se atenta contra el

principio fundamental de la cosa juzgada, la *auctoritas* del juez y la estabilidad misma del sistema judicial.

8. En más de 30 años de vigencia de la Ley de Amparo, con vista a todos los criterios jurisprudenciales en materia de competencia, objeto y efectos del amparo autónomo y cautelar y el amparo contra sentencia, que se han expuesto desde la perspectiva del contencioso administrativo en este trabajo, se exige sin duda, una reforma para una regulación legal coherente, coherencia que no se garantiza en modo alguno dejando a la jurisprudencia la inconstitucional legislación de estos temas.
9. Que el tema de la competencia esté sujeto a los vaivenes de la jurisprudencia, constituye un grave incumplimiento estatal de la garantía de los derechos constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

# DERECHO CONSTITUCIONAL CIVIL O DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR\*

*Al profesor Rafael Badell Madrid,  
en retribución a su aporte al derecho procesal constitucional.*

## SUMARIO

Introducción. I. El Estado de Derecho y la constitucionalización de la ciencia jurídica. II. La axiología constitucional y la constitucionalización del Derecho. III. La reciprocidad entre la Constitución y las ramas jurídicas. IV. El derecho constitucional civil. V. El derecho sustantivo constitucional civil. VI. El derecho adjetivo constitucional civil. VII. Conclusiones sobre el derecho constitucional civil.

## INTRODUCCIÓN

El régimen de los derechos humanos influye en las instituciones de las diferentes ramas jurídicas en virtud de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Tal constitucionalización es producto del principio de la supremacía constitucional y del principio de la constitucionalidad de las normas jurídicas. En efecto, hoy día la Constitución, y no la ley, es la fuente de todo derecho y es la regla principal de la teoría de la interpretación jurídica. Además, el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional es un factor determinante de esa constitucionalización. Ejemplo de esta consideración es la constitucionalización del derecho civil, por lo que en tal virtud puede hablarse de un derecho constitucional civil. O, como lo denomina, RENZO DÍAZ GIUNTA “derecho civil constitucionalizado”<sup>1</sup>.

\* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela. Expresidente e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

<sup>1</sup> Renzo Díaz Giunta, “La constitucionalización del derecho civil: un camino al equilibrio”. Disponible en: Vista de La constitucionalización del derecho civil: un camino al equilibrio | Ius et Praxis (ulima.edu.pe).

## I. EL ESTADO DE DERECHO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA

La sujeción del poder público en sus funciones y de todos sus actos a la supremacía de la Constitución ha determinado que la Constitución sea la fuente de todas las fuentes del Derecho y no un texto político. Por lo que la configuración de las instituciones jurídicas y la interpretación del ordenamiento jurídico conforme los principios y disposiciones constitucionales, resultan ser de la Constitución. Porque estos principios y disposiciones son ahora los principios generales de todo derecho. Por tanto, la Constitución es la norma jurídica suprema que condiciona, sin exclusión, la formación del ordenamiento jurídico, su interpretación y aplicación. Razón por la cual la doctrina contemporánea considera que la constitucionalización de las distintas ramas del Derecho marcó una quiebra en el tradicional modelo de Estado formal de Derecho para trasladarnos a uno nuevo, el Estado Constitucional<sup>2</sup>. Y, si, además, por esta quiebra el ordenamiento jurídico ha de guardar una estructura ordenada y fundamental que impone realizar no solo restricciones sino actos positivos interpretativos, entonces, puede decirse que existe un ordenamiento constitucional<sup>3</sup>.

En palabras de LUIS PIETRO SANCHIZ, este cambio es una nueva cultura jurídica, puesto que es el alumbramiento de una teoría del Derecho en muchos aspectos distinta y hasta contradictoria con la teoría positivista que servía de marco conceptual al Estado de Derecho; denominada “neoconstitucionalismo”, o, si se prefiere, “constitucionalismo de los derechos”. Cultura jurídica que convierte la Constitución formal en una Constitución material. Es decir, en un Derecho de

<sup>2</sup> La obra “El Estado Constitucional”, de Peter Haberle, con el estudio introductorio de Diego Valadez, y traducción e índices de Héctor Fix-Fierro, publicada por la Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, Segunda Edición; a mi juicio, es el texto más completo sobre la Constitución abierta en los tiempos presentes, llamada “una Teoría de la Constitución para el Siglo XXI”, que permite conocer con amplitud su doctrina sobre la Constitución como ciencia de la cultura.

<sup>3</sup> Manuel Jesús Miranda Canales, “Constitucionalización del Derecho Civil a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. Disponible en: Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano - Abogado.pe (abogacia.pe).

“denso contenido sustantivo formado por normas, valores, principios, derechos y directrices”<sup>4</sup>.

## II. LA AXIOLOGÍA CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Es verdad que este cambio del modelo de Estado de Derecho a un Estado Constitucional obedece a su carácter imperativo, y, como asienta el autor peruano MANUEL JESÚS MIRANDA CANALES, ese cambio responde a una “dimensión valorativa”. Es decir, que aparte de los preceptos estrictamente normativos que los impone la Constitución, también reconoce valores superiores, como la primacía de los derechos fundamentales. Por tanto, dice este autor, “concebir la Constitución como una norma de contenido material –y no solo competencial- conlleva a una consecuencia práctica muy importante en el momento de efectuar el control constitucional, puesto que no solo serán constitucionalmente válidos aquellos actos emitidos por la autoridad competente y en ejercicio de sus funciones sino que será preciso también analizar el grado de afectación de una medida en un derecho fundamental”. Y agrega, dentro de este orden de ideas, que “El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad; sino en términos de una concreción de los derechos a partir de una “razonable” ponderación de bienes y principios constitucionales”.

En este sentido, el valor superior del ordenamiento jurídico que la Constitución venezolana atribuye a la primacía de los derechos humanos, así como el mandato a los jueces de aplicar preferentemente sus valores y principios y la función de la justicia constitucional de velar por su integridad a través de precedentes vinculantes; en mi criterio, son los factores que convierten la Constitución en el derecho común de la ciencia jurídica. Tan cierto es esta consideración, que, según la profesora, RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO de la Universidad de La Rioja, España, que el Título Preliminar de los Códigos Civiles ha perdido su carácter casi exclusivo de elemento fundamental en la ordenación

<sup>4</sup> Luis Prieto Sanchis, “El constitucionalismo de los derechos”, p. 47. Disponible en: El constitucionalismo de los derechos (cepc.gob.es).

jurídica, a favor de la Constitución<sup>5</sup>. Por otro lado, la influencia de la Constitución en el desarrollo de su normativa, mediante leyes orgánicas y leyes especiales, ha disminuido también el carácter de derecho general o común del derecho civil.

### III. LA RECIPROCIDAD ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LAS RAMAS JURÍDICAS

Los hechos sociales tienen relevancia en la formación de la Constitución, en la regulación del fenómeno jurídico, y, a su vez, tienen relevancia en la interpretación constitucional estos hechos a través de la aplicación de los valores y principios constitucionales como normas jurídicas de aplicación directa. Por ejemplo, el reconocimiento de la dignidad de la persona ha jerarquizado categorías e instituciones del derecho civil. Es así como la libertad individual, la igualdad entre las personas, la identidad, la autonomía de la voluntad, la buena fe, la tutela del honor, de la intimidad y de la imagen, la responsabilidad objetiva, la reparabilidad del daño, el abuso del derecho, la ilicitud, la personalidad, el matrimonio, la familia, la filiación, la propiedad, la debida diligencia, la libre asociación, las diversas formas de propiedad y de empresa y el enriquecimiento sin causa; la extensión de la filiación a la adopción y la interdicción como límite del derecho de ciudadanía. entre otros temas civiles, son hoy día principios o disposiciones del Bloque Constitucional. Asimismo, por ejemplo, el reconocimiento constitucional del trabajo como un hecho social. Ello debido a la consagración, en el artículo 3º., de la Constitución venezolana, como un fin esencial del Estado, la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad. Y, en su artículo 20, como un derecho primigenio de esa dignidad el libre desenvolvimiento de la personalidad. Derecho, que, según el Tribunal Constitucional peruano, “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de su desarrollo”<sup>6</sup>. Puede

<sup>5</sup> Roncesvalles Barber Cárcamo, “La Constitución y El Derecho Civil”, Monográfico: La Constitución española: 25 años después, *Revista Electrónica de la Universidad de La Rioja*, Núm. 2, Ponencias presentadas al II Seminario Permanente de Profesores de Derecho UR, p. 40.

<sup>6</sup> Expediente 2868-2004-AA/TC, que se publicó el 7 de febrero del 2005, citada por Raúl Ferrero Acosta, en “Constitucionalización del derecho civil”, *Ius et Praxis Revista de la Facultad de Derecho* n.55, diciembre 2022, p. 20.

decirse, entonces, que “tanto los derechos humanos como el derecho civil tienen un punto de convergencia a la persona”<sup>7</sup>.

Es así, en palabras de la profesora, RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO de la Universidad de La Rioja, España, que, “La Constitución ha significado la modernización del Derecho civil, sobre todo en aquellos de sus sectores más eminentemente personalistas, como son el llamado Derecho de la Persona y el de Familia y Sucesiones, en los que con mayor urgencia y profundidad hubo de acometer el legislador las reformas exigidas por los nuevos postulados constitucionales”<sup>8</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional español, ha dictaminado que no puede haber duda de la vinculatoriedad inmediata de la Constitución, es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario, en las relaciones de derecho civil<sup>9</sup>. Por ejemplo, en materia de las acciones de filiación o en lo relativo a los efectos jurídicos de las parejas de hecho. O, la aplicación de los derechos de los consumidores y usuarios, o de la responsabilidad ambiental en las relaciones contractuales. Por otro lado, de la reciprocidad del derecho civil en la Constitución es, un ejemplo, la incorporación de la responsabilidad objetiva extracontractual en los casos daños y perjuicios imputables a la actividad o inactividad de los órganos del Estado. Y los elementos de los contratos en los contratos de la Administración Pública. La reciprocidad entre el constitucionalismo de los derechos dice LUIS PRIETO SANCHIS, “propicia un enfoque diferente donde ya no cabe hablar por un lado de cuestiones constitucionales y, por otro, de cuestiones de derecho ordinario, porque todas están o pueden ser constitucionalizadas”<sup>10</sup>. Por lo que, MATÍAS EDUARDO PÉREZ GARCÍA, dice, que, la mayoría de los civilistas pierden de vista la importancia que tienen los derechos fundamentales

<sup>7</sup> Ubaldo Márquez Roa, “Los Derechos Humanos en el Derecho Civil y Familiar”, Editorial PaideiaMx, Guadalajara, Jalisco, México 2015, p. 43. Disponible en: [https://www.academia.edu/36589014/LOS\\_DERECHOS\\_HUMANOS\\_EN\\_EL\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Y\\_FAMILIAR](https://www.academia.edu/36589014/LOS_DERECHOS_HUMANOS_EN_EL_DERECHO_CIVIL_Y_FAMILIAR)

<sup>8</sup> Roncesvalles Barber Cárcamo, “La Constitución y El Derecho Civil”, Loc. Cit., P. 41.

<sup>9</sup> STC 80/1982, de 20 de Diciembre, (Recurso tipo: Recurso de amparo. Publicación BOE: 15/1/1983). Disponible en: Derechos Humanos. Net. STC 80/1982 - SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL sobre directa aplicabilidad de los derechos fundamentales - Fundación ACCIÓN PRO DERECHOS HUMANOS ([www.fundacionpdh.org](http://www.fundacionpdh.org)).

<sup>10</sup> Luis Prieto Sanchis, “El constitucionalismo de los derechos”, ob. cit., p. 71.

constitucionales para el derecho civil; y viceversa, el papel que juega el derecho civil como regulador de esos derechos<sup>11</sup>. Y, ciertamente, que “el derecho civil antecede en existencia al derecho constitucional. Por ende, este recoge ciertos derechos y figuras jurídicas provenientes del derecho civil y les da un tratamiento propio en la Constitución”<sup>12</sup>.

#### IV. EL DERECHO CONSTITUCIONAL CIVIL

No cabe duda de que el fundamento del derecho sustantivo y adjetivo civil es su reconocimiento constitucional, puesto que por ese reconocimiento son parte del ordenamiento jurídico en particular, debido a que ningún derecho puede contravenir ni contradecir la Constitución. De lo cual es manifestación el control difuso de la constitucionalidad. Porque las diferentes ramas del Derecho “solo tienen reconocimiento y validez jurídica en tanto en cuanto la Constitución de cada nación así se los permita”<sup>13</sup>. Por ello, para mí, la parte de la Constitución relativa a las relaciones entre los particulares, así como a los derechos patrimoniales y económicos, son derecho constitucional civil y no derecho civil constitucional. También las normas constitucionales referidas al derecho de acción y de la tutela judicial efectiva, como las garantías del debido proceso, son componentes del derecho constitucional civil en su parte adjetiva o procesal. Ello en virtud de “la categoría de constitucionales” que tienen esos derechos sustantivos o procesales, “dado que la norma constitucional se encuentra en la más alta cúspide dentro de la jerarquía jurídica, por lo que las reglas establecidas en el derecho civil tienen que someterse a las de mayor jerarquía, como son las normas emanadas de la Constitución “en palabras de jurista peruano RAUL FERRERO

---

<sup>11</sup> Matías Eduardo Pérez García, “El Derecho Civil y los derechos fundamentales de las personas”, en la obra colectiva “Temas de derecho civil en homenaje al doctor Jorge Mario Mogollón Ibarra”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), p. 214 Disponible en: [tps://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3861/15.pdf](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3861/15.pdf).

<sup>12</sup> Renzo Díaz Giunta, “La constitucionalización del derecho civil: un camino al equilibrio”, *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Lima, Núm. 055 (2022), p. 223. Disponible en: Vista de La constitucionalización del derecho civil: un camino al equilibrio ([ulima.edu.pe](http://ulima.edu.pe)).

<sup>13</sup> *Ibidem*.

ACOSTA<sup>14</sup>. O, como lo afirma, el civilista peruano y magistrado del Tribunal Constitucional, MANUEL MIRANDA CANALES, “El Derecho Civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad recogidos en la Carta fundamental. Empero, no solo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional que la jurisprudencia, por intermedio del Tribunal Constitucional, desarrolla y que permite que el derecho civil pueda ir transformándose acorde al dinamismo por el que atraviesa nuestra sociedad”<sup>15</sup>.

## V. EL DERECHO SUSTANTIVO CONSTITUCIONAL CIVIL

Los derechos sociales y de las familias, los derechos culturales y educativos, los derechos económicos y los principios del régimen socioeconómico, así como los derechos ambientales; a que se contrae nuestra Constitución de 1999, son la parte sustantiva del derecho constitucional civil. En efecto, la aseveración de la Exposición de Motivos de la vigente Constitución, que los derechos sociales consolidan las demandas sociales, jurídicas, económicas y culturales de la sociedad; sin duda, es admitir que la fuente material de las normas que los consagran son las relaciones entre los particulares. Es decir, su desarrollo personal, que se derivan de su vida propia y social. Relaciones que caracterizan a la sociedad, en el uso y disfrute de las oportunidades, en lo familiar, en lo socioeconómico y cultural. Y, en el uso, goce y disfrute de los bienes.

En este particular, el constituyente enfatiza el principio de la equidad de género en el uso y disfrute de las oportunidades, dentro del principio de igualdad y no discriminación reconocida por el texto constitucional, con el objeto de evitar dudas o equívocas interpretaciones de la Constitución. Tal impronta se manifiesta, por ejemplo, en

<sup>14</sup> Raúl Ferrero Acosta, “Constitucionalización del derecho civil”, *Ius et Praxis Revista de la Facultad de Derecho* n.55, diciembre 2022, p. 19. Disponible en: [https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius\\_et\\_Praxis/article/view/6088/6084](https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/6088/6084)

<sup>15</sup> Manuel Jesús Miranda Canales, “Constitucionalización del derecho civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, 8(10), 99-111. 2016. p. 110.

la equiparación de la paternidad y la maternidad, independientemente del estado civil; la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio; así como en el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a los hijos o hijas. O, la jerarquización constitucional del deber recíproco de la asistencia entre padres e hijos; y de la efectividad obligación alimentaria. Otro principio constitucional civil es la extensión de los efectos del matrimonio a las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer. Así como la consagración de la adopción con efectos similares a la filiación y del principio pro del adoptado o de la adoptada; al igual que el reconocimiento de sujetos plenos de derecho de los niños respecto de los derechos constitucionales.

Por otra parte, considero que la consagración del derecho de la propiedad intelectual y del derecho de autor sobre sus obras; y la declaración de todas las aguas como bienes de dominio público de la Nación; son parte del régimen del uso, goce y disfrute de la propiedad privada a que se refiere el artículo 115, de la Constitución. Régimen que se complementa con la consagración de los derechos de la libre iniciativa, de la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria y de la libre competencia. Y la consagración de la usura como ilícito económico; de la protección de los derechos de los consumidores; de la producción de calidad y no engañosa de bienes y productos, y de la responsabilidad por los daños por violación de los derechos de los consumidores; vienen a ser principios constitucionales de la debida diligencia en las relaciones comerciales. Por supuesto, que la consagración constitucional del bolívar como unidad monetaria de la Republica influye en la regulación de los modos de pago de las obligaciones dinerarias.

Asimismo, la consagración expresa y especial del derecho de campesinos y productores agropecuarios a la propiedad de la tierra, a mi juicio, es la jerarquización de la posesión como factor de legitimación de la adquisición del derecho de propiedad. Y el establecimiento de la obligación del Estado de la protección y promoción de las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola y de la empresa familiar y la microempresa, representan el reconocimiento del principio de la libertad de empresa en la actividad

agraria. Igualmente se consagra constitucionalmente el principio de la seguridad alimentaria en función del acceso oportuno y permanente de alimentos por parte de los consumidores. En concreto, las limitaciones de la Constitución a la libertad económica por razones de protección del ambiente, el carácter de bienes de dominio público que se le atribuye a las aguas, la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, condicionan todo el derecho privado de las actividades económicas. Para lo cual la Constitución garantiza la seguridad jurídica para fomentar, junto con la iniciativa privada, el desarrollo armónico de la economía nacional y la justa distribución de la riqueza. Y una economía abierta a las inversiones extranjeras y garantizando que éstas estarán sujetas a las mismas condiciones de la inversión nacional.

En mi criterio, por otro lado, la prohibición de patentabilidad del genoma de los seres vivos y la inclusión de los principios bioéticos en los procesos tecnológicos<sup>16</sup>; la prohibición de la contaminación ambiental; la obligación de proteger el ambiente y de conservar el equilibrio ecológico; y la obligación de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultare alterado y de mantener un eficaz desarrollo de la seguridad ambiental en las fábricas y complejos industriales; ciertamente que influyen en la regulación de los contratos civiles y mercantiles.

Merece destacarse en el derecho constitucional civil el derecho a la identidad, a que se contrae el artículo 56 de la Constitución, según el cual, toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre y a conocer la identidad de los mismo”, al cual corresponde el deber del Estado de garantizar el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Derecho a la identidad que comprende el derecho de toda persona a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, sin mención alguna que califique la filiación. En concreto, la identidad es el derecho inalienable a contar con los datos biológicos y culturales que permiten a los seres

<sup>16</sup> Esta prohibición es parte del derecho internacional de los derechos humanos., según la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1997 (Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (cndh.org.mx))

humanos ser considerados como sujetos en la sociedad y a no ser privados de los mismos, y que incluye los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscrito en el registro civil, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia. Por lo tanto, son derechos inherentes a noción de dignidad de la persona. Por lo que, como lo asentó la Corte de Apelaciones de Milán, en sentencia del 22 de mayo de 1964, de la Corte de Apelaciones de Milán, en el Caso del Tenor Enrico Caruso, que el derecho a la Identidad garantiza que “la figura del individuo no puede ser falseada”<sup>17</sup>. Civilmente, el derecho a la identidad corresponde a la persona natural, inclusive concebida y no nacida, que se comprende entre los derechos humanos de la personalidad.

## VI. EL DERECHO ADJETIVO CONSTITUCIONAL CIVIL

Brevemente me referiré los principios constitucionales que influyen en la regulación del proceso, en general, y particularmente, a algunos aspectos particulares del derecho constitucional procesal civil.

Primeramente, la acción, como el derecho de acceso a los órganos de Administración de Justicia, ha sido consagrada como un derecho fundamental, no solo individualmente sino también como pretensión colectiva para hacer valer intereses y derechos colectivos o difusos. Según la Exposición de Motivos, se consagra la justicia gratuita como un derecho humano que encuentra su principal fundamento en los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución y que tiene por objeto permitir el libre acceso de toda persona a la justicia, sin discriminación alguna. Y el poder cautelar general de los jueces, a través del derecho a la tutela judicial efectiva. En segundo término, la Constitución postula como principios del proceso, la accesibilidad, la gratuidad, la idoneidad judicial, la imparcialidad, la transparencia, la equidad, la brevedad y la no formalidad. En tercer lugar, constitucionalmente se define el proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, por lo que las leyes deben establecer la

---

<sup>17</sup> Citada por Felicetti H.R. en “Derecho a la Identidad Personal”, Grafica Yanel, Buenos Aires, Argentina, 1999. p. 23.

simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público; de modo que no se sacrifique la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. En cuarto lugar, la Constitución instituye la competencia y los procedimientos que determinen las leyes, como factor de la legitimidad de la actuación de los tribunales; y la ejecución de las sentencias como función del Poder Judicial y no de la Administración.

Un aspecto determinante del derecho constitucional procesal civil es el haber jerarquizado los fundamentos del proceso. En efecto, define la jurisdicción, que emana de los ciudadanos y que se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley, como función propia del Poder Judicial, dentro de los límites de competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes. Y, respecto del proceso, configura como, el derecho constitucional el debido proceso, a través de las garantías del proceso, de: 1. La defensa y la asistencia jurídica como derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. 2. La libertad y de la facilidad probatoria. 3. La invalidez de las pruebas violatorias de derechos constitucionales. 4. El derecho a recurrir de las sentencias. 5, La presunción de inocencia. 6. El derecho a la audiencia. 7. El derecho al juez natural. 8. La no obligación de la autoculpabilidad; o de no declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. 9. La invalidez de la confesión hecha bajo coacción de cualquier naturaleza. 10. La garantía del *Non Bis In Ídem*. Y, 11. La responsabilidad del magistrado y del juez por error judicial, retardo u omisión injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones. A estas garantías del debido proceso se agrega la garantía del libre consentimiento como requisito para la realización de las pruebas o experimentos científicos.

Por, último, el arbitraje, la conciliación, la mediación y los medios alternativos para la solución de conflictos, son reconocidos como justicia por consenso y privada.

## VII. CONCLUSIONES SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL CIVIL

El derecho civil tiene como causa eficiente los llamados derechos civiles, que son los que corresponden a toda persona o individuo, o ser humano, como el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad, a la integridad personal, a la propiedad privada, a la privacidad, a un juicio justo, a libertad intelectual y de conciencia, de expresión, de culto o religión, de prensa y de circulación. Derechos que integran el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que corresponde a toda persona, desde que nace, como individuo y como parte de la sociedad. Por otra parte, el derecho constitucional civil, se fundamenta en la autonomía de la voluntad privada, debido al derecho fundamental de la libertad individual, no como un derecho absoluto, sino bajo los límites constitucionales, de la no contravención de otros derechos fundamentales y de los valores superiores de todo el ordenamiento jurídico. Por tanto, “el Derecho Civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad recogidos en la Carta fundamental. Empero, no solo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Jesús Miranda Canales, “Constitucionalización del derecho civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, Ob. Cit., p. 110.

# ÍNDICE

## PRÓLOGO

<i>Gonzalo Federico Pérez Salazar</i> .....	13
---	----

## LOS DEBERES PROCESALES DE UN ESTADO DE DERECHO

<i>Cecilia Sosa Gómez</i> .....	21
---------------------------------	----

Nota previa.....	21
I. Un hito constitucional .....	22
II. El proceso en la Constitución.....	22
III. El procedimiento en la Constitución .....	28
IV. El tiempo en el Derecho Constitucional.....	34
V. Dos sentencias interpretativas que desatienden el proceso y el procedimiento constitucional .....	39
VI. Consideraciones finales .....	43

## MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

<i>Gonzalo Pérez Salazar</i> .....	45
------------------------------------	----

I. Concepto y ubicación del Derecho Procesal Constitucional....	47
I.I. Concepto .....	47
I.II. Ubicación.....	59
I.II.1. Como ciencia autónoma .....	59
I.II.2. Como rama del derecho constitucional.....	60
I.II.3. Como rama del derecho público .....	60
I.II.4. Como rama del derecho procesal.....	60
I.II.5. Como disciplina mixta .....	61
II. Impacto del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela ...	63

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN  
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
Y EL FEDERALISMO EN MÉXICO**

*Armando Enrique Cruz Covarrubias* ..... 69

Introducción .....	69
I. El Pacto Federal y la implantación del federalismo como forma de gobierno .....	70
1. Uso y significado de la voz Federalismo .....	70
2. Características del Federalismo .....	74
3. Objetivos del Federalismo .....	75
II. La inviolabilidad de la Constitución como el punto de mayor relevancia dentro del Constitucionalismo .....	76
1. La supremacía Constitucional como instrumento de defensa del federalismo .....	78
III. Federalismo Judicial.....	79
Conclusiones .....	84

**CONSTITUCIÓN Y TUTELA DE  
LOS DERECHOS LABORALES**

*César Augusto Carballo Mena* ..... 87

<i>In limine</i> .....	87
I. Un constructo llamado Estado social de Derecho.....	87
II. <i>Ius</i> fundamentalidad y trenza de protección de los derechos laborales .....	93
III. Venezuela: bosquejo de un balance.....	99

**THE CONSTITUTIONAL JUDGE VERSUS  
CIVIL SOCIETY: THE CASE OF THE ILLEGITIMATE  
JUDICIAL INTERVENTION OF THE VENEZUELAN  
RED CROSS SOCIETY BY THE CONSTITUTIONAL  
CHAMBER OF THE SUPREME TRIBUNAL  
OF JUSTICE**

*Allan R. Brewer-Carías*..... 105

I. The illegitimacy of the Red Cross Society intervention.....	105
II. The Venezuelan Red Cross as a national society member of the international organization of the red cross.....	111

III. The legal status of The Venezuelan Red Cross society as a civil society under venezuelan law.....	114
IV. General conditions for the filing of petitions or complaints seeking protection of diffuse and collective. V. Standing requirements for petitions or complaints seeking protection of diffuse and collective rights or interests .....	122
V. Standing requirements for petitions or complaints seeking protection of diffuse and collective rights or interests.....	129
VI. The petition brought before the Constitutional Chamber by the general prosecutor against the individual members of the board of directors of the Venezuelan Red Cross society .....	137
VII. The intervention of the red cross society by the Constitutional Chamber in disregard of the basic procedueral rules on “preliminary measures” .....	143
VIII. The intervencion of the Red Cross Society and the risk for the society of losing its independence vis-à-vis the government	148
Conclusion .....	154

**LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN  
Y EL MÉTODO CONFLICTUAL**

<i>Eugenio Hernández-Bretón</i> .....	155
---------------------------------------	-----

I. Planteamiento de la cuestión a estudiar.....	155
II. El método conflictual y su funcionamiento.....	158
III. La justicia material como criterio orientador para la solución de los casos de Derecho Internacional Privado y la necesidad (y existencia) de correctivos al método conflictual.....	161
IV. La función de la Constitución para la optimización del método conflictual .....	164

**LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN  
DE SENTENCIAS FIRMES EN EL CONTENCIOSO  
TRIBUTARIO VENEZOLANO**

<i>Humberto Romero-Muci</i> .....	173
-----------------------------------	-----

Introducción .....	175
--------------------	-----

1. El contexto jurídico y político de la desinstitucionalización del tributo y la exacerbación de privilegios fiscales.....	177
A. Los riesgos de la falta de control judicial de la ejecución administrativa del crédito tributario .....	177
B. ¿Por qué llegamos a este nivel de degradación institucional?	180
2. La pequeña historia de la ejecución de sentencias en el contencioso tributario.....	183
A. Regulación en el COT 1983 y COT 1994 .....	183
B. La regulación en el COT 2001 .....	186
C. La regulación del COT 2014 .....	189
a. La desjudicialización del cobro ejecutivo.....	189
b. ¿De dónde sale esta caprichosa idea de desjudicializar el cobro ejecutivo del crédito tributario?.....	193
D. La regulación del COT 2020 .....	194
3. La racionalidad de la ejecución judicial del crédito tributario firme .....	196
A. La necesidad técnica de la ejecución judicial del crédito tributario.....	196
B. Las condiciones del título ejecutivo .....	198
C. La intimación y el apercibimiento.....	201
D. <i>Excursus</i> normativo sobre la exigibilidad de la obligación tributaria: crónica de algunos mitos interpretativos .....	202
4. Régimen jurídico de la ejecución de sentencias y de las tributarias en particular .....	207
A. La ejecución judicial de la sentencia firme como garantía de la efectividad de la tutela judicial.....	207
B. La intangibilidad de la cosa juzgada .....	209
C. La ejecución de la sentencia ejecutoriada.....	210
D. La ejecución del crédito fiscal vs. la ejecución del crédito tributario .....	213
5. La inconstitucionalidad de la desjudicialización del juicio ejecutivo .....	216
6. La inconvencionalidad de la desjudicialización del juicio ejecutivo .....	222
7. La jurisdicción es irrenunciable, inalienable e intransferible...	223
A. No hay tal pérdida sobrevenida de la jurisdicción contencioso-tributaria.....	223

B. ¿Cómo puede defenderse el sujeto pasivo de la imposición frente a una pretendida ejecución de un crédito tributario que no tiene cobertura en el perímetro de la cosa juzgada de la sentencia ejecutoriada? .....	229
a. La aplicación supletoria del CPC en materia de ejecución de sentencias y sus incidentes, incluido el juicio ejecutivo fiscal .....	229
b. El amparo constitucional .....	231
Conclusiones .....	233
Bibliografía .....	234

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE  
LA INDEPENDENCIA DE LOS FISCALES  
DEL MINISTERIO PÚBLICO Y  
SU LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

<i>Carlos Ayala Corao</i> .....	241
Introducción .....	241
I. El principio de la independencia de los fiscales .....	242
II. Las garantías judiciales aplicables a los procesos disciplinarios contra los fiscales .....	254
1. El principio de legalidad sancionatoria .....	255
2. Las garantías del debido proceso .....	259
3. Las demás garantías del debido proceso .....	267
4. El requisito de la motivación de las sanciones .....	268
5. El derecho a un recurso judicial efectivo.....	272
6. Los estándares relativos al derecho a la defensa y el principio de congruencia.....	276
III. Los estándares internacionales de reparación de la violación a la independencia de los fiscales.....	279
IV. Los límites del Estado a las restricciones de la libertad de expresión de los fiscales .....	281
1. Los posibles límites derivados del respeto a los derechos o la reputación de los demás.....	292
2. Los límites derivados de la presunción de inocencia .....	298

## **IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

*Rafael Badell Madrid*..... 303

1. Introducción ..... 303
2. Consideración general sobre la importancia del Derecho Procesal Constitucional..... 306
3. Medios de impugnación ..... 308
  - 3.1. Control difuso de la constitucionalidad ..... 309
  - 3.2. Control concentrado de la constitucionalidad..... 312
  - 3.3. Otros medios de impugnación ..... 313
  - 3.4. Amparo constitucional..... 314
  - 3.5. Control de la convencionalidad ..... 315
4. El derecho procesal constitucional y su importancia para el Estado de derecho..... 320
5. El derecho procesal constitucional y su importancia para la democracia ..... 325
- 6 El derecho procesal constitucional y su importancia para la protección de los derechos constitucionales..... 331
  - 6.1. El Control de Convencionalidad para la protección de los Derechos Humanos ..... 331
7. Consideraciones finales ..... 341
8. Bibliografía..... 343

## **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (DEL PROCESO) Y DEFENSA DE LOS OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES (A TRAVÉS DEL PROCESO). APORTES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

*Luis Alberto Petit Guerra* ..... 347

1. Introducción ..... 348
2. Del cambio de la concepción de la comprensión de la Constitución. De los derechos legales a los derechos fundamentales ... 350
3. La introducción de otros mecanismos procesales (además) de los procesos ordinarios para garantizar determinados derechos subjetivos fundamentales ..... 356

3.1. La constitucionalización del proceso.....	357
3.2. De la introducción del amparo constitucional .....	358
3.3. De la introducción de nuevas funciones y recursos.....	359
3.4. De la asunción de nuevos derechos por desarrollo jurisprudencial .....	360
4. Cambio de paradigmas al rol (función) del juez .....	360
5. La creación de un sistema de controles de las decisiones judiciales más allá del régimen de apelaciones, nulidades o casación .....	362
6. Conclusiones .....	363
Bibliografía .....	364

## JUSTICIA TELEMÁTICA Y DEBIDO PROCESO

<i>Álvaro Badell Madrid</i> .....	367
I. Introducción .....	368
II. El debido proceso en el derecho procesal venezolano .....	369
1. Concepto constitucional .....	369
A. Es un derecho.....	372
B. Es una garantía.....	372
C. Es un macro concepto .....	373
D. Nuestra posición .....	373
III. La justicia telemática en Venezuela.....	375
IV. Impacto de la justicia telemática en el derecho venezolano.....	384
1. El dominio «Google» y la garantía de protección de los datos judiciales .....	384
2. El problema de la presentación tempestiva de los escritos..	385
3. La evacuación de los testigos por vía telemática.....	387
4. ¿Es válido el escrito enviado en otro formato que no es PDF?.....	388
5. Los problemas de las notificaciones .....	388
6. Las audiencias telemáticas .....	389
V. Conclusiones .....	389

## INFLUENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE EN VENEZUELA

<i>Nicolas Badell Benítez</i> .....	393
I. Introducción .....	394
II. Reconocimiento constitucional del arbitraje como mecanismo alerno de resolución de conflictos .....	396
1) Reconocimiento constitucional del arbitraje como parte del sistema de justicia.....	396
2) Reconocimiento del arbitraje como manifestación del dere- cho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia .....	399
2.1) Desde una perspectiva general .....	399
2.2) Desde una perspectiva particular.....	401
A) Medidas cautelares .....	401
B) Reconocimiento del valor de cosa juzgada de los laudos y de su ejecución forzosa.....	403
3) Incorporación del Tribunal arbitral a la Justicia constitucio- nal. Control difuso .....	404
III. Principios del arbitraje .....	405
1) Principio <i>Kompetenz-kompetenz</i> .....	405
2) Principio de la autonomía de la voluntad de las partes .....	406
A) Cláusula Arbitral .....	407
B) Renuncia tácita a la cláusula arbitral .....	408
IV. Criterios respecto a las limitaciones materiales al arbitraje .....	409
1) Arrendamiento de inmuebles.....	410
2) Contratos de adhesión.....	411
3.) Contratos de interés público .....	412
V. Revisión del laudo arbitral .....	413
1) Recurso de nulidad .....	413
2) Recurso de casación civil .....	415
3) Amparo constitucional.....	416
4) Revisión constitucional .....	418
5) Avocamiento .....	418
VI. Bibliografía.....	421

**ADECUACIÓN CONVENCIONAL  
Y REFORMA CONSTITUCIONAL:  
LAS RATIFICACIONES JUDICIALES EN PERÚ  
A PATIR DEL CASO CUYA LAVY**

<i>Pedro P. Grández Castro</i> .....	425
I. Introducción .....	426
II. Breve resumen de la sentencia .....	429
II.1. La reducción del análisis convencional a la perspectiva procesal .....	432
III. Las distintas manifestaciones o “facetas” de la independencia judicial.....	435
III.1. De la independencia interna/externa a la independencia institucional/individual .....	436
III.2. El carácter constitutivo de la independencia judicial.....	437
III.3. La independencia judicial como metagarantía.....	438
III.4. La independencia judicial como principio imponderable..	439
IV. El problema de los jueces no ratificados y su retorno a la carrera judicial.....	442
V. Un sistema de rendición de cuentas no es incompatible con la independencia judicial bajo ciertos parámetros .....	445
V.1. Sobre la legitimidad de evaluar el desempeño de los jue- ces y fiscales.....	446
V.2. Sobre los estándares internacionales en materia de eva- luación e independencia.....	448
VI. Consideraciones finales .....	453
Bibliografía .....	454

**EL PLAZO RAZONABLE COMO GARANTÍA  
(DELETÉREA EXPERIENCIA  
PROCESAL EN BOLIVIA)**

<i>Marco Antonio Baldvieso Jinés</i> .....	457
I. Antecedentes .....	458
II. Precedentes procesales previos del problema en la justicia constitucional boliviana.....	460

III. Sobre la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso .....	463
III.1. Derechos de la víctima.....	464
III.2. La dimensión plural del derecho a un proceso sin dilaciones .....	466
III.3. Los principios como disposiciones ordenadoras, implícitas en cualquier norma sustantiva y adjetiva .....	476
III.4. Demora estructural (extraordinaria).....	478
III.5. La interpretación del código de procedimiento penal boliviano .....	479
IV. La interpretación correctora y previsor, componentes indispensables para el derecho procesal.....	482

**UNA TEORÍA CONTRAMAYORITARIA PARA  
PROCESAR LAS TENSIONES ENTRE  
CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA**

*Alejandro González Valenzuela* ..... 505

Introducción .....	506
I. La tensión Constitucionalismo-Democracia .....	509
II. Origen y Desarrollo de la Tensión Constitución-Democracia y su Desarrollo en el Derecho Comparado.....	514
1. El punto de partida de la tensión o conflicto Constitución-Democracia.....	514
2. El conflicto Constitucionalismo-Democracia en EEUU, en el siglo XX: Las tesis de Bickell, Dahl y Waldron.....	519
3. Las tesis de la no tensión: Dworkin, Ackerman, Ferrajoli y Elster.....	521
4. La tensión Constitucionalismo-Democracia en nuestra región .....	523
III. La Tensión Constitucionalismo-Democracia en Venezuela .....	525
IV. Una teoría contramayoritaria para una Venezuela Democrática	529
1. Qué son las reglas de poder contramayoritarias .....	530
2. Naturaleza jurídica de las reglas de poder contramayoritarias .....	531
3. Objetivos de la teoría contramayoritaria .....	532

4. De las reglas de poder contramayoritarias para consolidar un Estado Constitucional Democrático y una nueva Democracia Representativa Integral .....	533
Conclusiones .....	548

**BUENAS Y MALAS NOTICIAS Y MUCHO AÚN POR HACER: INFLUENCIAS DEL CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL (Y DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL) SOBRE EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

<i>Jorge Kiriakidis</i> .....	551
Introducción .....	551
Unas breves conclusiones .....	583

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

<i>Armando Luis Blanco Guzmán</i> .....	585
Introducción .....	585
I. La evolución del principio de juridicidad .....	586
II. La Constitución como norma jurídica .....	588
III. Efectos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico..	590
IV. Contenido esencial de la Constitución normativa .....	591
V. Finalidad de la Constitución normativa .....	593
Conclusiones .....	594
Referencias bibliográficas .....	595

**PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN**

<i>Magaly Vásquez González</i> .....	599
Introducción. ....	599
Constitucionalización del proceso penal .....	602
Conclusiones .....	615

**INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO PROCESAL  
CONSTITUCIONAL Y EL ADMINISTRATIVO:  
EL AMPARO CONSTITUCIONAL CONTRA  
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONTRA  
SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS**

*María Amparo Grau*..... 617

I. La Ley de Amparo y las competencias en el Amparo en materia administrativa .....	624
1) Las reglas de competencia según la Ley de Amparo.....	624
2) Extensión jurisprudencial de la competencia de los jueces contenciosos administrativos en materia de amparo constitucional .....	627
II. Objeto del amparo en materia administrativa .....	636
III. El Amparo contra sentencia de los jueces contencioso administrativos .....	637
IV. Conclusiones .....	644

**DERECHO CONSTITUCIONAL CIVIL  
O DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL**

*Román J. Duque Corredor*..... 647

Introducción .....	647
I. El Estado de Derecho y la constitucionalización de la ciencia jurídica.....	648
II. La axiología constitucional y la constitucionalización del Derecho .....	649
III. La reciprocidad entre la Constitución y las ramas jurídicas...	650
IV. El derecho constitucional civil .....	652
V. El derecho sustantivo constitucional civil.....	653
VI. El derecho adjetivo constitucional civil .....	656
VII. Conclusiones sobre el derecho constitucional civil.....	658

## Autores

Gonzalo F. Pérez Salazar

Cecilia Sosa Gómez

Armando E. Cruz Covarrubias (México)

César A. Carballo Mena

Allan R. Brewer-Carías

Eugenio Hernández-Bretón

Humberto Romero-Muci

Carlos Ayala Corao

Rafael Badell Madrid

Luis A. Petit Guerra

Álvaro Badell Madrid

Nicolás Badell Benítez

Pedro P. Grández Castro (Perú)

Marco A. Baldivieso Jinés (Bolivia)

Alejandro González Valenzuela

Jorge Kiriakidis

Armando L. Blanco Guzmán

Magaly Vásquez González

María Amparo Grau

Román J. Duque Corredor (+)

