

CRÓNICA SOBRE LA “IN” JUSTICIA CONSTITUCIONAL
La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela

COLECCIÓN INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

1. Alfredo Arismendi A., *Contribución a la bibliografía del derecho constitucional y su historia*, Caracas, 2005, 364 pp.
2. Allan R, Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, 2007, 688 pp.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Adjunct Professor of Law, Columbia Law School, New York
Vicepresidente de la Academia Internacional
de Derecho Comparado*

**CRÓNICA SOBRE
LA “IN” JUSTICIA CONSTITUCIONAL
La Sala Constitucional y
el autoritarismo en Venezuela**

COLECCIÓN INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
Nº 2

EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA
Caracas/2007

© Allan R. Brewer-Carías
Email: abrewer@bblegal.com
<http://www.allanbrewercarias.com>

Hecho el depósito de Ley
Depósito Legal: lf54020073402512
ISBN: 978-980-365-113-8

Editorial Jurídica Venezolana
Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande,
Apartado 17.598 - Caracas, 1015, Venezuela
Teléfono 762.25.53, 762.38.42. Fax. 763.5239
Email fejv@cantv.net
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Diagramación, composición y montaje
por: Francis Gil, en letra
Book Antigua 11, Interlineado 12, Mancha 21 x 12.5
Primera Edición 2007
La Edición consta de 1000 ejemplares

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

§ 1. *El marco general para la “in” justicia constitucional: el juez constitucional sometido al poder político*

PRIMERA PARTE

LOS INSTRUMENTOS PARA LA “IN” JUSTICIA CONSTITUCIONAL

§ 2. *Quis custodiet ipsos custodes: de la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*

§ 3. *Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004*

§ 4. *Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional*

SEGUNDA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL PODER JUDICIAL

§ 5. *La justicia sometida al poder: la ausencia de independencia y autonomía de los jueces por la interminable emergencia del Poder Judicial avalada por el juez constitucional (1999-2006)*

TERCERA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL PODER ELECTORAL

§ 6. *La Sala Constitucional vs. el Estado Democrático de derecho: el secuestro del Poder Electoral*

§7. *El derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio de mandatos y su confiscación por el Poder Electoral*

§8. *La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y su secuestro por la Sala Constitucional*

CUARTA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. LOS DERECHOS CIUDADANOS

§9. *El juez constitucional vs. el derecho al sufragio mediante la representación proporcional*

§10. *La Sala Constitucional vs. el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares: de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un "referendo ratificatorio"*

§11. *La Sala Constitucional vs. la garantía constitucional al debido proceso: la ilegítima despersonalización de las sociedades y la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria, como justificación para la violación del derecho a la defensa*

§12. *El juez constitucional vs. la libertad de expresión: la libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional*

§13. *El juez constitucional vs. la propiedad privada: el juez constitucional como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: el caso RCTV*

QUINTA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO

§14. *Los primeros pasos de la Jurisdicción Constitucional como "legislador positivo", y el régimen legal de cómputo de los lapsos procesales*

§15. *El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas*

§16. El juez constitucional como legislador positivo de oficio en materia tributaria. La legitimación activa en la acción popular y la impugnación de leyes derogadas

§17. El juez constitucional sancionando reformas de leyes y la cuestión de los efectos ex nunc de las sentencias anulatorias ("reformatorias") de leyes

SEXTA PARTE:

LO QUE DEBERÍA SER

§18. Nuevas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos

INTRODUCCIÓN

§ 1. El marco general para la “in” justicia constitucional: el juez constitucional sometido al poder político

Para que un sistema de justicia constitucional pueda funcionar adecuadamente, garantizando la supremacía de la Constitución y protegiendo los derechos fundamentales de las personas, tiene que estar estructurado dentro de un Estado de derecho que responda al principio de la separación de poderes, y en el cual estén garantizadas la independencia y la autonomía de los jueces.

En cambio, en un régimen autoritario, donde no hay separación de poderes y donde los jueces son dependientes del poder político, el sistema se torna en un insólito instrumento de injusticia, con la gravedad de que al ser impartido, por ejemplo, por una Jurisdicción Constitucional como la que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la misma, al no estar sometida a control alguno, adicionalmente constituye impune abuso de poder. En esos casos, la justicia constitucional termina siendo un instrumento de “in” justicia constitucional y de demolición del Estado de derecho.

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU DISTORSIÓN POR LA PRÁCTICA POLÍTICA

En efecto, la Constitución de 1999 establece en forma expresa en sus artículos 266, 334 y 336 la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad, de las leyes y demás actos de los cuerpos deliberantes de

carácter nacional, estatal o municipal dictados en ejecución directa de la Constitución, así como de los actos con rango legal dictados por el Ejecutivo Nacional.

Es decir, la Constitución prevé un control judicial concentrado de la constitucionalidad de todos los actos estatales, con exclusión de los actos judiciales y de los actos administrativos respecto de los cuales prevé medios específicos de control de legalidad y constitucionalidad (recurso de casación, apelaciones y Jurisdicción Contencioso Administrativa). De acuerdo con la Constitución, por tanto, existe un control concentrado de la constitucionalidad reservado en el nivel nacional, a los actos estatales de rango legal o de ejecución directa de la Constitución (leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos de gobierno); en el nivel estatal, a las leyes emanadas de las Asambleas Legislativas y demás actos de ejecución directa de la Constitución; y en el nivel municipal, a las Ordenanzas Municipales, consideradas invariablemente como leyes locales, y demás actos de ejecución directa de la Constitución. Este control de la constitucionalidad de los actos estatales permite a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarar su nulidad cuando sean violatorios o colidan con la Constitución. Se trata, por tanto, como hemos dicho, de un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, y otros actos estatales de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución atribuido a la Sala Constitucional.

Pero además, tanto el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Civil, como la propia Constitución (art. 334) permiten a todos los tribunales de la República, cuando decidan un caso concreto, declarar la inaplicabilidad de las leyes y demás actos estatales normativos cuando estimen que son inconstitucionales, dándole por tanto preferencia a las normas constitucionales. Se trata, sin duda, de la base legal del método difuso de control de la constitucionalidad.

Por tanto, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, puede decirse que es uno de los más amplios conocidos en el mundo actual si se lo compara con los que muestra el derecho comparado¹, pues como se ha dicho, mez-

1 V. Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, 1977; "Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de

cla el control difuso de la constitucionalidad de las leyes con el control concentrado de la constitucionalidad de las mismas²; configurándose desde el Siglo XIX³, como un sistema mixto o integral con fundamento en el principio de la supremacía de la Constitución (artículo 7).

Sin duda, un sistema de justicia constitucional como el previsto en la Constitución, puede considerarse como “la culminación de la edificación del Estado de derecho”⁴ y la consecuencia directa del proceso de constitucionalización del mismo, es decir, de la adopción de una Constitución como ley suprema, en la cual no sólo se establece la organización de los poderes del Estado y sus limitaciones, sino que se declaran y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se trata, en definitiva, del logro más importante del ciudadano frente a la antigua autoridad absoluta de los órganos del Estado, y en particular, frente a la antigua supremacía y soberanía de los Parlamentos.

Sin embargo, en el mundo contemporáneo dicho Estado de derecho está construido, en primer lugar, sobre la existencia de una Constitución como norma suprema, directamente aplicable a los particulares; en segundo lugar, sobre la democracia como régimen político,

los actos estatales en el Derecho venezolano”, *Revista de Administración Pública*, n° 76, Madrid, 1975, pp. 419 a 446; “La Justicia Constitucional en Venezuela”, Simposio Internacional sobre Modernas Tendencias de Derecho Constitucional (España y América Latina). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Nov. 1986, 102 páginas. V. además, M. Gao- na Cruz, “El control judicial ante el Derecho Comparado” en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración* (El Derecho Público en Colombia y Venezuela), Vol. VII, 1986, Caracas, 1986.

- 2 De acuerdo a la terminología acuñada por Piero Calamandrei, *La illegittimità Costituzionale delle Leggi*, Padova, 1950, p. 5; y difundida por Mario Capelletti, *Judicial Review in the contemporary World*, Indianápolis, 1971. V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial review in comparative law*, Cambridge University Press, 1989; y Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolanao, Caracas san Cristóbal 1996, pp. 86 y ss.
- 3 V. los comentarios en relación con sistema mixto de justicia constitucional en Venezuela como consecuencia del principio de supremacía constitucional en R. Feo, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1904, Tomo I, pp. 26-35; R. Marcano Rodríguez, *Apuntaciones Analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, Tomo I, pp. 36-38; A. Borjas, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Caracas, Tomo I, pp. 33-35. V. además, Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995.
- 4 V. P. Lucas Murillo de la Cueva, “El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 7, Madrid, 1979, p. 200.

que tiene por objeto asegurar el gobierno del pueblo como titular de la soberanía, sea en forma indirecta a través de representantes, o bien mediante instrumentos para su ejercicio directo; en tercer lugar, sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos, como fin esencial del orden político; y en cuarto lugar, por encima de todo, sobre el control del poder como sistema político constitucional, que tiene por objeto impedir el abuso de quienes lo ejercen.

Estos cuatro elementos están interrelacionados de manera que ninguno puede existir aisladamente y sin que exista el otro: no puede haber efectiva supremacía constitucional, verdadera democracia, ni efectivo goce y protección de los derechos humanos si no hay control del poder; y sólo en democracia es que se concibe el sistema de derechos humanos, la posibilidad de controlar el poder y garantizar efectivamente la supremacía de la Constitución.

En otras palabras, para que pueda existir y funcionar efectivamente la democracia y se pueda asegurar realmente la protección de los derechos humanos y la supremacía constitucional mediante la justicia constitucional, se requiere de un marco constitucional que establezca y permita el control del poder, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente, y mediante su división y distribución, el poder pueda frenar al poder. Sólo en un sistema donde exista el control del poder puede haber garantía esencial de todos los valores de la propia democracia, como el respeto a la voluntad popular, la vigencia de los derechos humanos, el pluralismo político, la alternabilidad republicana o el Estado de derecho.

Precisamente por ello, en ese instrumento internacional excepcionalísimo como es la *Carta Democrática Interamericana* adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Lima, el 11 de septiembre de 2001, se enumeraron en su artículo 3, como elementos esenciales de la democracia representativa, además del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; además del acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; además de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; y además del régimen plural de partidos y organizaciones políticas; la necesaria existencia -dice- de “la separación e independencia de los poderes públicos”. Además, la misma *Carta* definió en su artículo 4º, como componentes fundamentales del

ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Además, se declaró que son igualmente fundamentales para la democracia la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. La democracia, por tanto, es mucho más que las solas elecciones y votaciones.

Sin embargo, entre todos esos elementos y componentes esenciales de la democracia, sin duda, el que se refiere a la separación e independencia de los Poderes Públicos es precisamente el que permite estructurar un verdadero régimen democrático, permite asegurar la supremacía de la Constitución y permite la efectiva vigencia de los derechos humanos⁵ mediante un efectivo sistema de justicia constitucional.

No olvidemos que en nuestros países de América Latina, desde hace mucho tiempo y con todos los altos y bajos de su efectividad, hemos tenido sistemas de justicia constitucional e instituciones que han buscado asegurar el respeto a los derechos humanos, la sujeción del poder al derecho, elecciones más o menos regulares y libres y un régimen plural de partidos. Pero si nuestras democracias no terminan de arraigar, es porque nos ha faltado implantar efectivamente el último de los elementos mencionados en la Carta Democrática Interamericana, el de la efectiva “separación e independencia de los poderes”; es decir, el orden constitucional que debe existir en toda democracia para controlar y limitar el poder, y que hace posible la misma gobernabilidad de la democracia, y en particular, lograr una efectiva representación política; la posibilidad real de participación política del ciudadano; un buen gobierno que sea transparente y responsable, la garantía de los derechos humanos y la vigencia efectiva del Estado de derecho mediante la justicia constitucional.

5 V. sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Ediciones El Nacional, Caracas 2002. pp. 137 y ss. Este libro puede consultarse en la *página web*: allanbrewercarias.com (Publicaciones 2002).

Porque sin control del poder no sólo la democracia no es gobernable, sino que no pueden tener efectiva vigencia todos sus otros factores esenciales antes mencionados, pues sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, es decir, puede haber representatividad efectiva; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando al Poder es que se puede asegurar una efectiva transparencia en su ejercicio, con exigencia de la rendición de cuentas por los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un buen gobierno sometido al respeto de la Constitución y del Estado de derecho; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia; y sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos.

Al contrario demasiada concentración y centralización del poder, si no hay independencia y autonomía de los poderes, particularmente del poder judicial, y sin controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, conduce al autoritarismo y, en definitiva, a la tiranía. Y esta fue la historia de la humanidad durante el Siglo pasado, que nos muestra precisamente a tiranos que usaron el voto de la mayoría para acceder al poder y desde allí aplicaron el autoritarismo para acabar con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por los derechos humanos.

Ahora bien, para poder ejercer este control del poder, por supuesto, se requiere por sobre todo que los jueces y, en particular, el juez constitucional, sea efectivamente autónomo e independiente de las diversas ramas del poder público, pues de lo contrario, si se trata de un órgano controlado por el poder político de turno, en lugar de ser el guardián de la Constitución y del Estado de derecho, puede ser el instrumento más diabólico del autoritarismo y de la destrucción del mismo. Como a los tribunales constitucionales nadie los controla, se pueden convertir en un poder constituyente derivado no regulado en el texto constitucional, y sus inconstitucionales interpretaciones de la Constitución pueden pasar ilegítimamente a formar parte de la propia Constitución. La pregunta de siempre que suscita el poder incon-

trolado, *Quis custodiet ipsos custodes*, por tanto, aquí adquiere todo su significado, pues no tiene respuesta⁶.

Por ello, por sobre todo, más que las competencias que le son atribuidas, lo importante en un juez o tribunal constitucional es su autonomía e independencia frente al poder. Y ese es el problema que ha existido y aún existe en muchos de nuestros países, y que aqueja la justicia constitucional en Venezuela en los comienzos del siglo XXI, donde lamentablemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente con la última reforma de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia de 2004⁷ y con la forma como desde 1999 se ha realizado la integración del mismo, no es la garantía del Estado de derecho que debería esperarse.

Lamentablemente, la integración del Tribunal Supremo se hizo con magistrados controlados por el poder político y lo que es peor, dependientes del mismo, ya que pueden ser removidos por una Asamblea Nacional totalmente controlada políticamente por el Ejecutivo, incluso sin voto calificado. Todo ello, lamentablemente, se ha hecho en el marco de proceso de demolición progresiva y sistemática del Poder Judicial que en los últimos años se ha desarrollado en el país⁸, en el cual, incluso, ha participado la propia Sala Constitucional con decisiones que han resquebrajado el Estado de derecho, que se comentan en este libro.

Por ello, el magnífico sistema de justicia constitucional que en Venezuela se construyó, pieza a pieza, durante décadas para afianzar el Estado de derecho en democracia, y que formalmente culminó con las normas de la Constitución de 1999, lamentablemente, dado el resquebrajamiento de la democracia que se ha producido en estos primeros años del Siglo XXI, se ha venido configurando en un sistema

6 V. Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*. Arequipa. Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa 2005, pp. 463–489. Véase este trabajo en las páginas 47 y ss. de este libro.

7 V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

8 V. Allan Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999–2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*. Barquisimeto. Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 2005 pp.33–174.

de “in” justicia constitucional que ha resquebrajado las bases del Estado de derecho, que tiene su origen en los actos de la Asamblea Constituyente de 1999, adoptados después de que la Constitución de ese año fuera aprobada mediante referendo, precisamente de nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo.

II. LA AUSENCIA DE DISPOSICIONES TRANSITORIAS SOBRE EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Sin duda, una de las reformas constitucionales de mayor importancia sobre el Poder Judicial introducidas en la Constitución aprobada mediante referendo el 15 de diciembre de 1999, fue la transformación de la antigua Corte Suprema de Justicia que estaba dividida en tres Salas: Político-Administrativa, de Casación Civil y de Casación Penal; en un Tribunal Supremo de Justicia (Art. 262), dividido en seis Salas: Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social (Art. 262); y al cual se atribuyó, además, el gobierno y administración del Poder Judicial a través de una Dirección Ejecutiva de la Magistratura (Art. 267), función que antes había estado a cargo del Consejo de la Judicatura.

Sin embargo, a pesar de ese importante cambio institucional, la Constitución no estableció norma alguna en sus Disposiciones Transitorias para regular la “transición” inmediata entre los órganos superiores del Poder Judicial que en 1999 existían conforme a la Constitución de 1961 y los nuevos órganos previstos en la nueva Constitución. Esa fue la voluntad expresada por el poder constituyente originario (el pueblo) torno a la transitoriedad constitucional, conforme al texto sancionado por la Asamblea Constituyente y que había sido sometido a referendo, lo que implicaba la continuidad de los anteriores órganos hasta que se dictaran las leyes necesarias para implementar el funcionamiento de los nuevos.

En efecto, la Constitución de 1999, si bien contiene 28 Disposiciones Transitorias en las cuales se regularon aspectos tendientes a asegurar la vigencia inmediata de la Constitución, a posponer la vigencia de algunas normas, y a establecer el programa legislativo para la ejecución de la Constitución; en el mismo nada se dispuso sobre la posible inmediata transición, por ejemplo, de los titulares electos de los órganos representativos del Poder Público regulados conforme a la Constitución de 1961 y que habían sido electos en noviembre y di-

ciembre de 1998; hacia los nuevos órganos del Poder Público previstos en la Constitución de 1999. En tal sentido puede afirmarse que los constituyentes, al redactar el texto constitucional, no previeron transición constitucional alguna distinta a la contenida en las referidas Disposiciones Transitorias; y ello fue lo aprobado popularmente en el referendo aprobatorio de la Constitución.⁹

Por tanto, la no previsión de normas expresas para asegurar la inmediata sustitución de los titulares de los órganos del Poder Público en las Disposiciones Transitorias producía, como en su momento dijimos¹⁰, en relación con los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en un régimen democrático, que los mismos debían permanecer en sus cargos hasta tanto la nueva Asamblea Nacional que se eligiera, regulara legalmente el nuevo Tribunal Supremo de Justicia y nombrara sus Magistrados conforme a las nuevas Salas, de acuerdo con los nuevos criterios previstos en la Constitución en cuanto a la transparencia para la postulación y selección (Comité Postulaciones Judiciales).

Pero ello no ocurrió así, y desde su inicio, el Tribunal Supremo de Justicia, y en especial, su Sala Constitucional tuvo un inconstitucional origen.

III. EL INCONSTITUCIONAL ORIGEN DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En efecto, la primera burla a la Constitución de 1999 después de que fue aprobada por referéndum de 15 de diciembre de 1999, fue realizada por la propia Asamblea Nacional Constituyente que la había sancionado, a la semana de su aprobación popular, cuando emitió el 22 de diciembre de 1999¹¹, a sólo dos días después de la “proclamación” de la nueva Constitución, un Decreto que no estaba previsto constitucionalmente, denominado de “Régimen de Transición del Poder Público”. Ello ocurrió, además, antes de que entrara en vigen-

9 V. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Sesión de 19-11-99, n° 46, p. 3; y Sesión de 9-12-99, n° 48, pp. 5 y ss.

10 V. los comentarios que hicimos en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000, pp. 253 y ss.; y *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 1015 y ss.

11 V. en *Gaceta Oficial* n° 36.859 de 29-12-99.

cia la Constitución, ya que su publicación fue deliberadamente demorada hasta el 30 de diciembre de 1999¹².

La Asamblea Constituyente pretendió, con ello, sin que ello estuviese regulado en la Constitución aprobada por el pueblo, “hacer efectivo el proceso de transición hacia el régimen establecido en la Constitución de 1999” y, supuestamente, “permitir la vigencia inmediata de la Constitución” (art. 1). La verdad es que nada impedía dicha vigencia inmediata pues habían sido las Disposiciones Transitorias de la Constitución aprobada por el pueblo, las que habían dispuesto los aspectos concernientes a los efectos inmediatos o mediatos, según los casos, de las normas de la Constitución.

Es decir, la Asamblea, sin ningún poder derivado del pueblo, ilegítimamente decidió dictar por sí misma y al margen de la nueva Constitución que ella misma había redactado, sancionado y proclamado dos días antes (20-12-99), un régimen constitucional transitorio no establecido en el texto de la nueva Constitución y que no fue someterlo a aprobación popular por la vía de referendo, con lo que se consumó un fraude a la propia Constitución

Supuestamente, para suplir los “vacíos” que la misma Asamblea había originado al no prever como habría pretendido un régimen de transición del Poder en las Disposiciones Transitorias, la Asamblea, en lugar de aplicar en general el principio de continuidad del Poder, incurrió en usurpación de autoridad, y procedió a adoptar un conjunto de decisiones sobre los órganos del Poder Público, violatorios del principio democrático¹³; originando un vacío constitucional¹⁴ que luego procedió entonces a llenar.

Entre esas decisiones, además de por ejemplo, haber “creado y nombrado” una Comisión Legislativa Nacional (el denominado “Congresillo”) a la cual atribuyó la función legislativa, sin autoriza-

12 V. en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit. Sesión de 22-12-9, n° 51, pp. 2 y ss. V. *Gaceta Oficial* n° 36.859 de 29-12-99; y *Gaceta Oficial* n° 36.860 de 30-12-99.

13 V. lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 76-81.

14 V. el estudio detallado de este Régimen en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, cit. pp. 1017 y ss.

ción constitucional alguna¹⁵; la Asamblea Constituyente dispuso la desaparición de la antigua Corte Suprema de Justicia, sus Salas y sus dependencias las cuales pasaron a conformar el nuevo Tribunal Supremo de Justicia (cuyo régimen en el nuevo texto constitucional ni siquiera estaba en vigencia pues el Texto no se había publicado), por lo que, además de las Salas Político Administrativa, de Casación Penal y de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, cuya extinción se decretó, la Asamblea Nacional Constituyente “creó” las nuevas Salas Constitucional, de Casación Social y Electoral que preveía la nueva Constitución y que como se dijo, aún no estaba en vigencia (Artículo 17)

En el artículo 19 del Decreto, la Asamblea, además, designó a los nuevos Magistrados que pasaban a integrar el Tribunal Supremo de Justicia, sin sujetarse a las propias exigencias constitucionales para la postulación de candidatos y la participación de la sociedad civil en el Comité de Postulaciones Judiciales y sin sujetarse a las condiciones establecidas en la nueva Constitución para ocupar dichos cargos.

IV. LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO JUEZ EN SU PROPIA CAUSA

Uno de los pilares del Estado de derecho y del control de los poderes, es que nadie puede ser juez en su propia causa, es decir, nadie puede ser, a la vez, juez y parte en un proceso, lo que se aplica, por supuesto, tanto a los ciudadanos como a los órganos del Estado.

En Venezuela, sin embargo, el órgano llamado a garantizar la supremacía constitucional, los principios del Estado de derecho y la vigencia efectiva de los derechos ciudadanos, que es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fue precisamente el que violó tan elemental principio constitucional, y fue juez en su propia causa,

15 Con posterioridad, la Asamblea Nacional Constituyente, en fecha 30-01-2000, dictó un Decreto de Ampliación de las Competencias de la Comisión Legislativa Nacional, en el cual asignó a dicha Comisión una serie de competencias especiales para considerar diversas materias y dictar legislación al respecto. La Asamblea dictó el Decreto nuevamente “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, con lo cual ya no era posible asignarle ningún otro calificativo al poder que se había otorgado a la Asamblea; habiendo sido calificado dicho Decreto por sentencia n° 1454 de fecha 18-2-01 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, (Caso: *C.A. Good Year de Venezuela*) como de “rango constitucional”.

al decidir las acciones de inconstitucionalidad intentadas contra el mencionado Decreto de Transición del Poder Público mediante el cual se había creado la Sala y se habían nombrado sus Magistrados, llegando a decidir en un caso, que las condiciones constitucionales para ser Magistrados no se les aplican a ellos mismos. Esta conducta se configuró como un atentado a la majestad del Poder Judicial, convirtiendo a la Sala Constitucional en el instrumento para destruir la autonomía e independencia del Poder Judicial, y antes de ejercer la justicia constitucional, en muchos casos, realizar la “in” justicia constitucional.

En efecto, el mencionado Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público fue inmediatamente impugnado ante la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia en fecha 29 de diciembre de 1999, particularmente respecto a los nombramientos de los altos funcionarios públicos, en particular de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

Constituida Sala Constitucional del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, ésta, mediante una de sus primeras sentencias, la N° 4 de fecha 26 de enero de 2000 (Caso: *Eduardo García*)¹⁶, consideró que el Decreto impugnado era “un acto de rango y naturaleza constitucional” y, además:

“[De] naturaleza organizativa, por el cual se produjo la designación de altos funcionarios del Poder Público Nacional, el cual se fundamenta en los propósitos de reorganización del Estado, conferidos a la Asamblea Nacional Constituyente”.

Los magistrados de la Sala Constitucional que decidieron el caso, pusieron de lado el hecho de que estaban decidiendo sobre el acto de su propio nombramiento, y concluyeron señalando que:

“Tomando en cuenta lo antes señalado, estima la Sala que, dado el carácter originario del poder conferido por el pueblo de Venezuela a la Asamblea Nacional Constituyente, mediante la pregunta n° 1 y la Base Comicial Octava del referendo consultivo nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y por tanto *la no sujeción de este poder al texto constitucional vigente para la época*, la demanda propuesta, al fundamentar las presun-

16 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Caracas, 2000, pp. 93 y ss.

tas transgresiones en la referida Constitución y no en los parámetros y principios consagrados en las bases fijadas en el citado referendo, conduce forzosamente a su improcedencia”.

Con posterioridad, y nuevamente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció sobre el mencionado Decreto del “Régimen de Transición del Poder Público”, al ser éste impugnado en fecha 17 de enero de 2000; y mediante sentencia n° 6 de fecha 27 de enero de 2000 (Caso: *Milagros Gómez y otros vs. Asamblea Nacional Constituyente*)¹⁷, declaró improcedente la acción de nulidad interpuesta contra el referido Decreto en el cual se había designado a los magistrados decidores, considerando que “los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución derogada”, y que “sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta”, concluyendo entonces que la Asamblea había dictado el mencionado Decreto sin sujeción a normas constitucionales algunas, al decidir que:

[...] “el acto de la Asamblea Nacional Constituyente impugnado en esta oportunidad publicado en la Gaceta Oficial n° 36.859 del 29 de diciembre de 1999, esto es, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, no está sujeto ni a ésta, ni a la Constitución de 1961”.

Le atribuyó, así, el Tribunal Supremo de Justicia, *ex post facto*, rango constitucional al régimen transitorio inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, desligándolo tanto de la Constitución de 1961 como de la propia Constitución de 1999; régimen transitorio que, además, era precisamente el que contenía el acto de designación de los propios Magistrados. Lo menos que podían haber hecho era inhibirse, pero no fue así; y esa y otras sentencias que juzgaron dicho régimen transitorio, como se ha dicho, constituyeron una violación del principio elemental del Estado de derecho conforme al cual nadie puede ser juez en su propia causa.

17 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 95 y ss.

En otra sentencia, n° 180 de 28 de marzo de 2000 (Caso: *Allan R. Brewer-Carías y otros*)¹⁸ de la Sala Constitucional, con motivo de declarar sin lugar la demanda de nulidad intentada contra el Estatuto Electoral del Poder Público que había dictado la Asamblea el 30 de enero de 2000¹⁹, el Tribunal dispuso que la Asamblea Constituyente supuestamente había tenido varias alternativas para regular el régimen constitucional transitorio: la primera, que era elaborar unas Disposiciones Transitorias que formaran parte de la Constitución para ser aprobada por el pueblo mediante referendo; y la segunda, que consistía en dictar actos constituyentes aparte, de valor y rango constitucional, que originarían un régimen transitorio constitucional paralelo, no aprobado por el pueblo.²⁰

De este razonamiento resultó, entonces, el absurdo constitucional de que podía haber un régimen constitucional transitorio no previsto en la Constitución de 1999, ni aprobado por el pueblo, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, lo cual es totalmente incorrecto; y para reforzar esta absurda consideración, la Sala Constitucional utilizó un argumento propio del derecho privado, de que “quien puede lo más puede lo menos”, totalmente inaplicable en derecho público, donde la competencia tiene que ser expresa. La Sala, en efecto argumentó como sigue:

“Tal disposición, emanada del poder constituyente *que podía lo más*, cual era la transformación del Estado, lo que iba a adelantar mediante la aprobación de una nueva Constitución y del régimen de transición, claro *que podía lo menos*, dentro de su cometido de transformación del Estado, cual era dictar las normas que permitirían la transición entre el sistema constitucional abrogado y el nuevo, que conforme al texto constitucional de 1999, no podía de inmediato constituirse en todas sus instituciones”²¹.

18 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 86 y ss.

19 V. en *Gaceta Oficial* n° 36.884 de 03-02-00.

20 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 88 y ss.

21 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 89.

De lo anterior resulta, por tanto, la siguiente situación irregular:

1. La Asamblea Nacional Constituyente aprobó el 17 de noviembre de 1999 una Constitución con un régimen transitorio previsto en sus Disposiciones Transitorias, que implicaban la permanencia de los titulares de los órganos de los Poderes Públicos hasta que fueran electos los nuevos titulares. En esta expresión de la voluntad popular (referendo del 15 de diciembre de 1999) y de la voluntad de la propia Asamblea Nacional Constituyente que sancionó y proclamó la Constitución, por tanto, no quedó vacío legal alguno respecto de la transición constitucional.

2. Dicha Constitución de 1999, con dicho régimen transitorio, fue sometida a referendo aprobatorio, y así fue aprobada por el pueblo el 15 de diciembre de 1999, siendo proclamada formalmente por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de diciembre de 1999.

3. Con posterioridad, dos días después, la Asamblea Nacional Constituyente cambió de opinión y resolvió alterar el régimen transitorio que estaba previsto en la Constitución de 1999 y que había sido aprobado por referendo, y antes de que se publicara la Constitución para que pudiera entrar en vigencia, el 22 de diciembre de 1999 dictó el “Régimen de Transición del Poder Público”, mediante el cual sustituyó a todos los titulares de los órganos del Poder Público y modificó su estructura, y en particular creó al Tribunal Supremo y su Sala Constitucional y a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Dicho régimen originó, entonces, un supuesto “vacío legal” que la propia Asamblea pretendió llenar con normas de rango constitucional no aprobadas por el pueblo.

4. El Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia n° 180 del 28 de marzo de 2000 le atribuyó a dicho Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente sin aprobación popular, rango y valor constitucional, contrariando así la base comicial novena del referendo del 25 de abril de 1999, que se configuraba como el conjunto normativo supra constitucional que constituía el límite de la actuación de la Asamblea.

5. En el país, entonces, y como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo, han existido dos regímenes constitucionales paralelos: uno contenido en la Constitución de 1999 aprobada por el pueblo; y otro, dictado con posterioridad a dicha aprobación por la

Asamblea Nacional Constituyente, no aprobado por el pueblo y de vigencia imprecisa hasta que supuestamente se apruebe toda la legislación que prevé la propia Constitución de 1999, lo cual puede durar décadas.

Por ello, por ejemplo, en mayo de 2004, cinco años después de dictada la Constitución de 1999, cuando se sancionó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²², una de sus disposiciones transitorias, a pesar de que la Constitución exige la existencia de una jurisdicción disciplinaria de los jueces, a cargo de tribunales especializados (art. 267), dispuso que la “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” que había “creado” la Asamblea Nacional Constituyente al margen de la Constitución, seguía teniendo “a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios” (Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, Párrafo 2º, e).

El Tribunal Supremo de Justicia, lamentablemente, en lugar de cumplir su deber como juez de la constitucionalidad, quiso resolver el “vacío” creado por la Asamblea después de aprobada la Constitución de 1999 por referendo popular, con lo cual violentó el ordenamiento constitucional y frustró la esperanza de que se apuntalara el Estado de Derecho, precisamente cuando comenzaba a entrar en aplicación la nueva Constitución.

Todo este sistema de doble régimen constitucional paralelo y yuxtapuesto lo confirmó la Sala Constitucional, posteriormente, en el auto dictado el 12 de diciembre de 2000 con motivo de resolver sobre la pretensión de amparo que había acumulado la Defensora del Pueblo a la acción de nulidad por inconstitucionalidad que intentó contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional de 14 de noviembre de 2000²³, en el cual señaló:

“A partir de la aprobación de las bases comiciales y la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente surge una situación inédita en el

22 *Gaceta Oficial* n° 37942 de 20-05-2004.

23 *Gaceta Oficial* n° 37.077 de 14-11-00.

constitucionalismo nacional. En una primera fase, hasta la promulgación de la actual Constitución, sin ruptura constitucional de ninguna especie, siguió vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, coexistiendo con los actos que dictó la Asamblea Nacional Constituyente, en lo que contraríen a dicha Constitución, adquirieron la categoría de actos constitucionales, ya que es el pueblo soberano, por medio de sus representantes, quien deroga puntualmente disposiciones constitucionales, creando así un doble régimen, donde como ya lo ha señalado esta Sala, coexistía la Constitución de 1961 con los actos constituyentes. Una segunda etapa, de este sistema constitucional, surge a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual crea una serie de instituciones no previstas en las cartas fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional.

Para evitar el vacío institucional mientras se promulguen las leyes, la Asamblea Nacional Constituyente decretó el Régimen de Transición del Poder Público (*Gaceta Oficial* n° 36.920 de 28 de marzo de 2000), de manera que las instituciones delineadas en la Constitución de 1999, aun no desarrolladas por las leyes, pudieran funcionar, evitándose así que las normas constitucionales quedaran sin contenido. Este régimen de transición, que se fue complementando con otras normativas emanadas del poder constituyente, necesariamente tiene naturaleza constitucional, ya que integra la Constitución, vigente mientras las instituciones se normalicen, por lo que no puede considerarse que los poderes actuales sean ilegítimos o inconstitucionales, si se fundan en el Régimen de Transición del Poder Público. Basta leer el *artículo 2 del Régimen de Transición del Poder Público*, para constatar que dicho régimen desarrolla y complementa las disposiciones transitorias de la Constitución de 1999. La normalización total de instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia, requieren de leyes orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó, que cuando las leyes orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de

la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fechas 14 de marzo y 28 de marzo de 2000”²⁴.

Es insólito que un tribunal constitucional, encargado de velar por la supremacía constitucional, pudiera llegar a considerar que el Régimen de Transición del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, después de aprobada popularmente la Constitución de 1999 y de haber sido proclamada por la propia Asamblea, pudiera tener el mismo rango que la Constitución. ¿Para qué, entonces, se había realizado un referendo aprobatorio de la Constitución, si la Asamblea Nacional Constituyente podía luego, a su discreción, poner en vigencia normas de rango constitucional, sin aprobación popular?

El papel del Tribunal Supremo de Justicia en relación con el proceso constituyente de 1999, sin duda, se recordará en los anales de nuestra historia constitucional, pero no precisamente por su apego a la constitucionalidad, pues al contrario, fue juez en su propia causa al decidir sobre la impugnación de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente sobre su propia creación y el nombramiento de los magistrados decidores.

Insistimos, el Tribunal Supremo de Justicia había sido “creado” por la Asamblea Nacional Constituyente, en el mismo mencionado Régimen de Transición del Poder Público, en el cual se nombró a sus Magistrados. Estos le debían su existencia a la Asamblea Nacional Constituyente y al Régimen Transitorio paraconstitucional en el cual sus Magistrados habían sido nombrados. No es difícil, por tanto, deducir cuál podría ser la “interpretación constitucional” que daría la Sala Constitucional si dichos magistrados no se inhibían. Declarar la inconstitucionalidad, por violación de las normas supra constitucionales adoptadas en las *bases comiciales* del referendo del 25 de abril de 1999, hubiera significado declararse a sí mismos como de designación inconstitucional. Ello explica el malabarismo constitucional que tuvieron que hacer.

De ello resultó que el “inconstitucional” régimen transitorio de la Constitución inventado por la Asamblea Nacional Constituyente,

24 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 108 y ss.

posteriormente sobrevivió bajo la dúctil conducción de la Sala Constitucional, con criterios contradictorios: Por ejemplo, en la sentencia n° 179 de 28 de marzo de 2000 (Caso: *Gonzalo Pérez Hernández y otro vs. Asamblea Nacional Constituyente*)²⁵, resolvió que el régimen constitucional transitorio creado por la Asamblea Nacional Constituyente estaría vigente “hasta que los poderes constituidos sean designados o electos”; pero en la sentencia n° 180 de la misma fecha (Caso: *Allan R. Brewer-Carías y otros vs. Estatuto Electoral*)²⁶, señaló que “El régimen de transición del poder público se proyecta hacia el futuro, no sólo hasta la instalación de la Asamblea Nacional, sino aún más allá”.

En particular, en esta última sentencia se abrió la puerta a la arbitrariedad constitucional, al preverse la vigencia ilimitada de la transitoriedad, de manera que, “las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente tienen plena vigencia, hasta que de conformidad con la Constitución se establezca el régimen legal que vaya derogando la provisionalidad, y vaya dejando sin efectos las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente”. En esta forma, la efectiva vigencia de la Constitución de 1999 quedó y permanece pospuesta, porque ella ha dependido de lo que haga o deje de hacer la Asamblea Nacional.

V. LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE NUEVO VUELVE A SER JUEZ Y PARTE, AL DECIDIR EN SU PROPIA CAUSA EN RELACIÓN CON EL NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS EN 2000

Uno de los motivos principales que originó la crisis política y la necesidad de una Asamblea Constituyente y de una reforma constitucional como la de 1999, había sido la crítica al sistema de designación por el antiguo Congreso, exclusivamente por sometida a la decisión de los partidos políticos, de los altos funcionarios públicos no electos como el Fiscal y el Contralor General de la República, pero fundamentalmente, de los Magistrados de la antigua Corte Suprema de Justicia, y que conforme a la Constitución de 1961 le daba poder

25 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 82 y ss.

26 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 86 y ss.

discrecional al Congreso y sus mayorías partidistas para ello. Las quejas se referían a la falta de participación de la sociedad civil y al monopolio que ejercían los partidos políticos representados en el Congreso, en dichas designaciones.

Por ello, en la Asamblea Nacional Constituyente se impuso en esta materia el principio de la participación sobre el principio de la representatividad, y si bien se le atribuyó a la nueva Asamblea Nacional la competencia para designar a los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público, la reforma más importante que se introdujo consistió en *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional para hacer tales nombramientos*, regulándose una forma precisa de *participación activa de la sociedad*, consistente en atribuirle a unos Comités de Postulaciones la *potestad exclusiva* de hacer las postulaciones de candidatos ante la Asamblea Nacional. La consecuencia fue que no se podrían formular postulaciones directamente ante la Asamblea Nacional ni la Asamblea podría designar otras personas distintas a las postuladas por los Comités de Postulaciones. Esos Comités se configuraron como órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente debían estar integrados por *representantes de los diferentes sectores de la sociedad*, y que por tanto, eran diferentes a la Asamblea Nacional y sus Comisiones y, en consecuencia, los representantes populares (diputados) no podrían formar parte de los mismos.

En cuanto a la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 264 de la Constitución dispuso que las postulaciones de candidatos sólo deben hacerse ante un Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas a la actividad jurídica; siendo dicho Comité un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, integrado “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la Ley” (art. 270).

Ahora bien, el procedimiento constitucional previsto para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo, que debía ser regulado en la Ley²⁷, es el siguiente: El Comité, recibidas las postula-

27 A partir de mayo de 2002 ha quedado regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, *Gaceta Oficial* n° 37942 de 20-05-2004. V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

ciones y “oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano”. Este órgano, integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (art. 273) debe efectuar “una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva” (art. 264).

El resultado de esta regulación es que de acuerdo con la Constitución no se pueden formular postulaciones a los mencionados cargos de magistrados directamente ante la Asamblea Nacional, sino ante el Comité, y la Asamblea Nacional no puede designar para los cargos a personas que no estén en las listas de postulados que elabore el Comité de Postulaciones. Se trataba, en definitiva, del *único mecanismo directamente regulado en la Constitución* que buscaba asegurar la participación de los “diversos sectores de la sociedad” en la gestión de asuntos públicos.

En 1999, la Asamblea Nacional Constituyente, al dictar el Decreto sobre Régimen Transitorio antes mencionado, había procedido a designar a los Magistrados del Tribunal Supremo *sin apegarse* a lo que venía de establecer la Constitución aprobada por el pueblo. Sin embargo, indicó que los nombramientos serían “de carácter provisorio” hasta tanto la Asamblea Nacional realizase las designaciones o ratificaciones definitivas *de conformidad con la Constitución* (art. 20).

Por tanto, la Asamblea Nacional que fue electa en agosto de 2000, tenía el mandato Constitucional (tanto en virtud del texto expreso de la Constitución, como en virtud del Régimen Transitorio al cual el Tribunal Supremo reconocía rango constitucional) de designar a los magistrados en forma definitiva de conformidad con la Constitución y apegándose a su normativa.

Por supuesto, la forma de integración de los Comités de Postulaciones era esencial para que se aplicara la Constitución, por lo que la Asamblea Nacional estaba *obligada a llenar el vacío legal*, mediante una legislación que regulase los Comités de Postulaciones. Resultaba inadmisibles que la Asamblea Nacional pretendiera *legislar, para no legislar*, como sucedió con la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el

primer período constitucional de 14 de noviembre de 2000²⁸, que violó tanto los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución, como los artículos 20 y 33 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre Régimen de Transición del Poder Público cuyo rango constitucional había sido reconocido por el Tribunal Supremo. Estas normas exigían que la Asamblea Nacional, una vez electa, debía realizar las designaciones definitivas de los altos funcionarios “de conformidad con la Constitución”.

La referida Ley Especial para la designación de los altos funcionarios públicos del Poder Judicial y del Poder Ciudadano, al contrario, violó la Constitución al no organizar los Comités de Postulaciones que ésta exigía y en la forma cómo ésta lo exigía, integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad, y en cambio, los sustituyó por una “Comisión Parlamentaria” ampliada.

En efecto, la Ley Especial dispuso que la Asamblea Nacional para hacer las designaciones de los mencionados funcionarios públicos, entre ellos de los Magistrados del Tribunal Supremo, debía designar una “Comisión integrada por 15 diputados o diputadas, que actuará como Comisión de Evaluación de Postulaciones” (art. 3); la cual, una vez instalados sus miembros, debían seleccionar, “a través de mecanismos de consulta, una lista de 12 representantes de los diversos sectores de la sociedad, que presentará ante la Asamblea Nacional para que ésta proceda a designar, por mayoría absoluta, 6 representantes, quienes integrarán la Comisión y actuarán como miembros de la misma, con derecho a voz y voto” (art. 4).

Se dispuso, además, que “para hacer efectivos los principios de publicidad y participación de la ciudadanía”, la Comisión debía implementar “dichos mecanismos a través de consultas y participación de las comunidades”, para lo cual debía instrumentar “mesas de diálogo donde estén representados los diversos sectores de la sociedad y con las cuales se consultarán y evaluarán las postulaciones recibidas” (art. 5). Esos representantes debían ser designados por la Comisión de listas que presentaran “las diversas organizaciones de la ciudadanía interesadas en participar en el proceso” (art. 6).

28 *Gaceta Oficial* n° 37.077 de 14-11-2000.

Las postulaciones recibidas para la designación de los integrantes de los Poderes Públicos Nacionales regulados en la ley debían ser objeto de consulta pública a los efectos de que se presentasen ante el Comité los respaldos u objeciones fundadas (art. 7); y como resultado del proceso, la Comisión debía elaborar una lista de postulados para ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, para la designación definitiva (art.9).

Basta leer dicha Ley Especial para evidenciar su inconstitucionalidad. Fue una nueva burla a la Constitución y constituyó la confiscación del derecho a la participación política garantizado en forma expresa en el Texto Constitucional.

Como consecuencia de ello, mediante sendos Acuerdos²⁹ la Asamblea Nacional designó además de al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República, a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin ajustarse a lo que disponían los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución. La Asamblea Nacional, para proceder a designar a los mencionados altos funcionarios del Estado, por supuesto que tenía que dictar las respectivas leyes orgánicas que exigía la Constitución y llenar el vacío legal existente. Sin embargo, fue la propia Asamblea la que renunció a legislar lo que debía y, en su lugar, por su omisión o carencia legislativa, “prorrogó” el régimen transitorio dictando, en lugar de las leyes orgánicas respectivas, la Ley Especial mencionada que violaba la Constitución.

La Asamblea Nacional, así, se había burlado de la Constitución, lo que llevó a la Defensora del Pueblo, antes de ser sustituida, a intentar una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo; lo que llevó al Tribunal Supremo de Justicia, de nuevo, a legitimar la omisión del legislador, a justificar la violación de la Constitución, actuando de nuevo como juez y parte en su propia causa.

En efecto, en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1562 de 12 de diciembre de 2000, dictado días antes de la designación por la Asamblea Nacional de los referidos altos funcionarios del Estado, con ocasión de resolver la pretensión de amparo acumulada al recurso de

29 Publicados en *Gaceta Oficial* n° 37.105 de 22-12-00.

nulidad por inconstitucionalidad de la Ley Especial que había intentado la Defensora del Pueblo³⁰ (y que nunca fue decidido), la Sala Constitucional señaló que una segunda etapa del sistema constitucional supuestamente derivado del proceso constituyente, había surgido a partir de la promulgación de la nueva Constitución, “la cual crea una serie de instituciones no previstas en las Cartas Fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional”.

De ello resulta, por tanto, que era indispensable que la Asamblea Nacional dictase tales Leyes Orgánicas para que las nuevas instituciones pudieran entrar definitivamente en funcionamiento. Por ello, la afirmación que de seguidas hizo la misma Sala Constitucional:

“La normalización total de las instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia requieren de Leyes Orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición de Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso *Defensoría del Pueblo*), la Sala enfatizó que cuando las Leyes Orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas Leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen Transitorio del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fecha 14 de marzo y 28 de marzo de 2000”.

De ello derivaba que el Régimen Transitorio estaría vigente hasta que la Asamblea Nacional dictase las referidas leyes orgánicas, por lo que conforme a la doctrina de la Sala, mientras esas leyes orgánicas no se dictasen, el régimen transitorio y provisorio continuaría indefinidamente. Pero en lugar de exhortar a la Asamblea Nacional a dictar dichas leyes, la Sala lo que hizo fue “legitimar” el inconstitucional contenido de la Ley Especial mencionada que no contenía las regula-

30 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 108 y ss. V. la referencia en *El Universal*, Caracas 13-12-00, p. 1-2.

ciones que debían contener las leyes orgánicas indicadas, aceptando así, la burla a la Constitución³¹. No debe dejar de mencionarse que en la “Exposición de Motivos” que acompañó el Proyecto de Ley Especial, se afirmó como motivación la “*falta de disposiciones expresas que regulen la designación de los integrantes del Poder Ciudadano y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia*” (que sólo la Asamblea Nacional podía dictar), constatando que “aun no existen los órganos que han de intervenir en tal designación” (que sólo la Asamblea Nacional podía regular), por lo cual se señalaba que “la Asamblea Nacional debe cubrir el vacío legal”. Es decir, la falta de disposiciones resultaba de la carencia de las leyes, pero la Asamblea en lugar de sancionarlas, dictó otras normas para no regular lo que debía.

Es decir, la Asamblea Nacional no se percató que el vacío legal debía cubrirlo ella misma, no mediante la Ley Especial que violaba la Constitución, sino mediante la sanción, precisamente, de las leyes orgánicas que exigía la Constitución con las cuales se debía poner punto final al régimen provisorio y transitorio. Al renunciar a su obligación, la Asamblea Nacional “prorrogó” dicho régimen, el cual quedó vigente a su antojo, y el Tribunal Supremo así lo avaló, renunciando a su obligación como juez constitucional de “asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334) y garantizar su “supremacía y efectividad” (art. 335).

VI. LA BURLA A LA CONSTITUCIÓN EN CUANTO A LA INAPLICABILIDAD DE LAS CONDICIONES CONSTITUCIONALES DE ELEGIBILIDAD DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LOS NOMBRADOS EN EL PRIMER PERÍODO CONSTITUCIONAL

La burla sistemática de la Constitución de 1999 puede decirse que llegó a su clímax cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió que las condiciones para ser magistrado del Tribunal Supremo que regula con precisión el artículo 263 de la Constitución, no resultaban aplicables a los propios Magistrados decisores

31 El entonces Director General de la Defensoría del Pueblo, Juan Navarrete, calificó la decisión del Tribunal Supremo de Justicia como un abuso de poder. V. *El Universal*, Caracas 14-12-00, p. 1-2.

que ocupaban posiciones en el Tribunal Supremo y que en 2000 aspiraban a ser ratificados por la Asamblea Nacional. De ello resultó que la Constitución, como norma suprema, era obligatoria para todas las personas e instituciones del país (art. 7), menos para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a quienes precisamente como juez constitucional correspondía garantizar la supremacía y efectividad de sus normas (art. 335) y asegurar su integridad (art. 334).

En efecto, con motivo de la antes mencionada acción de nulidad por inconstitucionalidad que la Defensora del Pueblo había ejercido contra la “Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional”, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de la pretensión de amparo formulada conjuntamente con la acción de inconstitucionalidad, la Sala Constitucional, en la mencionada sentencia n° 1562 de 12 de diciembre de 2000³², luego de reiterar la vigencia de dos regímenes constitucionales: el establecido en la Constitución de 1999 y el establecido en el Régimen de Transición del Poder Público, resolvió solicitar a la Defensora del Pueblo que “aclarase” su solicitud de amparo. Sin embargo, de oficio, hizo una serie de consideraciones mediante las cuales “decidió” que la Constitución de 1999 no se aplicaba a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que estaban firmando la sentencia.

En efecto, en esa decisión, la Sala comenzó constatando lo siguiente sobre la designación definitiva de los Magistrados del Tribunal Supremo:

“El Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 28 de marzo de 2000 (N° 36.920), previó en su artículo 21 que la Asamblea Nacional realizará las designaciones o ratificaciones definitivas de conformidad con la Constitución, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de sus suplentes, ya que los Magistrados nombrados en los artículos 19 y 20 del Régimen de Transición del Poder Público, ejercerían sus cargos en forma provisoria”.

32 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 108 y ss.

Es decir, la Sala admitió que el Régimen de Transición del Poder Público exigía que se cumpliera la Constitución en el proceso de “designación o ratificación definitiva” de los Magistrados del Tribunal Supremo. Sin embargo, para desligarse de la Constitución en cuanto al cumplimiento de las condiciones de elegibilidad previstas en el artículo 263 respecto de los Magistrados en funciones que habían sido designados provisionalmente el 22 de diciembre de 1999, que estaban decidiendo y que aspiraban ser “ratificados”, la Sala “inventó” el argumento de que la figura jurídica de la “ratificación” no estaba prevista en la Constitución, por lo que el artículo 263 de la misma supelementalmente sólo se aplicaba cuando los Magistrados fueran a “designarse *ex novo*”, pero no cuando fueran ratificados. El siguiente fue el razonamiento de la Sala:

“La figura de la ratificación no está prevista en la Constitución vigente, sino en el Régimen de Transición del Poder Público, y ella fue tomada en cuenta sólo con relación a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, mas no con respecto a los miembros del Poder Ciudadano, ya que los artículos 35, 36, 37 y 38 del Régimen de Transición del Poder Público no contemplaron la ratificación de quienes ejercían provisionalmente los cargos del Poder Ciudadano.

Resultado de la aplicación necesaria del Régimen de Transición del Poder Público, el cual -como lo apunta esta Sala- es de rango constitucional, es que solo con respecto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ha de utilizarse la figura de la ratificación, la cual carece de previsión en la Constitución, por lo que la frase del *artículo 21 del Régimen de Transición del Poder Público*, según la cual las ratificaciones definitivas *se harán de conformidad con la Constitución, carece de aplicación*, ya que como antes apuntó la Sala, la vigente Constitución no previó normas sobre ratificación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia”³³.

En esta forma, de un plumazo, la Sala Constitucional como juez constitucional, que era y es la primera institución obligada a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 336), resolvió que *la Constitución no le era aplicable precisamente a los Magistrados del Tribunal Supremo* y de la Sala que eran los mismos que estaban decidiendo. Se estaban haciendo justicia, con sus

33 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 109.

propias manos en su propia causa, beneficiándose directamente con la decisión³⁴.

El resultado de declarar la inaplicabilidad de la Constitución para la “ratificación” de los magistrados, llevó a los Magistrados de la Sala, entonces a “legislar” y autodefinirse un “régimen especial” relativo a las condiciones de elegibilidad de ellos mismos, aplicables a ellos mismos, además, alegando el principio de no discriminación. ¿Qué mayor discriminación, en realidad, que la contraria, es decir, definir para ellos mismos y sólo para ellos un régimen especial de condiciones para ser designados? La Sala, en efecto, dijo lo siguiente:

“En consecuencia, el régimen de ratificación debe ser especial, orientado hacia cual ha sido el rendimiento de los Magistrados a ratificarse y la calidad de sus ponencias, ya que son éstos los parámetros que permiten conocer la calidad de quienes como Magistrados ya han impartido justicia desde la más alta Magistratura, y por tanto se han hecho o no dignos de ratificación.

Exigírsele a dichos Magistrados, además, otros requisitos que ni la Constitución (que no previó la figura), ni ninguna otra ley contempla, es crear una discriminación en contra de los ratificables, en relación con quienes no han sido Magistrados, que aspiran integrar las Salas del Tribunal Supremo de Justicia”³⁵.

Y luego, la Sala pasó a examinar cada una de las condiciones de elegibilidad exigidas en el artículo 263 para ser magistrado del Tribunal Supremo, así:

“Conforme al artículo 263 de la vigente Constitución, aplicable a los aspirantes a la más alta Magistratura, para pertenecer a ella se requiere:

1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento.
2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad
3. En forma alternativa y no acumulativa:
 - 3.1) Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título de postgrado en materia jurídica.

34 Por eso la Defensora del Pueblo anunciaba que solicitaría la inhibición de los Magistrados de la Sala Constitucional. V. *El Universal*, Caracas 16-12-00, p. 1-4.

35 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 108.

Se trata de un conjunto de requisitos que deben concurrir, pero que para no violar *derechos adquiridos*, también de naturaleza constitucional, hay que analizar si para la fecha de graduación del abogado, existía o no organizado en el país un sistema de postgrado a que pudiera acceder³⁶.

Es de observar, sobre este tema, que aquí la Sala también cambió la Constitución, pues los postgrados universitarios no sólo se realizan inmediatamente seguidos a la fecha de graduación del interesado al terminar el pregrado. Es decir, la exigencia constitucional del postgrado es independiente de la fecha de graduación de la persona.

La Sala continuó analizando las condiciones, distorsionando la categoría legal de lo que es “profesor titular” conforme a la Ley de Universidades, así:

“3.2) Haber sido profesor o profesora universitario en ciencias jurídicas durante un mínimo de quince años, y tener la categoría de profesor titular.

La categoría de profesor titular no podría entenderse en el sentido de un grado dentro de la jerarquía de una carrera, ya que la norma para nada se refiere a la carrera universitaria, y a la necesidad de ser profesor a tiempo completo dentro de ella, que es la que permite acceder a los grados superiores; y además, quien ingresa a una universidad como instructor difícilmente puede llegar a la más alta jerarquía en un lapso de quince años. De allí que la categoría de titular tiene que ser entendida como la condición de una persona respecto de las demás.

El autor Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, al referirse a esta acepción menciona que “en este último sentido habría categorías de abogados, médico, pintores, militares, albañiles. Es lo que Cabanellas ha llamado la “categoría profesional” o “estatuto personal”, con lo cual no estaríamos en presencia de jerarquías dentro de una profesión sino de la condición o estatuto de una profesión, “respecto de las demás”, en este caso hablaríamos de la categoría de profesor universitario por oposición a la categoría de médico o militar.

Por otra parte, la condición de titular tampoco denota exclusivamente un grado jerárquico. En efecto, el Diccionario de la Real Academia dice que titular es el que “ejerce cargo, oficio o profesión con cometido es-

36 *Idem*, p. 108.

pecial y propio”, y agrega, a título de ejemplo, “juez, médico, profesor universitario TITULAR”.

A este respecto Ossorio aclara que el titular es “aquel que ejerce un cargo u oficio por derecho propio o nombramiento definitivo; a *diferencia de substitutos, reemplazantes o interinos*. (Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas)” (Subrayado de la Sala).

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que este requisito para los profesores universitarios se interpreta como la exigencia de que el docente universitario tenga una antigüedad mínima de quince años como profesor y se trate de un profesor titular, es decir, ordinario activo o jubilado”³⁷.

Debe observarse, que en la Ley de Universidades vigente para el momento de la sanción de la Constitución, y esa fue la intención del constituyente, se define la categoría de “profesores titulares” como miembros ordinarios del personal docente (art. 87), a la cual se accede después de ascender sucesivamente desde profesor instructor, profesor asistente, profesor agregado y profesor asociado, de manera que para ser profesor titular “se requiere haber sido profesor asociado, por lo menos durante cinco años”. (art. 97). Es contrario a la Ley identificar, entonces, “profesor titular” con “profesor ordinario” como lo hizo la Sala. ¿Cómo pudo la Sala, simplemente, ignorar la Ley? Para resolver la duda no se necesitaba citar a Ossorio ni a Cabanellas; bastaba con que se consultara la Ley de Universidades.

Por tanto, “profesor titular” es lo que está definido en la Ley y es falso que para poder ascender en el escalafón universitario se necesite ser profesor a tiempo completo. Además, también es falso que “sea muy difícil” ascender desde instructor a titular en un lapso de 15 años. La decisión de la Sala, en realidad, lo que constituyó fue la entronización de la mediocridad y el abandono de la excelencia universitaria que es lo que la Constitución exigía expresamente para los magistrados.

Pero el análisis de la Sala continuó con el otro requisito de elegibilidad, así:

“3.3) Ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince

37 *Idem*, pp. 109-110.

años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones”.

Al respecto, la Sala acotó:

“Es necesario que el aspirante tenga como mínimo quince años en el ejercicio de la carrera judicial. Dentro de este lapso deben computarse no sólo los años como juez de instancia sino, eventualmente, como Magistrado de la antigua Corte Suprema de Justicia o del actual Tribunal. En efecto, según el artículo 2° del “Régimen de Transición del Poder Público”, los actuales Magistrados pueden ser ratificados de forma definitiva por la Asamblea Nacional.

El requisito de haberse desempeñado como Juez Superior, es una exigencia mínima. Obviamente, si se han desempeñado como Magistrados de la antigua Corte o del Tribunal Supremo de Justicia, con mayor razón (por argumento a fortiori), el aspirante a ser designado o ratificado cumpliría con este requisito constitucional.

La “especialidad correspondiente a la Sala”, a la que alude este numeral, debe ser interpretada de una manera amplia, al menos en lo que concierne a la Sala Constitucional y a la Sala Social.

La primera, porque las atribuciones y competencias de esta Sala, en materia de protección a la Constitución abarca varios ámbitos, que exceden la especialidad académica del Derecho Constitucional; y la segunda, porque las materias de que debe conocer la Sala Social exceden también del campo laboral *strictu sensu*, que es su competencia por excelencia, por lo cual, lo ideal es que sea integrada por especialistas en las distintas materias que la Constitución y la Ley le puedan asignar (Familia, menores, etc.)”.

De nuevo, en este razonamiento la Sala interpretó la exigencia constitucional de haber sido “juez superior” como quiso, a la medida de los Magistrados decisores.

Poco se puede agregar en cuanto a comentarios a esta conducta del Tribunal Supremo de Justicia, integrado por Magistrados designados por el nuevo poder político, a dedo el 22 de diciembre de 1999, que con la mayor desfachatez, en un auto judicial que lo que decidía era exigirle a la accionante, la Defensora del Pueblo, que aclarase el texto de su demanda, *aprovecharon para “decidir”* que la Constitución no le era aplicable a los magistrados integrantes del Tribunal que aspiraban a ser designados, y que estaban decidiendo, con el argu-

mento de que de lo que se trataba era que iban a ser “ratificados” y jello no estaba regulado en la Constitución!. En todo caso, la decisión de fondo de la acción intentada nunca se adoptó posteriormente, y los magistrados del Tribunal Supremo fueron designados en 2000 mediante postulaciones efectuadas ante la Asamblea nacional por un Comité de Postulaciones que no se ajustó a lo establecido en la Constitución, y muchos de ellos, sin cumplir los estrictos requisitos y condiciones para ser magistrados que establece la Constitución.

VII. LA BURLA A LA CONSTITUCIÓN EN CUANTO LA REGULACIÓN LEGAL DEL COMITÉ DE POSTULACIONES JUDICIALES EN 2004

En mayo de 2004, la Asamblea Nacional sancionó la muy esperada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁸, con un texto mal estructurado y peor sistematizado, uno de cuyos objetivos era aumentar el número de los Magistrados de las Salas del Tribunal Supremo. En efecto, la Ley dispuso que la Sala Constitucional estaría integrada por 7 Magistrados y las Salas Político-Administrativa, de Casación Civil, de Casación Penal, de Casación Social y Electoral por 5 Magistrados cada una de ellas (Art. 2, párrafo 2º), elevándose así el número de Magistrados de 20 a 32. En esta forma, el gobierno, que controlaba la Asamblea a través del partido de gobierno cuyos directivos eran el propio Presidente de la República y sus Ministros, nombrando por simple mayoría a los Magistrados, podía controlar totalmente al Tribunal Supremo de Justicia³⁹.

Como consecuencia de este aumento de los Magistrados del Tribunal Supremo, la Asamblea Nacional de inmediato inició el proceso para su selección de candidatos a Magistrados, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica, que en materia de conformación del Comité de Postulaciones Judiciales, violaba abiertamente la Constitución y el derecho político a la participación en el mismo.

38 V. en *Gaceta Oficial* n° 37.942 de 20-05-2004. V. sobre dicha Ley, véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

39 Por ello, el Presidente de la República declaró: “Tan pronto llegue a las puertas de Miraflores, la firmaré para que se activen los mecanismos previstos para revisar uno a uno los requisitos para ser magistrados...A ver si los cumplen”. En *El Nacional*, Caracas, 17-05-2004, p. A-6.

En efecto, conforme a la Ley Orgánica, el Comité de Postulaciones Judiciales es un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; designado por un período de 2 años, por mayoría simple de la Asamblea Nacional, “como máximo órgano representativo de la sociedad venezolana”.

Sin embargo, en lugar de estar integrado sólo y exclusivamente “por representantes de los diversos sectores de la sociedad” como lo exige la Constitución (art. 270), la Ley Orgánica dispuso que esta integrado por “once (11) miembros principales, con sus respectivos suplentes, cinco (5) de los cuales serán elegidos del seno del órgano legislativo nacional, y los otros seis (6) miembros, de los demás sectores de la sociedad, los cuales se elegirán en un procedimiento público” (art. 13, párrafo 2º). Los diputados a la Asamblea Nacional, sin embargo, por esencia, no pueden considerarse representantes de la sociedad civil, por lo que la Ley incurrió en una violación de la Constitución al constituir en realidad, una Comisión Parlamentaria ampliada. Conforme al artículo 14, párrafo 4º, los gastos del Comité corren a cargo de la propia Asamblea, lo que confirma el carácter parlamentario de la “Comisión”.

Una Comisión así conformada fue la que en 2004 tuvo a su cargo la postulación de los candidatos a Magistrados para integrar las nuevas plazas que resultaron de la sanción de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo, cuyo resultado final puede apreciarse de lo que expresó públicamente el diputado Presidente del Comité (designado en 2007 como Ministro del Poder Popular del Interior y Justicia), en víspera del nombramiento de aquellos:

“Si bien los diputados tenemos la potestad de esta escogencia, el Presidente de la República fue consultado y **su opinión fue tenida muy en cuenta.**”

Y agregó:

“**Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles.** En la lista había gente de la oposición que cumple con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a hacer por ellos. **En el grupo de los postulados no hay nadie que vaya a**

actuar contra nosotros y, así sea en una sesión de 10 horas, lo aprobaremos.”⁴⁰.

Con razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó en su *Informe a la Asamblea General de la OEA* correspondiente a 2004 que “estas normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia habrían facilitado que el Poder Ejecutivo manipulara el proceso de elección de magistrados llevado a cabo durante 2004.”⁴¹

Una Sala Constitucional integrada por magistrados respecto de los cuales el gobierno asegura públicamente que no van a “actuar contra nosotros”, no puede legítimamente ejercer la justicia constitucional, y en cambio, en muchos casos, lo que ha realizado es una “**in**” **justicia constitucional**

40 Declaración del diputado Pedro Carreño en *El Nacional*, Caracas 13-12-2004.

41 CIDH 2004 180.

PRIMERA PARTE
LOS INSTRUMENTOS PARA
LA "IN" JUSTICIA CONSTITUCIONAL

§2. *Quis custodiet ipsos custodes: de la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación**

El principio de la supremacía constitucional está consagrado expresamente en Venezuela en el artículo 7 de la Constitución de 1999⁴², a cuyo efecto el mismo texto constitucional regula todo un sistema de justicia constitucional⁴³ de carácter mixto o integral⁴⁴, que combina el

* Ponencia presentada al *VII Congreso Peruano de Derecho Constitucional*, Asociación peruana de Derecho Constitucional, Arequipa, Perú, Septiembre 2005. Este trabajo ha ido publicado en el libro *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público*, No 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27

42 V. los comentarios a la Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, 2 Tomos, Caracas 2004.

43 En cuanto a nuestros trabajos, V. Allan R. Brewer-Carías, *El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999: Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación a veces errada*, en la *Exposición de Motivos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000; "La Justicia Constitucional", *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; "La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución" en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 1, Septiembre-Diciembre 1999, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 35-44; Allan R. Brewer-Carías, "La justicia constitucional en la Constitución de 1999", en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2001, pp. 931-961; publicado también en *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 255-285; "Instrumentos de justicia constitucional en Venezuela (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, protección constitucional frente a particulares)", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coordinadores) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n° 99, México 2002, pp. 75-99.

44 En cuanto a nuestros trabajos, V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; *El sistema mixto o integral de control de*

método difuso con el método concentrado de control de constitucionalidad.

En esta forma, la garantía de la supremacía constitucional se consagra, en primer lugar, mediante la asignación a todos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, de la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334)⁴⁵. En consecuencia, la justicia constitucional, como competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la Constitución, en Venezuela se ejerce por *todos los jueces* mediante el método difuso en cualquier causa o proceso que conozcan, el cual también se consagra en texto expreso constitucional (Art. 334). Por tanto, no es un poder que corresponda sólo al Tribunal Supremo de Justicia o a su Sala Constitucional, sino que se ejerce por todos los tribunales, además, en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso administrativas al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución (como forma de contrariedad al derecho) (art. 259)⁴⁶.

En cuanto al Tribunal Supremo de Justicia, en materia de justicia constitucional, todas sus Salas tienen expresamente competencia conforme a la Constitución para garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, correspondiéndoles a todas ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (art. 335). No es cierto,

la constitucionalidad en Colombia y Venezuela, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público n° 39) y Pontificia Universidad Javeriana (*Quaestiones Juridicae* n° 5), Bogotá 1995; publicado también en *Revista Tachirensis de Derecho*, Universidad Católica del Táchira, n° 5-6, San Cristóbal, enero-diciembre 1994, pp. 111-164; en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín-Colombia 1996, pp. 163-246; y en G. J. Bidart Campos y J. F. Palomino Manchego (Coordinadores), “Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica”, *Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 1997, pp. 483-560.

45 V. nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 Septiembre-17 Octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 24 y 34.

46 V. Allan R. Brewer-Carías, “La Justicia Contencioso-Administrativa”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 26 y ss.

por tanto, como lo ha afirmado la Sala Constitucional, que ésta tenga “el monopolio interpretativo último de la Constitución”⁴⁷.

Esta apreciación es completamente errada, pues no deriva del texto de la Constitución, de cuyo artículo 335, se deriva, al contrario, que *todas las Salas* ejercen la justicia constitucional conforme a sus respectivas competencias y son el máximo y último intérprete de la Constitución. También lo es la Sala Constitucional, mediante la cual en el Tribunal Supremo de Justicia, concentra la Jurisdicción Constitucional (arts. 266, ord. 1º y 336).

Como toda Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de rango legal, conforme a las competencias expresas establecidas en la Constitución. A diferencia del método difuso de control, el método concentrado no puede desarrollarse como consecuencia de alguna labor pretoriana de los jueces en sus decisiones judiciales, sino que tiene que estar previsto *expresses verbis* por normas constitucionales, pues es la Constitución, como ley suprema de un país, el único texto que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir la ley aplicable en cada caso; y es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes en relación con ciertos actos del Estado, a ciertos órganos constitucionales, sea un Tribunal o Corte Suprema de Justicia o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional.

En Venezuela, ese órgano es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al cual la Constitución le otorga en exclusiva la potestad de anular las leyes y demás actos estatales que tengan rango legal o que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 334), pero sin dejar de atribuir a los jueces en general el método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en los casos concretos que decidan (art. 334).

En tal sentido, el artículo 336 de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional, las siguientes competencias:

47 V. sentencia n° 1374 de 09-11-2000, en *Revista de Derecho Público*, n° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 267.

- “1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.
5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.
6. Revisar en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.
7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.
9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.
10. Revisar las sentencias definitivamente firmes 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 respectiva.
11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley”.

En estas normas se precisan por tanto, las atribuciones de la Sala Constitucional para controlar con poderes anulatorios la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de rango legal o dictados en ejecución directa de la Constitución; para controlar la constitucionalidad

dad de los tratados y los decretos de estados de excepción; para controlar la inconstitucionalidad de las omisiones del Legislador; para resolver sobre la colisión de leyes y sobre las controversias constitucionales entre órganos del Estado; y para conocer del recurso de revisión de determinadas sentencias dictadas en juicios de amparo o en las cuales los jueces hubieran ejercido el control difuso de la constitucionalidad.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, lejos de haber actuado en el marco de las atribuciones expresas constitucionales antes indicadas, ha venido efectuando una inconstitucional interpretación constitucional mediante la cual ha venido asumiendo y se ha auto-atribuido competencias no sólo en materia de interpretación constitucional; sino en relación con los poderes de revisión constitucional de cualquier sentencia dictada por cualquier tribunal, incluso por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; con los amplísimos poderes de avocamiento en cualquier causa; con los supuestos poderes de actuación de oficio no autorizados en la Constitución; con los poderes de solución de conflictos entre las Salas; con los poderes de control constitucional de las omisiones del Legislador; con la restricción del poder de los jueces de control difuso de la constitucionalidad de las leyes; y con la asunción del monopolio de interpretar los casos de prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos

En todos estos aspectos, que analizaremos a continuación, la Sala al interpretar la Constitución, ha incurrido en inconstitucionalidad por violar la garantía del debido proceso, habiendo dado lugar a actos viciados de usurpación de funciones. Pero como a la Sala Constitucional, como custodio o guardián de la Constitución, nadie la controla, se ha convertido en un poder constituyente derivado no regulado en el texto constitucional, y sus inconstitucionales interpretaciones de la Constitución han pasado ilegítimamente a formar parte de la propia Constitución. La pregunta de siempre que suscita el poder incontrolado, *Quis custodiet ipsos custodes*, por tanto aquí, adquiere todo su significado, pues no tiene respuesta.

I. LA INCONSTITUCIONAL CREACIÓN DEL RECURSO AUTÓNOMO DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La primera de las interpretaciones inconstitucionales efectuadas por la Sala Constitucional sobre sus competencias fue la de haber “creado” una acción autónoma de interpretación de la Constitución, sin fundamento constitucional alguno.

En efecto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el artículo 42,24 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia había atribuido competencia a la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema para interpretar los “textos legales, en los casos previstos en la Ley”.

En esa misma tradición, la Constitución de 1999 estableció en forma expresa, la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, para “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales”, pero “en los términos contemplados en la ley” (artículo 266,6), atribución que debe ser ejercida “por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley” (único aparte, artículo 266). Por ello, el artículo 5, párrafo 1º, de la Ley Orgánica de 2004, atribuye a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para:

“52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere”.

Ahora bien, a pesar de que el ordenamiento constitucional y legal venezolano sólo regulaba y regula el recurso de interpretación respecto de textos legales, la Sala Constitucional ha creado jurisprudencialmente su propia competencia para conocer de recursos abstractos y autónomos de interpretación de la Constitución, mediante una inconstitucional interpretación que le ha dado al artículo 335 de la Constitución, que atribuye a todo el Tribunal Supremo y no sólo a la sala Constitucional, el carácter de ser “máximo y último intérprete de la Constitución”

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia n° 1077 de 22 de septiembre de 2000, consideró, simplemente, que los ciudadano no

requieren “de leyes que contemplen, en particular, el recurso de interpretación constitucional, para interponerlo”⁴⁸, procediendo a “crear” un recurso autónomo de interpretación abstracta de las normas constitucionales no previsto constitucional ni legalmente, basándose para ello en el artículo 26 de la Constitución que consagra el derecho de acceso a la justicia, del cual dedujo que si bien dicha acción no estaba prevista en el ordenamiento jurídico, tampoco estaba prohibida, agregando que, por lo tanto:

“No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la juridicidad”⁴⁹.

En esta forma, la acción de interpretación de la Constitución, en criterio de la Sala Constitucional, es una acción de igual naturaleza que la de interpretación de la ley⁵⁰, es decir, tiene por objeto obtener una sentencia declarativa de mera certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales, que no anula el acto en cuestión, pero que busca un efecto semejante, ya que en estos casos, coincide el interés particular con el interés constitucional; agregando que:

“La finalidad de tal acción de interpretación constitucional sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y formaría un sector de la participación ciudadana, que podría hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional podría despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión. Se trata de una tutela preventiva”⁵¹.

48 V. Sentencia n° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño*. V. en *Revista de Derecho Público*, n° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Este criterio fue luego ratificado en sentencias de fecha 09-11-00 (n° 1347), 21-11-00 (n° 1387), y 05-04-01 (n° 457), entre otras.

49 Sentencia n° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño*. V. en *Revista de Derecho Público*, n° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

50 *Idem*.

51 *Ibidem*.

En cuanto a la legitimidad necesaria para interponer la demanda, la Sala Constitucional ha señalado que el recurrente debe tener un interés particular en el sentido de que:

“Como persona pública o privada debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica”.

La Sala precisó además que se “está ante una acción con legitimación restringida, aunque los efectos del fallo sean generales”; por lo que señaló que “puede declarar inadmisibles un recurso de interpretación que no persiga los fines antes mencionados, o que se refiere al supuesto de colisión de leyes con la Constitución, ya que ello origina otra clase de recurso”.

En la antes mencionada sentencia n° 1077 de 22-09-01, la Sala Constitucional reiteró su criterio sobre la legitimación activa para intentar el recurso de interpretación, señalando que el recurrente debe tener un “interés jurídico personal y directo”, de manera que en la demanda se exprese con precisión, como condición de admisibilidad, “en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente”⁵².

En este caso de esta acción de interpretación constitucional, puede decirse que se está en presencia de un proceso constitucional, que requeriría de un accionante, como consecuencia de lo cual debería abrirse el proceso a un contradictorio; pues así como puede haber personas con interés jurídico en determinada interpretación de la

52 Caso: *Servio Tulio León Briceño*, en *Revista de Derecho Público*, n° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Adicionalmente, en otra sentencia, n° 1029 de 13-06-2001, la Sala Constitucional atemperó el rigorismo de declarar inadmisibles el recurso si no precisaba el contenido de la acción, ya que señaló que “La solicitud deberá expresar: 1.- Los datos concernientes a la identificación del accionante y de su representante judicial; 2.- Dirección, teléfono y demás elementos de ubicación de los órganos involucrados; 3.- Descripción narrativa del acto material y demás circunstancias que motiven la acción.”

Constitución, igualmente puede haber otras personas con interés jurídico en otra interpretación. En tal sentido, la Sala debería emplazar y citar a los interesados para garantizarles el que puedan hacerse parte en el proceso, y alegar a favor de una u otra interpretación del texto constitucional.

Sin embargo, sobre esto, después de haber creado el recurso, la Sala Constitucional, en sentencia n° 2651 de 2 de octubre de 2003 (Caso: *Ricardo Delgado (Interpretación artículo 174 de la Constitución)*), le negó el carácter de proceso constitucional señalando que en virtud de que “el recurso de interpretación debe tener como pretensión la exclusiva determinación del alcance de normas -en este caso constitucionales-”, entonces “no hay *litis*, enfrentamiento entre unas partes, respecto de las cuales haya que procurar su defensa”. Agregó la Sala:

“Quizás parte de la confusión derive del hecho de que la jurisprudencia de esta Sala exige, para la admisión del recurso de interpretación, la existencia de un caso concreto. Eso podría llevar a creer que se está en presencia de un litigio, así sea eventual. De hecho, en el asunto de autos, la duda interpretativa enfrenta ya a varios órganos estatales, cada uno con su particular opinión.

Ahora bien, la exigencia del caso concreto no es más que un reflejo de la necesidad de reservar al recurso de interpretación su verdadera justificación y evitar que se convierta en un medio indiscriminado de resolución de consultas. Por tanto, es sólo un requisito de legitimación – es decir, la puerta al tribunal-, sin que ello se materialice luego en la posibilidad de que el juez satisfaga pretensiones distintas a la meramente interpretativa.

De acuerdo con lo indicado, el caso concreto es el requisito para pedir la interpretación, demostrando que hay mérito suficiente para que sea el Máximo Tribunal de la República el que se pronuncie, pero sin que ello dé lugar a que se resuelva el mismo: lo que se aclara es la duda interpretativa que existía en ese supuesto. La controversia se seguirá o se llevará ante quien corresponda, para lo cual se supone que el fallo de la Sala debe ser de utilidad. Es la razón, precisamente, de algunos de los fallos de inadmisión que ha dictado esta Sala, en las oportunidades en que los accionantes no se han limitado en su pretensión, sino que han pedido pronunciamiento distintos a la sola interpretación, queriendo que el caso concreto sea no sólo el legitimante del recurso, sino también el fondo de lo que se decidirá.

...

Aunque en teoría la Sala no necesita realmente oír a nadie más para dar su opinión vinculante, la prudencia y la responsabilidad le exigen otra conducta. Por ello, la Sala no se limita a estudiar el caso aisladamente, con prescindencia de los pareceres ajenos, sino que procura llamar a quienes pudieran tener algo que decir y que, al hacerlo, podrían ilustrar a los magistrados en la toma de su propia postura. A veces no lo ha hecho, por la urgencia, y con ello no ha violado derecho alguno, pues -se insiste- no hay partes a las que proteger en su derecho. Ahora, el que no haya derechos en juego (aunque en el caso concreto bien puede haberlos) no implica que no haya intereses que tutelar. Para la protección de esos intereses la Sala formula invitaciones, no citaciones. No hay de qué defenderse, pero sí sobre qué opinar.

...

Entonces, la Sala, aun cuando ninguna norma le obliga a llamar a nadie para decidir un recurso de interpretación, entiende necesario hacerlo, con base en ese derecho a la participación -extendido al ámbito judicial- y con fundamento en la imprescindible tutela de los intereses. Por ello, la Sala mantiene y mantendrá como práctica la de notificar y publicar edictos. No puede ser de otra forma, salvo en casos de urgencia, si se piensa en que el fallo será vinculante y de efectos *erga omnes*".

Por último, debe indicarse que en sentencia n° 1347, de nueve de noviembre de 2000, la Sala Constitucional delimitó el carácter vinculante de las interpretaciones establecidas con motivo de decidir los recursos de interpretación, señalando que:

"Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia".

Como puede observarse de lo anterior, estamos en presencia de una ampliación de competencias propias que se ha arrogado la Sala Constitucional, mediante una inconstitucional interpretación de la Constitución, que no establece la posibilidad de este recurso autónomo y abstracto de interpretación de las normas constitucionales. Por lo demás, nada similar existe en los sistemas de justicia constitucional conocidos.

II. LA INCONSTITUCIONAL AMPLIACIÓN DE LA POTESTAD DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE REVISIÓN DE SENTENCIAS Y LA RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA

La segunda de las inconstitucionales interpretaciones de la Constitución efectuada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sobre sus propias competencias, se refiere al recurso extraordinario de revisión de sentencias, el cual tiene un ámbito muy preciso en la Constitución.

En efecto, de acuerdo con la innovación consagrada en el artículo 336,10 de la Constitución, que se recoge en el artículo 5, párrafo 1º,16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional tiene competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión de sentencias dictadas en materia constitucional, así:

“16. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República”.

Se trata de una competencia que tiene por objeto establecer la uniformidad de la aplicación e interpretación constitucional, únicamente en los casos de sentencias definitivamente firmes dictadas *en juicios de amparo o dictadas por los jueces en ejercicio del poder de control difuso de la constitucionalidad de las leyes y normas*, al permitirle a la Sala Constitucional conocer, a su discreción, de los recursos extraordinarios de revisión que se intenten contra esas sentencias.

En particular, sobre las sentencias dictadas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, el artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo dispuso que “de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo tribunal de la República podrá ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar”.

El objeto de esta potestad de revisión de sentencias, sin embargo, ha sido ampliado progresiva e inconstitucionalmente por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de manera que mediante sentencia nº 93 de 6 de febrero de 2001 (Caso: *Olimpia Tours and Travel vs. Cor-*

poración de Turismo de Venezuela), al agregar como objeto de revisión otras sentencias dictadas por las Salas del Tribunal Supremo u otros tribunales, distintas a las dictadas en materia de amparo o de control difuso de constitucionalidad, afirmando su potestad para revisar, además de estas, respecto de las siguientes:

- “3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.
4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional”⁵³.

La Sala Constitucional, por otra parte, en sentencia n° 727 de 8 de abril de 2003 continuó ampliando el universo de sentencias que podían ser objeto del recurso extraordinario de revisión, indicando que además de las sentencias de amparo constitucional y las sentencias de control difuso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas fundamentadas en un errado control de constitucionalidad, también pueden ser objeto del recurso de revisión:

“(iii) Las sentencias que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional y (iv) Las sentencias que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás juzgados del país apartándose u obviando, expresa o tácitamente,

53 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 414-415.

alguna interpretación de la Constitución que contenga alguna sentencia de esta Sala con anterioridad al fallo que sea impugnado”⁵⁴.

En esta forma, la Sala Constitucional violando la Constitución, amplió el ámbito de su potestad constitucional revisora referida sólo a las sentencias dictadas en juicios de amparo o con motivo de control difuso de la constitucionalidad, abarcando otras sentencias, incluso las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo, lo que constituye una limitación no autorizada en la Constitución al debido proceso y al derecho a la cosa juzgada, con importantes repercusiones en el ámbito de la seguridad jurídica y del Estado de derecho.

La Sala Constitucional en efecto, luego de analizar la garantía del debido proceso en relación con la revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes, en sentencia n° 93 de 6 de febrero de 2001 (Caso: *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), extendió su potestad revisora en relación con sentencias que -por supuesto a juicio de la propia Sala- “se aparten del criterio interpretativo de la norma constitucional que haya previamente establecido la Sala”; para lo cual simplemente se preguntó: “¿puede esta Sala, de conformidad con lo establecido en la Constitución, revisar las sentencias definitivamente firmes diferentes a las establecidas en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución que contraríen el criterio interpretativo que esta Sala posee de la Constitución?”. La respuesta a la pregunta, la formuló la Sala interpretando el artículo 335 de la Constitución, en particular en cuanto establece el carácter vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales; del cual dedujo que “las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la República están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales”.

Sin embargo, a pesar de todas estos razonamientos, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo pretendió volver a llevar el asunto a su límite constitucional, en el sentido de que las únicas sentencias dictadas por los tribunales que pueden ser objeto del recurso de revisión, son las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y

54 Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala Electoral en fecha 21 de noviembre de 2002*, en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República.

Pero si bien la Ley Orgánica en este aspecto se dirigió a reducir el ámbito del objeto (sentencias revisables) de la potestad revisora, la misma Ley Orgánica consagró la posibilidad de ejercicio de esta potestad revisora, *de oficio* por la Sala Constitucional, lo que en forma inconstitucional deja a la merced de la misma Sala el principio de la cosa juzgada y acaba con el principio dispositivo.

Pero además, la misma Ley Orgánica, en forma completamente contradictoria con la indicada reducción del ámbito de las sentencias revisables a los límites constitucionales, en relación con las sentencias dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, reguló una inconstitucional ampliación de la competencia de la Sala Constitucional para revisarlas, siguiendo la jurisprudencia que había sentado la Sala Constitucional. La Ley Orgánica, ha “regularizado” la doctrina jurisprudencial y ha establecido la competencia de la Sala Constitucional (Art. 5, párrafo 1º,4) para:

- “4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación...”

La inconstitucionalidad de esta norma es múltiple: primero, porque la Constitución no permite que una Sala del Tribunal Supremo pueda revisar las sentencias de otras Salas del mismo Tribunal. Todas las Salas son iguales, y no puede, por tanto, la Sala Constitucional, revisar las sentencias de las otras Salas y menos las sentencias de la Sala Plena en cuyas decisiones participan todos los magistrados del Tribunal Supremo, incluyendo los de la Sala Constitucional; y segundo, porque la Constitución sólo permite a la Sala Constitucional revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo y de control difuso de la constitucionalidad, y ninguna otra mas.

III. EL PRINCIPIO DEL ORDEN PROCESAL Y LA INCONSTITUCIONAL AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE AVOCAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Una tercera interpretación inconstitucional de la Constitución ha sido la ampliación de los poderes de avocamiento de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente de la Sala Constitucional, mediante la cual pueden paralizar todo tipo de proceso y entrar a conocerlos directamente, eliminando entre otros el orden procesal y la garantía constitucional de la doble instancia.

1. *El avocamiento como competencia de todas las Salas*

En efecto, antes de la entrada en vigencia de la Constitución la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en una normativa muy cuestionada, había atribuido a la Sala Político-Administrativa de la misma, la potestad de avocarse al conocimiento de una causa que cursara ante otro tribunal, a cuyo efecto la misma sala se había auto-restringido sus poderes⁵⁵.

Sin embargo, aún con dicha disposición limitativa, antes de que entrara en vigencia la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional había negado el monopolio que en materia de avocamiento tenía la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo, y mediante sentencia n° 456 de 15 de marzo de 2002 (Caso: *Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público, Municipio Pedro Zaraza, Estado Carabobo*) se declaró competente para conocer de solicitudes de avocamiento en jurisdicción constitucional (respecto de juicios de amparo)⁵⁶.

En otra sentencia n° 806 de 24 de abril de 2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*), además, consideró nula la referida norma de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 (Art. 43) que consagraba la figura del avocamiento como competencia exclusiva de la Sala Político-Administrativa, argumentando que ello era "incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia a nivel del máxi-

55 V. Roxana Orihuela, *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.

56 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

mo Tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo en tal sentido”; señalando además que:

“Esta Sala Constitucional, no obstante la claridad y laconismo con que fue redactado el precepto, objeta el monopolio que se desprende de la lectura conjunta de ambos artículos, en lo que respecta a que el trámite de las solicitudes de avocamiento sea una facultad exclusiva y excluyente de Sala Político Administrativa.

Es decir, y sobre ello ahondará seguidamente, esta Sala es del parecer que tal potestad es inconsistente desde el punto de vista constitucional, y que la misma corresponde, en un sentido contrario a como lo trata dicho dispositivo, a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según que el juicio curse en un tribunal de instancia de inferior jerarquía a la Sala que en definitiva decida examinar la petición (aquí el vocablo inferior se entiende en sentido amplio, ya que algunas de estas Salas no son propiamente alzadas de dichos tribunales; tal sucede con las de casación)...

Llegado este punto, siendo, pues, que la facultad de avocamiento conferida a la Sala Político Administrativa por el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no está prevista en la Constitución, ni se deduce de ella, ni la justifica su texto, y que, por el contrario, conspira contra el principio de competencia que informa la labor que desempeñan las Salas del máximo tribunal de la República (art. 232), esta Sala concluye en que dicho precepto resulta inconstitucional...

Tales declaraciones no son, propiamente, precedentes de la posición que mantiene esta Sala Constitucional respecto al tema, toda vez que en ellas se sostuvo, al mismo tiempo, que dicha facultad excepcional, no obstante las referidas limitaciones, resultaba de la exclusiva potestad de dicha Sala Político Administrativa (*Vid.* sobre el punto de la exclusividad: *ob. cit.*, pp. 40 y 41). Criterio de exclusividad que ha sido expresamente abandonado por esta Sala desde su sentencia n° 456 del 15-03-02, caso: *Mariela Ramírez de Cabeza*. Lo que sí comparte es lo relativo a que la Sala Político Administrativa no estaba constitucionalmente facultada para examinar solicitudes de avocamiento ni adentrarse a su conocimiento cuando de conflictos ajenos a su competencia natural se tratara.

Pero, para prestar un mejor servicio a la justicia, esta Sala Constitucional dará, en atención a sus propias competencias, un giro en este camino, pues declarará que tal competencia (con los límites impuestos por

la práctica judicial comentada) debe extenderse a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia⁵⁷.

Esta doctrina, evidentemente inconstitucional, por violatoria de la garantía al debido proceso, sin embargo ha sido recogida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, al establecer en su artículo 5, párrafo 1º, 48, la competencia de todas las Salas de poder avocarse al conocimiento de causas que cursen en otros tribunales, así:

“5. P1. 48. Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente”.

En consecuencia se atribuyó a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, se presume que en las materias de su respectiva competencia, la potestad de recabar de cualquier “otro tribunal”, es decir, distinto del Tribunal Supremo (tribunales de instancia), *de oficio o a instancia de parte*, con conocimiento sumario de la situación, cualquier expediente o causa en el estado en que se encuentre, para resolver si se avoca y directamente asume el conocimiento del asunto o, en su defecto lo asigna a otro tribunal (Artículo 18, párrafo 11º).

Sobre las repercusiones de esta atribución generalizada, la propia Ley Orgánica dispuso que debe ser ejercida, como lo indica ahora el artículo 18, párrafo 12º de la Ley Orgánica, “con suma prudencia”:

“[Y] sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido”.

En estos casos, prescribe la Ley Orgánica, que al admitir la solicitud de avocamiento la Sala debe oficiar al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y puede ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación; considerándose nulos los actos y las diligencias

57 V. en *Revista de Derecho Público*, nº 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 179 y ss.

que se dicten en desacuerdo por el mandamiento de prohibición (Art. 18, párrafo 13º). La sentencia sobre el avocamiento la debe dictar la Sala competente, la cual puede decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido (Art. 18, párrafo 14º).

El avocamiento por parte de las Salas del Tribunal Supremo, por supuesto, puede ser un instrumento procesal de primera importancia para asegurar la justicia en procesos en los cuales la misma ha sido subvertida; pero a la vez, puede configurarse en el más injusto de los instrumentos procesales precisamente para acabar con la justicia.

2. *El avocamiento como competencia de la Sala Constitucional en relación con las otras Salas del Tribunal Supremo*

Pero además de haber extendido la facultad de avocamiento a todas las Salas, respecto de causas que cursen en “otro tribunal” de instancia (distintos por tanto al propio Tribunal Supremo), la Ley Orgánica ha atribuido en particular a la Sala Constitucional en el artículo 5, párrafo 1º, ordinal 4, la facultad de avocarse “al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala”. En esta forma, las causas que cursan ante las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia también han quedado a la merced de la Sala Constitucional, la cual puede subvertir el orden procesal, con sólo “presumir fundadamente” la violación de principios constitucionales.

IV. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO DEL PROCESO Y LA INCONSTITUCIONAL EXTENSIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Un cuarto aspecto de la inconstitucionalidad de las interpretaciones constitucionales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, se ha originado en la ampliación de las potestades de actuación de oficio de la misma, en contravención con el principio dispositivo del proceso.

1. *El régimen constitucional y legal del principio dispositivo y las excepciones constitucionales*

En efecto, la Constitución dispone que el proceso es el instrumento fundamental para la realización de la justicia (Art. 253), el cual debe desarrollarse con las debidas garantías que establece el texto fundamental (debido proceso), lo que presupone y exige no sólo un contradictorio entre partes, sino el principio dispositivo, de manera que el proceso se inicie a instancia de parte, siendo la excepción la actuación de oficio por parte de los jueces, la cual por supuesto requiere texto expreso.

En tal sentido, en cuanto a las atribuciones de la Sala Constitucional, la Constitución regula expresamente dos supuestos conforme a los cuales puede ejercer sus poderes de oficio: en primer lugar, al atribuir a las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo a la Sala Constitucional, como lo tienen todos los tribunales de la República al resolver un caso concreto, el poder-deber de ejercer *de oficio* el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás normas en caso de incompatibilidad entre ellas y la Constitución, aplicando entonces preferentemente las disposiciones de ésta última (Art. 334); y en segundo lugar, al atribuir competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de actuación de oficio en materia de control obligatorio de la constitucionalidad de los decretos ejecutivos de declaratoria de estados de excepción dictados por el Presidente de la República. (Art. 336,6); competencia que se recoge el artículo 5, párrafo 1º,11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Salvo estos dos supuestos, desde el punto de vista constitucional, en los procesos constitucionales rige el principio dispositivo, de ma-

nera que incluso el artículo 18, párrafo 7º de la Ley Orgánica así lo establece expresamente al indicar que el Tribunal Supremo de Justicia debe conocer de los asuntos que le competen, “a instancia de parte interesada”.

Dicha norma de la Ley Orgánica, sin embargo, en una forma totalmente contradictoria, estableció una excepción general al principio dispositivo no autorizada en la Constitución, conforme a la cual y sin tener en cuenta el principio de la reserva legal, el Tribunal y sus Salas pueden actuar *de oficio* no sólo en los casos contemplados en la propia Ley Orgánica tal y como por ejemplo se establecía en el artículo 82 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁵⁸, sino “cuando así lo amerite”, es decir a la sola discrecionalidad del Tribunal y sus Salas.

Esto, lamentablemente, deja a la libre apreciación de los Magistrados del Tribunal Supremo la posibilidad, sin límites, de actuación de oficio, cuando consideren que ello “lo amerita”, lo cual estimamos que no se ajusta a la Constitución ni a los principios fundamentales de la administración de justicia que están montadas sobre el debido proceso y el principio dispositivo.

De nuevo, esta innovación de la Ley Orgánica, en realidad, respondió a una doctrina jurisprudencial totalmente inconstitucional que la Sala Constitucional se había venido construyendo a sí misma, para ejercer el control de constitucionalidad mediante los poderes de revisión constitucional de materialmente cualquier sentencia, para lo cual se había auto-atribuido también en forma inconstitucional poderes de control *de oficio*, rompiendo entonces el principio dispositivo.

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia n° 331 de 13 de marzo de 2001 (Caso: *Henrique Capriles R. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles*), resolvió afirmar sus poderes de control de la constitucionalidad *de oficio*, dado el carácter de “orden público constitucional” del control de constitucionalidad, cuando con fundamento en los artículos 334 y 335 de la Constitución, deba conocer de algún asunto, para lo cual dijo:

58 Sustituyó el artículo 82 LOCSJ: Artículo 82. La Corte conocerá de los asuntos de su competencia a instancia de parte interesada, salvo en los casos en que pueda proceder de oficio de acuerdo con la Ley.

“Así pues, las referidas potestades de la Sala y la interpretación concatenada y armoniosa de los citados dispositivos constitucionales, la comprensión de los principios enunciados en el texto de la Exposición de Motivos de la Carta Fundamental, y la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta Sala, que procura salvaguardar la vigencia de los postulados constitucionales, *sirven de fundamento para declarar, como garante de la supremacía de la Constitución y en ejercicio de las facultades que la misma posee, de oficio, la ilegitimidad de alguna actuación, cuando habiendo sido sometido un caso a su análisis, observe que la misma ha transgredido el orden público constitucional, y en tal virtud proceda de manera inmediata y efectiva, a restaurar a través de la forma que considere idónea, la subversión advertida. En definitiva, considera la Sala que el control constitucional jurisdiccional constituye materia de orden público constitucional, y siendo la Sala el garante de la supremacía de la Constitución, al constatar su violación, puede actuar de oficio, como en efecto lo hace en esta oportunidad*”⁵⁹.

O sea, con fundamento en la noción de orden público constitucional que la Sala no definió, y que en definitiva concierne a la vigencia de la propia Constitución, la Sala resolvió auto-atribuirse estos poderes de actuación *de oficio*, con lo cual no sólo rompió el principio dispositivo, sino que dejó a la merced de los Magistrados de la Sala Constitucional el principio de la cosa juzgada, sin que nadie pueda ejercer un control sobre el guardián de la Constitución.

2. *La inconstitucional asignación de poderes de actuación de oficio a la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias.*

Por otra parte, el artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, destinado a desarrollar la norma constitucional relativa al control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos (art. 336,10), precisó que la sentencia respectiva esta expuesta “a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar”, pero dejó a salvo, “en todo caso”, que la Sala Constitucional podía hacer uso, *de oficio o a instancia de parte*, de la competencia de revisión prevista en el numeral 16 del artículo 5 de la Ley Orgánica.

59 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 391.

Con esta norma, por demás confusa, se estableció legalmente en relación con los poderes de la Sala Constitucional de revisión de sentencias dictadas por los tribunales en materia de control difuso de la constitucionalidad, la competencia de la Sala para realizar tal revisión no sólo a instancia de parte (recurso de revisión) sino *de oficio*. Ello, por supuesto, destruye otro principio esencial del debido proceso que es el principio de la cosa juzgada, el cual de nuevo queda a merced de los Magistrados de la Sala Constitucional sin que pueda existir control alguno sobre el controlante.

3. *La inconstitucional asignación de poderes de actuación de oficio a la Sala Constitucional en materia de avocamiento*

Por otra parte, una competencia que como se ha dicho, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 estaba reservada a la Sala Político-Administrativa, como la excepcionalísima atribución de avocarse al conocimiento de causas que cursaren en otros Tribunales, *siempre a instancia de parte*; la Ley Orgánica de 2004 en su artículo 5, párrafo 1º, 48, no sólo la ha extendido a todas las Salas, sino que ha incluido además la posibilidad del avocamiento *de oficio*, al prescribir como competencia de todas las Salas:

“Solicitar *de oficio*, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente”.

En esta forma, los principios del debido proceso relativos al orden procesal, y a la garantía de la doble instancia han quedado de nuevo a la merced de los magistrados de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, regulándose en forma inconstitucional el avocamiento de oficio.

4. *El confuso caso de inicio de oficio de un proceso constitucional de control incidental de la constitucionalidad de las leyes con efectos anulatorios*

Debe mencionarse, además, que la Sala Constitucional, en su doctrina de los últimos años, había venido construyendo la posibilidad de ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes,

de oficio, como incidente en cualquier proceso que cursare ante ella, y sin que hubiera mediado acción popular alguna.

En efecto, mediante sentencia n° 2.588 de 11 de diciembre de 2001, la Sala Constitucional afirmó:

“[Su] facultad, en virtud de ser el juez de la ley y titular del control concentrado de la Constitución, de tramitar en cualquiera de los procedimientos a que den lugar las acciones ventilables ante ella, o de las cuales conozca, el denominado incidente de constitucionalidad, el cual existe cuando la cuestión planteada (no necesariamente alegada) sobre la constitucionalidad de una norma legal es prejudicial respecto de la resolución de un proceso constitucional o de una causa que curse ante la Sala”.

Para justificar esta declaratoria de propia competencia, la Sala recurrió impropriamente a aplicar criterios de derecho comparado establecidos en sistemas exclusivamente concentrados de control de constitucionalidad de las leyes (como los europeos) y que rechazan el control difuso, que no es el caso de Venezuela dado el carácter mixto e integral, argumentando como sigue:

“Incidentes de este tipo se han solucionado de tres modos: bien a través de un juicio de constitucionalidad sin un pronunciamiento expreso de nulidad de la ley inconstitucionalidad; ya sea por el ejercicio de un control autónomo de constitucionalidad a través de un proceso separado del que dio origen al incidente, y, finalmente, merced a un control incidental de constitucionalidad que se realiza a través de un procedimiento de constitucionalidad pero dentro del proceso que ha dado lugar al incidente.

Dicha técnica fue consagrada por primera vez en el artículo 140 de la Constitución austriaca de 1920. Actualmente, la consagran la Constitución del mencionado Estado (artículos 139.1 y 140); la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (artículos 67 y 95) -recurso indirecto o encubierto-; la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (artículos 55.2 y 67) -cuestión previa de carácter constitucional o incidente de constitucionalidad- y lo ha desarrollado jurisprudencialmente la Corte Constitucional italiana a partir del auto n° 22, del 9 de abril de 1960 -Corte *giudice a quo* o *autorimessione*.

La razón que apuntala esta facultad, señaladamente cuando la misma deriva en la declaratoria pro futuro y con efectos *erga omnes* de la norma inconstitucional -y no en la mera desaplicación del precepto para

el caso concreto-, se afina en la coherencia que existe entre una declaración de este tipo con la función de los tribunales constitucionales, en tanto ejecutores del denominado control concentrado de la constitucionalidad.

Los términos en que se expresó la Corte Constitucional italiana a la hora de asumir esta competencia son suficientemente reveladores de la razón apuntada. Según dicho tribunal:

[...] no puede considerarse que la misma Corte -que es el único órgano competente para decidir las cuestiones de constitucionalidad de las leyes- venga obligada a aplicar leyes inconstitucionales y tampoco que, en la hipótesis de inconstitucionalidad de las leyes que regulan la materia, pueda y deba inaplicarlas, sin poner en marcha el mecanismo (de alcance general y necesario en el vigente ordenamiento) destinado a conducir, con las debidas garantías de contradictorio, a la eliminación con efectos *erga omnes*, de las leyes inconstitucionales". Citado a su vez por: Luis J. Mieres Mieres, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, págs. 56 y 57".

De lo anterior, la Sala Constitucional concluyó su razonamiento señalando lo siguiente:

"Siendo que a los tribunales constitucionales les corresponde, como una de sus competencias esenciales, declarar la nulidad de leyes colidentes con la Constitución, luce entonces congruente con dicho cometido que, ante la presencia de normas inconstitucionales que resulten prejudiciales al asunto que en definitiva vaya a decidirse (como es el presente caso), esta Sala resulte competente para declarar la nulidad de dicha norma por colidir con la Constitución, esto es, la invalide, no sólo a sus propios efectos, sino también para el resto de los tribunales, órganos del Estado y particulares.

De este modo se mantiene la unidad del ordenamiento constitucional y se evita la contradicción que resulta de la coexistencia de una norma inconstitucional (declarada así para un caso concreto), pero vigente para el resto de los operadores judiciales a falta de una natural declaratoria de nulidad. Así se establece"⁶⁰.

60 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 396 y ss.

Esta doctrina de la Sala, por supuesto, no tiene cabida alguna en Venezuela, donde el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes exige, instancia de parte (acción popular) y un proceso constitucional contradictorio (litis) en el cual se debe garantizar la citación del ente productor de la norma y la participación como partes de todos los que tengan interés procesal en el asunto. Por ello, incluso, la Sala Constitucional no tuvo más remedio, en este caso, que aclarar que debía tratarse de un proceso constitucional, donde debía abrirse un contradictorio, indicando que:

“En cuanto al procedimiento aplicable, y especialmente respecto a la audiencia de los defensores de la ley y de los interesados, esta Sala reconoce la necesidad de que dicha audiencia se efectúe en los más de los casos, para lo cual deberá notificarse al órgano legislativo respectivo y a los demás del procedimiento en que se suscite la incidencia.

Ello viene apoyado por el respecto al derecho a la defensa y por la práctica unánime de los tribunales constitucionales anteriormente mencionados”⁶¹.

En todo caso, a pesar de esta doctrina jurisprudencial de control concentrado incidental de oficio de la constitucionalidad de las leyes, por lo demás confusa, puede considerarse que el Legislador ha reaccionado contra la misma, al disponer en el artículo 5, párrafo 3º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que la Sala Constitucional sólo puede ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, “en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie *un recurso popular de inconstitucionalidad*”.

61 En el caso específico de la sentencia, sin embargo, la Sala señaló: “Sin embargo, en virtud de la homogeneidad con que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido decidiendo el tema -como más adelante se pondrá de relieve-; en vista, además, de que la decisión conllevará una mera definición de la Sala que le compete decidir el fondo de la solicitud, sin que por ello resulte afectado algún derecho sustancial del solicitante, muy al contrario, a través del mismo se garantiza su derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente la faz que guarda relación con el derecho al juez natural, es por lo que la Sala prescindirá en este caso de dicho trámite. Así se establece. V. en *Revista de Derecho Público*, nº 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 397. Igualmente, la sentencia de la Sala Constitucional nº 806 de 24-04-2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*) en *Revista de Derecho Público*, nº 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 179 y ss.

V. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU RUPTURA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LAS MISMAS

El quinto aspecto de interpretación inconstitucional de la Constitución, esta vez realizada por el Legislador, ha sido la que ha conducido a la ruptura del principio de la igualdad entre las Salas del Tribunal Supremo, al atribuirse a la Sala Constitucional competencia para conocer y resolver los conflictos entre las Salas, incluyendo la Sala Plena, lo que debió ser atribuida a la Sala Plena.

En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia, al igual que la antigua Corte Suprema de Justicia, está integrado por diversas Salas (Constitucional, Político-Administrativa, Casación Civil, Casación Penal, Casación Social, Electoral), cuyos magistrados, reunidos en conjunto, conforman la Sala Plena. La Constitución y la Ley Orgánica, en consecuencia, atribuyen competencias en algunos casos al Tribunal Supremo de Justicia como Sala Plena o a las Salas en particular.

Ninguna de las Salas es superior a otra, lo cual fue precisado por la propia Sala Constitucional en sentencia n° 158 de 28-03-00 (Caso: *Microcomputers Store S.A.*) al declarar que el artículo 1 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, era conforme con la nueva Constitución, al prohibir la admisión de recurso alguno contra las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno o por alguna de sus Salas, señalando que esta norma, lejos de ser inconstitucional,

“Más bien garantiza su aplicación, ya que tal como quedó expuesto, el Tribunal Supremo de Justicia se encuentra conformado por las Salas que lo integran, las cuales conservan el mismo grado jerárquico y todas representan en el ámbito de sus competencias al Tribunal Supremo de Justicia como máximo representante del Poder Judicial”⁶².

Posteriormente, sin embargo, la Sala Constitucional al afirmar su competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión de constitucionalidad contra las sentencias de las otras Salas del Tribunal Supremo, señaló que el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte,

62 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 109.

para considerarlo compatible con la Constitución, sólo se refería “a los recursos preexistentes y supervivientes a la Constitución de 1999, distintos al recurso extraordinario de revisión constitucional de sentencias de las demás Salas del Máximo Tribunal”⁶³.

En todo caso, salvo esta inconstitucional extensión de la potestad revisora de la Sala Constitucional en relación con las sentencias de las otras Salas, conforme al artículo 42,7 de la Ley Orgánica derogada de 1976, como era lógico, correspondía a la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia resolver los conflictos de cualquier naturaleza que pudieran suscitarse entre las Salas que la integraban o entre los funcionarios de la propia Corte, con motivo de sus funciones.

Sin embargo, sin sentido alguno, en la Ley Orgánica de 2004 la competencia para resolver los conflictos entre las Salas, incluidos los planteados entre la Sala Plena y alguna de las Sala en particular, incomprensiblemente se le atribuyó a la Sala Constitucional (Art. 5,3), siendo que la misma es una Sala más, igual a las otras Salas del Tribunal Supremo.

Con esta atribución, en forma contraria a la Constitución, se ha investido a la Sala Constitucional de un nivel superior del cual carece, aparte de ser ella misma la que entonces resuelva los conflictos que puedan surgir entre las otras Salas y la misma Sala Constitucional.

VI. LA AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN

Por último, debe mencionarse la inconstitucional interpretación de los poderes de la Sala Constitucional en materia de control de la inconstitucionalidad de la omisión del Legislador que regula el artículo 336,7 de la Constitución, el cual se ha recogido en el artículo 5, párrafo 1º,12 de la Ley Orgánica, al atribuir a la Sala Constitucional, competencia para:

63 V. sentencia de la Sala Constitucional nº 33 de 25-01-2001 (Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala de casación Social del tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de mayo de 2001, interpuesta por Baker Hugher SRL*), en *Revista de Derecho Público*, nº 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 405.

“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, *sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones*”.

La última frase subrayada constituye un agregado del Legislador respecto de lo establecido en la Constitución, con el cual se ha pretendido liberar a priori a la Sala Constitucional, de cualquier usurpación de funciones en los que pueda incurrir al establecer los lineamientos para la corrección de la omisión por parte del órgano legislativo.

La verdad es que el control de la inconstitucionalidad por omisión no puede implicar en caso alguno, que la Sala pueda sustituirse en el ejercicio de la competencia del órgano legislativo omiso, y asumir y ejercer su competencia; es decir, la Sala no puede, a pesar de la exoneración *a priori* de la Ley, usurpar las funciones del órgano legislativo, como ocurrió en 2003, cuando la Sala Constitucional designó a los integrantes del Consejo nacional Electoral.

En efecto, mediante la sentencia n° 2341 de 25 de agosto de-2003 (Caso: *Hermann Escarrá y otros*), la Sala Constitucional designó a los rectores del Consejo Nacional Electoral, usurpando las funciones del órgano de representación popular, al cual constitucionalmente era imposible que sustituyera, pues conforme a la Constitución, sólo la Asamblea Nacional y mediante una votación de mayoría calificada de los 2/3 de los diputados (Art. 296), con la participación de la sociedad civil (Comité de Postulaciones Electorales), puede designar dichos funcionarios. Por ello, la omisión de la Asamblea no podría ser “supleida” por ningún otro órgano del Estado y menos por la Sala Constitucional, pues ésta ni es un órgano de representación popular, ni hay forma ni manera alguna cómo pueda reflejar la mayoría calificada requerida de la representación popular⁶⁴.

64 V. sentencia n° 2341 de 25-08-2003 (Caso: *Hermann Escarrá y otros*), y los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho, El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la*

En ese caso, sin duda, a través de una inconstitucional interpretación de la Constitución, hubo usurpación de funciones del órgano legislativo por parte de la Sala Constitucional, como también la habría por ejemplo, si se le ocurriera actuar como cuerpo legislador y sancionar una ley ante la omisión de la Asamblea Nacional en hacerlo.

Pero a la inconstitucionalidad de la interpretación constitucional hecha por la Sala Constitucional en ese precedente, se agrega la regulación también inconstitucional contenida en la Ley Orgánica en su artículo 5, párrafo 1º, 13, en el cual se ampliaron las competencias de la Sala Constitucional, al regularse una competencia de control de las omisiones de *cualesquiera otros órganos del Poder Público*, respecto del cumplimiento de obligaciones directamente establecidas en la Constitución, al atribuirle competencia para:

“13. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Esta disposición, tal como está redactada, implicaría la concentración en la Sala Constitucional, por ejemplo, del conocimiento de todas las acciones de amparo contra las conductas omisivas de los entes y funcionarios públicos en el cumplimiento de las obligaciones que resultan de todos los derechos constitucionales, ya que las normas que los regulan son de aplicación directa e inmediata.

VII. LA INCONSTITUCIONAL ASUNCIÓN DEL MONOPOLIO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA RESTRICCIÓN DE LOS PODERES DE CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES

En séptimo lugar, debe destacarse la inconstitucional interpretación de la Constitución efectuada por la Sala Constitucional al pretender asumir el monopolio de la interpretación constitucional y restringir los poderes de control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos atribuidos a todos los jueces.

participación política, Ediciones Libros El Nacional, Caracas, 2004, pp. 43 y ss. V. este trabajo en la Tercera Parte de este libro, páginas 197 y ss.

En efecto, el método difuso de control de constitucionalidad existe en Venezuela desde el siglo XIX⁶⁵, y estuvo regulado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece que:

“Artículo 20: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia”.

Más recientemente se recogió en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, con este texto:

“Artículo 19: Control de la Constitucionalidad. Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional”.

A los efectos de consolidar constitucionalmente el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes,⁶⁶ en el artículo 334 de la Constitución establece que:

“En caso de incompatibilidad entre esa Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”.

En esta forma, el método de control difuso de la constitucionalidad adquirió rango constitucional pudiendo, incluso, ser ejercido *de oficio* por los tribunales, incluyendo, por supuesto, las diversas Salas del Supremo Tribunal, como una obligación de todos los jueces de asegurar la integridad de la Constitución, en el ámbito de sus competencias para que de este modo la justicia constitucional sea ejercida por todos los Tribunales. Así se establece, conforme lo estableció la Sala Constitucional, para todos los Jueces, de cualquier nivel, “el poder deber para controlar la constitucionalidad de los actos normativos del poder Público y ofrecer a todas las personas la tutela efectiva

65 V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, “La Justicia Constitucional”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, *op. cit.*, Caracas, 1996, pp. 86 y ss.

66 V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (18 Octubre-30 Noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 94 a 105.

en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, al no aplicar a los casos concretos que deban decidir, las normas que estimen inconstitucionales”⁶⁷.

Pero a pesar de ello, ha sido la propia Sala Constitucional la cual en una inconstitucional interpretación de la Constitución, ha pretendido asumir el monopolio de la interrelación constitucional y limitar el ámbito del poder de los jueces de desaplicar normas que estimen inconstitucionales, al cercenarles la potestad que necesariamente deben tener para interpretar las normas constitucionales en relación con las leyes que deben aplicar en los casos concretos que decidan. Así, en la sentencia n° 833 de 15 de mayo de 2001 (Caso: *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*), la Sala interpretó el artículo 334 de la Constitución, y estableció “con carácter vinculante... en qué consiste el control difuso, y en qué consiste el control concentrado de la Constitución”. Ello lo hizo al formularse la pregunta de ¿si en ejercicio del control difuso un juez puede interpretar los principios constitucionales, y en base a ellos, suspender la aplicación de una norma?, respondiéndola de manera de negarle el poder a los jueces de interpretar la Constitución, al señalar que:

“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”.

67 V. sentencia n° 1213 de 30 de mayo de 2000 (Caso: *Carlos P. García P. vs. Ministerio de Justicia. Cuerpo Técnico de Policía Judicial*). *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 446.

VIII. LA INCONSTITUCIONAL ASUNCIÓN DEL MONOPOLIO DE INTERPRETAR LA PREVALENCIA DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO

En séptimo lugar, la Sala Constitucional, también mediante una interpretación inconstitucional de la Constitución, se ha atribuido una competencia exclusiva que no tiene en materia de interpretación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En efecto, en materia de derechos humanos, de acuerdo con la propia Constitución, el principio de su supremacía cede ante las normas de los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, a los que no sólo se les atribuye jerarquía constitucional, sino que incluso la Constitución dispone que prevalecen en el orden interno (constitucional o legal), “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República”, declarando además la Constitución expresamente que son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (Art. 23).

Sobre esta norma que le otorga rango constitucional e, incluso, supra constitucional a esos instrumentos internacionales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al reivindicar un carácter de máximo y último interprete de la Constitución y de los tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos que no tiene, pues todas las Salas del Tribunal Supremo lo tienen, ha establecido en sentencia n° 1942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de diversos artículos del Código Penal*), que por adquirir los mencionados tratados jerarquía constitucional e integrarse a la Constitución vigente, “el único capaz de interpretarlas, con miras al derecho venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara”. De allí la Sala señaló que “es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden inter-

no; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”⁶⁸.

Esta interpretación de la Constitución contraría lo expresamente establecido en ella, pues esa potestad no sólo corresponde a la Sala Constitucional, sino a todos los tribunales de la República cuando actúen como juez constitucional, por ejemplo, al ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o al conocer de acciones de amparo. La pretensión de la Sala Constitucional en concentrar toda la justicia constitucional no se ajusta a la Constitución y al sistema de justicia constitucional que regula, de carácter mixto e integral; y menos aún en materia de derechos humanos, cuando es la propia Constitución la que dispone que los tratados, pactos e instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales” (art. 23).

68 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

§3. *Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004**

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004⁶⁹ contiene importantes innovaciones como consecuencia del desarrollo legislativo que era necesario realizar, a raíz de los cambios introducidos por la Constitución de 1999 en relación con los aspectos organizativos del Tribunal Supremo, particularmente en relación con las nuevas Salas y con el status y número de sus Magistrados, y con el régimen de gobierno y administración del Poder Judicial que ahora le corresponde realizar al Tribunal Supremo.

En cambio, en cuanto a la regulación de las competencias, procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos, puede decirse que la nueva Ley Orgánica no varió sustancialmente la normativa que contenía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976⁷⁰, aún cuando algunas innovaciones puntuales pueden identificarse, a cuyo análisis, precisamente, están destinadas estas notas. Antes, sin embargo, un comentario sobre los aspectos formales de la Ley Orgánica, los cuales si sufrieron una variación sustancial.

* Texto de la conferencia dictada en el *Seminario sobre la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Monteávila, Caracas 9 diciembre 2004

69 *Gaceta Oficial* n° 37.042 de 19-05-2004. Véanse los comentarios a dicha Ley Orgánica, en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

70 V. los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991.

I. LA ASISTEMATICIDAD DE LA LEY Y LA CONFIGURACIÓN DE SU ARTICULADO

En efecto, desde el punto de vista meramente formal, la nueva Ley Orgánica sí varió totalmente la técnica legislativa, la cual materialmente en ella es inexistente⁷¹. En la Ley Orgánica se agruparon en un solo artículo, por ejemplo, diversos artículos que estaban en Títulos, Capítulos y secciones completas de la vieja Ley Orgánica. Se configuraron, así, larguísimos artículos con hasta treinta párrafos cada uno, sin numeración alguna, lo que constituye la característica más innovadora de la nueva Ley Orgánica. Ello, por supuesto, dificulta enormemente la cita de las normas.

Además, el texto de la Ley Orgánica carece de toda sistemática, al carecer de la clásica división en Títulos, Capítulos y Secciones. Ni más ni menos, parecería que los autores del Proyecto aplicaron a un texto legal la técnica de las novelas del *boom* latinoamericano de hace lustros, sin capítulos ni secciones, ni puntos y aparte.

Afortunadamente, sin embargo, en la configuración de los textos de los artículos al menos conservaron la técnica gramatical de los puntos y seguido y de los puntos y aparte.

Pero dejando aparte los aspectos formales de la Ley, particularmente en cuanto a las competencias, procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos, pueden identificarse algunas innovaciones sustanciales en los aspectos siguientes: el principio dispositivo y los poderes de oficio del Tribunal Supremo; la competencia de la Sala Plena en materia de antejuicios de méritos para el enjuiciamiento de altos funcionarios; el avocamiento como competencia de todas las Salas; el procedimiento de los juicios de nulidad; el objeto de los procesos constitucionales de control concentrado; la ampliación de los poderes de la Sala Constitucional en el control de la inconstitucionalidad de la omisión; el recurso extraordinario de revisión de sentencias; el procedimiento en materia contencioso-administrativa; la solución de conflictos entre las Salas del Tribunal Supremo; el régimen de la extinción de la instancia (perención); y la

71 V. las anotaciones de Carlos Luis Carrillo Artiles, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, FUNEDA, Caracas 2004, pp. VII-XIV.

exigencia de publicación de las sentencias del Tribunal Supremo en la *Gaceta Oficial*.

II. LAS INNOVACIONES EN CUANTO AL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y A LOS PODERES DE OFICIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. *El principio dispositivo y los poderes de actuación de oficio del Tribunal Supremo*

Además de los poderes atribuidos en la Constitución a las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, como lo tienen todos los tribunales de la República, de poder ejercer *de oficio* el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en caso de incompatibilidad entre ellas y la Constitución, aplicando entonces preferentemente las disposiciones de ésta (Art. 334); en la Constitución sólo se establece adicionalmente un solo supuesto de competencia de actuación *de oficio* de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en materia de control obligatorio de la constitucionalidad de los decretos ejecutivos de declaratoria de estados de excepción dictados por el Presidente de la República. (Art. 336,6); competencia que se recoge el artículo 5, párrafo 1º,11 de la Ley Orgánica.

Salvo estos dos supuestos, desde el punto de vista constitucional, en los procesos constitucionales y contencioso-administrativos, rige el principio dispositivo, de manera que incluso, el artículo 18, párrafo 7º de la Ley Orgánica lo establece expresamente al indicar que el Tribunal Supremo de Justicia debe conocer de los asuntos que le competen, “a instancia de parte interesada”.

Dicha norma de la Ley Orgánica, sin embargo, estableció una excepción general no autorizada en la Constitución, conforme a la cual, y sin tener en cuenta el principio de la reserva legal, se estableció que el Tribunal y sus Salas pueden actuar *de oficio*, no sólo en los casos contemplados en la propia Ley Orgánica como se establecía en el artículo 82 de la Ley derogada⁷², sino “cuando así lo amerite”; es decir a la sola discrecionalidad del Tribunal y sus Salas.

72 Sustituyó el artículo 82 LOCSJ: Artículo 82. La Corte conocerá de los asuntos de su competencia a instancia de parte interesada, salvo en los casos en que pueda proceder de oficio de acuerdo con la Ley.

Esto, lamentablemente, deja a la libre apreciación de los Magistrados del Tribunal Supremo la posibilidad sin límites de actuación de oficio, cuando consideren que ello lo amerita, lo cual estimamos que no se ajusta a la Constitución ni a los principios fundamentales de la administración de justicia.

Ahora bien, esta innovación de la Ley Orgánica, en realidad puede decirse que responde a una doctrina jurisprudencial que la Sala Constitucional se había venido construyendo para ejercer el control de constitucionalidad mediante los poderes de revisión constitucional de sentencias, de poder revisar materialmente cualquier sentencia, auto-atribuyéndose poderes de control *de oficio*, rompiendo entonces el principio dispositivo.

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia n° 331 de 13 de marzo de 2001 (Caso: *Henrique Capriles R. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles*), resolvió afirmar sus poderes de control de la constitucionalidad *de oficio*, dado el carácter de orden público constitucional del control de constitucionalidad, cuando con fundamento en los artículos 334 y 335 de la Constitución, conozca de algún asunto, para lo cual dijo:

“Así pues, las referidas potestades de la Sala y la interpretación concatenada y armoniosa de los citados dispositivos constitucionales, la comprensión de los principios enunciados en el texto de la Exposición de Motivos de la Carta Fundamental, y la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta Sala, que procura salvaguardar la vigencia de los postulados constitucionales, sirven de fundamento para declarar, como garante de la supremacía de la Constitución y en ejercicio de las facultades que la misma posee, *de oficio*, la ilegitimidad de alguna actuación, cuando habiendo sido sometido un caso a su análisis, observe que la misma ha transgredido el orden público constitucional, y en tal virtud proceda de manera inmediata y efectiva, a restaurar a través de la forma que considere idónea, la subversión advertida. En definitiva, considera la Sala que el control constitucional jurisdiccional constituye materia de orden público constitucional, y siendo la Sala el garante de la supremacía de la Constitución, al constatar su violación, *puede actuar de oficio*, como en efecto lo hace en esta oportunidad”⁷³.

73 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 391.

El problema con estos poderes de actuación *de oficio*, por supuesto, no sólo es que se rompe el principio dispositivo, quedando a merced de los Magistrados de la Sala Constitucional el principio de la cosa juzgada, sino que luego no hay forma de controlar al controlador. Es decir, no hay guardián sobre el garante de la supremacía de la Constitución; y si este abusa o se excede en su actuación no hay forma de controlarla.

2. *Supuestos regulados legalmente que permiten al Tribunal Supremo realizar actuaciones de oficio*

En la Ley Orgánica, por otra parte, se pueden identificar diversos supuestos expresamente regulados en los cuales se permite la actuación *de oficio* del Tribunal en juicios ya iniciados.

En primer lugar, a los efectos de poder suplir las deficiencias del recurrente en los juicios de nulidad que tienen por objeto el control concentrado de la constitucionalidad, el artículo 5, párrafo 3º de la Ley Orgánica precisa que corresponde a la Sala Constitucional conocer de dichos juicios en los términos previstos en esta Ley y “únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad”; pero agregando, sin embargo que en tal caso “no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público”.

En segundo lugar en materia de medidas cautelares, el artículo 19, párrafo 11º de la Ley Orgánica dispone que en cualquier estado y grado del proceso las partes pueden solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia puede acordar, *aún de oficio*, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

En tercer lugar en materia de perención de la instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 16º de la Ley Orgánica, la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año, antes de la presentación de los informes. Transcurrido dicho lapso, precisa la norma, el Tribunal Supremo de Justicia debe declarar consumada la perención *de oficio* o

a instancia de parte, la cual debe ser notificada a las partes mediante cartel.⁷⁴.

3. *El problema del proceso constitucional de control incidental de la constitucionalidad de las leyes con efectos anulatorios y el problema de su inicio de oficio por la Sala Constitucional*

La Sala Constitucional, en su doctrina de los últimos años había venido construyendo la posibilidad de ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, *de oficio*, como incidente en cualquier proceso que cursare ante ella, y sin que hubiera mediado acción popular alguna.

En efecto, mediante sentencia n° 2.588 de 11 de diciembre de 2001, la Sala Constitucional declaró:

“[Su] facultad, en virtud de ser el juez de la ley y titular del control concentrado de la constitución, de tramitar en cualquiera de los procedimientos a que den lugar las acciones ventilables ante ella, o de las cuales conozca, el denominado incidente de constitucionalidad, el cual existe cuando la cuestión planteada (no necesariamente alegada) sobre la constitucionalidad de una norma legal es prejudicial respecto de la resolución de un proceso constitucional o de una causa que curse ante la Sala”.

Para justificar esta declaratoria de propia competencia, la Sala impropriamente recurrió a criterios de derecho comparado establecidos en sistemas de control exclusivamente concentrados de la constitucionalidad de las leyes (como los europeos) y que rechazan el control difuso, que no es el caso de Venezuela dado el carácter mixto e integral, argumentando como sigue:

“Incidentes de este tipo se han solucionado de tres modos: bien a través de un juicio de constitucionalidad sin un pronunciamiento expreso de nulidad de la ley inconstitucionalidad; ya sea por el ejercicio de un control autónomo de constitucionalidad a través de un proceso separado del que dio origen al incidente, y, finalmente, merced a un control incidental de constitucionalidad que se realiza a través de un procedimiento de constitucionalidad pero dentro del proceso que ha dado lugar al incidente.

74 Sustituye el artículo 86 LOCSJ.

“Dicha técnica fue consagrada por primera vez en el artículo 140 de la Constitución austríaca de 1920. Actualmente, la consagran la Constitución del mencionado Estado (artículos 139.1 y 140); la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (artículos 67 y 95) –recurso indirecto o encubierto–; la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (artículos 55.2 y 67) –cuestión previa de carácter constitucional o incidente de constitucionalidad– y lo ha desarrollado jurisprudencialmente la Corte Constitucional italiana a partir del auto n° 22, del 9 de abril de 1960 –Corte *giudice a quo* o *autorimessione*.

La razón que apuntala esta facultad, señaladamente cuando la misma deriva en la declaratoria pro futuro y con efectos *erga omnes* de la norma inconstitucional –y no en la mera desaplicación del precepto para el caso concreto–, se afina en la coherencia que existe entre una declaración de este tipo con la función de los tribunales constitucionales, en tanto ejecutores del denominado control concentrado de la constitucionalidad.

Los términos en que se expresó la Corte Constitucional italiana a la hora de asumir esta competencia son suficientemente reveladores de la razón apuntada. Según dicho tribunal:

“...no puede considerarse que la misma Corte –que es el único órgano competente para decidir las cuestiones de constitucionalidad de las leyes– venga obligada a aplicar leyes inconstitucionales y tampoco que, en la hipótesis de inconstitucionalidad de las leyes que regulan la materia, pueda y deba inaplicarlas, sin poner en marcha el mecanismo (de alcance general y necesario en el vigente ordenamiento) destinado a conducir, con las debidas garantías de contradictorio, a la eliminación con efectos *erga omnes*, de las leyes inconstitucionales”. Citado a su vez por: Luis J. Mieres Mieres, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, págs. 56 y 57”.

De lo anterior, Sala Constitucional concluyó su razonamiento señalando lo siguiente:

“Siendo que a los tribunales constitucionales les corresponde, como una de sus competencias esenciales, declarar la nulidad de leyes colidentes con la Constitución, luce entonces congruente con dicho cometido que, ante la presencia de normas inconstitucionales que resulten perjudiciales al asunto que en definitiva vaya a decidirse (como es el presente caso), esta Sala resulte competente para declarar la nulidad de dicha norma por colidir con la Constitución, esto es, la invalide, no sólo a

sus propios efectos, sino también para el resto de los tribunales, órganos del Estado y particulares.

De este modo se mantiene la unidad del ordenamiento constitucional y se evita la contradicción que resulta de la coexistencia de una norma inconstitucional (declarada así para un caso concreto), pero vigente para el resto de los operadores judiciales a falta de una natural declaratoria de nulidad. Así se establece⁷⁵.

Esta doctrina de la Sala, por supuesto, no tiene cabida alguna en Venezuela, donde el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes exige instancia de parte (acción popular) y un proceso constitucional contradictorio (litis) en el cual se debe garantizar la citación del ente productor de la norma y la participación como partes de todos los que tengan interés procesal en el asunto. Por ello, incluso, la Sala Constitucional no tuvo más remedio, en este caso, que aclarar que debía tratarse de un proceso constitucional, donde debía abrirse un contradictorio, indicando:

“En cuanto al procedimiento aplicable, y especialmente respecto a la audiencia de los defensores de la ley y de los interesados, esta Sala reconoce la necesidad de que dicha audiencia se efectúe en los más de los casos, para lo cual deberá notificarse al órgano legislativo respectivo y a los demás del procedimiento en que se suscite la incidencia.

Ello viene apoyado por el respecto al derecho a la defensa y por la práctica unánime de los tribunales constitucionales anteriormente mencionados⁷⁶.

75 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 396 y ss.

76 En el caso específico de la sentencia, sin embargo, la Sala señaló: “Sin embargo, en virtud de la homogeneidad con que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido decidiendo el tema –como más adelante se pondrá de relieve–; en vista, además, de que la decisión conllevará una mera definición de la Sala que le compete decidir el fondo de la solicitud, sin que por ello resulte afectado algún derecho sustancial del solicitante, muy al contrario, a través del mismo se garantiza su derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente la faz que guarda relación con el derecho al juez natural, es por lo que la Sala prescindirá en este caso de dicho trámite. Así se establece.” V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 397. Igualmente, la sentencia de la Sala Constitucional n° 806 de 24-04-2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*) en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 179 y ss.

En todo caso, puede considerarse que el Legislador ha reaccionado contra esta doctrina de control concentrado incidental de oficio de la constitucionalidad de las leyes, disponiendo en el artículo 5, párrafo 3º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que la Sala Constitucional sólo puede ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, “en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie *un recurso popular de inconstitucionalidad*”.

Esperemos, por supuesto, que la Sala no vaya a insistir en su tesis y vaya a anular esta norma argumentando que es limitativa de su carácter de guardián de la Constitución.

4. *La actuación de oficio de la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias.*

El control difuso de la Constitucionalidad de las leyes previsto en la Constitución (art. 334) ha sido precisado en el artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica el cual dispuso que de conformidad con lo previsto en la Constitución todo tribunal de la República puede ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto la sentencia respectiva esta expuesta “a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar”. La Ley Orgánica, sin embargo, dejó a salvo, “en todo caso”, que la Sala Constitucional pueda hacer uso, *de oficio o a instancia de parte*, de la competencia de revisión prevista en el numeral 16 del artículo 5 “y se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme”.

Se estableció, entonces legalmente, en relación con los poderes de la Sala Constitucional de revisión de sentencias dictadas por los tribunales en materia de control difuso de la Constitucionalidad previsto en el artículo 336,10 de la Constitución, la competencia de la sala para realizar tal revisión no sólo mediante instancia de parte (recurso de revisión) sino *de oficio*. Ello, por supuesto, hecha por tierra el principio de la cosa juzgada que queda a merced de los Magistrados de la Sala Constitucional sin que pueda existir control alguno sobre el controlante.

5. *La actuación de oficio de la Sala Constitucional en materia de avocamiento*

Por otra parte, una competencia que en la Ley Orgánica de 1976 estaba reservada a la Sala Político Administrativa⁷⁷, como la excepcionalísima atribución de avocarse al conocimiento de causas que cursaren en otros Tribunales, siempre a instancia de parte, la Ley Orgánica de 2004 en su artículo 5, párrafo 1º, 48, no sólo la ha extendido a todas las Salas, sino que ha incluido además la posibilidad del avocamiento de oficio, al prescribir como competencia de las Salas:

“5. P1. 48. Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente”.

En esta forma, el orden procesal, la garantía del debido proceso y el derecho a la doble instancia ha quedado a la merced de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

III LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE ANTEJUICIOS DE MÉRITOS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE ALTOS FUNCIONARIOS

Conforme al mismo artículo 5, párrafo 1º, numeral 2 de la Ley Orgánica, corresponde a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, conforme se indica en el artículo 266,2 de la Constitución, declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo, de los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros, del Procurador General de la República, del Fiscal General de la República, del Contralor General de la República, del Defensor del Pueblo, de los Gobernadores, de los “Oficiales, Generales y Almirantes de la Fuerza Armada Nacional, en funciones de comando”, y de los Jefes de Misiones Diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.

⁷⁷ Sustituye el artículo 42,29 LOCSJ, con texto similar.

Sobre esta atribución en materia de antejuicio de mérito, puede decirse que la Ley Orgánica ha consolidado el ilegítimo cambio que se hizo al texto de la Constitución de 1999, cuando se reimprimió el 24 de marzo de 2000⁷⁸, al beneficiar del antejuicio de mérito, no sólo a los “oficiales generales y almirantes” de la Fuerza Armada (como decía la norma original), sino a todos los “oficiales” (“Oficiales, Generales y Almirantes”, dijo entonces la norma), lo cual, en definitiva no sólo no fue la intención del Constituyente sino que no estaba en el texto de la Constitución publicada el 30 de diciembre de 1999⁷⁹.

Pero además de esta regularización del ilegítimo cambio constitucional, ahora la Ley Orgánica, restringe el beneficio del antejuicio de mérito, sólo a los oficiales (“Oficiales, Generales y Almirantes”) “en funciones de comando”, lo cual en nuestro criterio, por lo que se refiere a los generales y almirantes constituye a una restricción claramente inconstitucional, por no estar autorizada en el texto de la Constitución.

Por otra parte, el Legislador, en este artículo, no corrigió la falla por omisión en que había incurrido el Constituyente cuando en la enumeración contenida en el artículo 266,3, ignoró al Poder Electoral como quinto Poder Público (Art. 136 de la Constitución)⁸⁰, y omitió del beneficio del antejuicio de mérito a los rectores del Consejo Nacional Electoral. Precisamente, conforme al ordinal 9 del mismo artículo 266 de la Constitución, correspondía a esta Ley Orgánica haber corregido esa discriminación injustificada respecto de los rectores del Consejo Nacional Electoral.

IV. LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE AVOCAMIENTO

1. *El avocamiento como competencia de todas las Salas*

Antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica, ya la Sala Constitucional había negado el monopolio que en materia de

78 *Gaceta Oficial* n° 5.453 Extra de 24-03-2000

79 *Gaceta Oficial* n° 36.860 de 30-12-1999. V. lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, Caracas 2004, Tomo II, p. 1.277.

80 V. lo expuesto sobre ello por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 45 de 17-05-2000, en *Revista de Derecho Público*, n° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 181

avocamiento tenía la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo conforme a la Ley Orgánica de 1976.

En efecto, mediante sentencia n° 456 de 15 de marzo de 2002 (Caso: *Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público, Municipio Pedro Zaraza, Estado Carabobo*) la Sala Constitucional se declaró competente para conocer de solicitudes de avocamiento en jurisdicción constitucional (respecto de juicios de amparo)⁸¹; considerando en otra sentencia n° 806 de 24 de abril de 2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*) como nula la norma de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 (Art. 43) que consagraba la figura del avocamiento como competencia exclusiva de la Sala Político Administrativa, en virtud de que “es incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia a nivel del máximo Tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo en tal sentido”; señalando además que:

“Esta Sala Constitucional, no obstante la claridad y laconismo con que fue redactado el precepto, objeta el monopolio que se desprende de la lectura conjunta de ambos artículos, en lo que respecta a que el trámite de las solicitudes de avocamiento sea una facultad exclusiva y excluyente de Sala Político Administrativa.

Es decir, y sobre ello ahondará seguidamente, esta Sala es del parecer que tal potestad es inconsistente desde el punto de vista constitucional, y que la misma corresponde, en un sentido contrario a como lo trata dicho dispositivo, a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según que el juicio curse en un tribunal de instancia de inferior jerarquía a la Sala que en definitiva decida examinar la petición (aquí el vocablo *inferior* se entiende en sentido amplio, ya que algunas de estas Salas no son propiamente *alzada* de dichos tribunales; tal sucede con las de casación)...

Llegado este punto, siendo, pues, que la facultad de avocamiento conferida a la Sala Político Administrativa por el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no está prevista en la Constitución, ni se deduce de ella, ni la justifica su texto, y que, por el contrario, conspira contra el principio de competencia que informa la labor que desempeñan las Salas del máximo tribunal de la República (art. 232), esta Sala concluye en que dicho precepto resulta inconstitucional...

81 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

Tales declaraciones no son, propiamente, precedentes de la posición que mantiene esta Sala Constitucional respecto al tema, toda vez que en ellas se sostuvo, al mismo tiempo, que dicha facultad excepcional, no obstante las referidas limitaciones, resultaba de la *exclusiva* potestad de dicha Sala Político Administrativa (*Vid.* sobre el punto de la exclusividad: *ob. cit.* pp. 40 y 41). Criterio de exclusividad que ha sido expresamente abandonado por esta Sala desde su sentencia n° 456 del 15-03-02, caso: *Mariela Ramírez de Cabeza*. Lo que sí comparte es lo relativo a que la Sala Político Administrativa no estaba constitucionalmente facultada para examinar solicitudes de avocamiento ni adentrarse a su conocimiento cuando de conflictos ajenos a su competencia natural se tratara.

Pero, para prestar un mejor servicio a la justicia, esta Sala Constitucional dará, en atención a sus propias competencias, un giro en este camino, pues declarará que tal competencia (con los límites impuestos por la práctica judicial comentada) debe extenderse a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia⁸².

Esta doctrina ha sido recogida por la Ley Orgánica de 2004, al establecer en su artículo 5, párrafo 1º, 48, la competencia de todas las Salas para poder avocarse al conocimiento de causas que cursen en otros tribunales, así:

“5. P1. 48. Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente”.

En consecuencia se atribuyó a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, se presume, en las materias de su respectiva competencia, la potestad de recabar de cualquier tribunal “otro tribunal”, es decir, distinto del Tribunal Supremo (tribunales de instancia), *de oficio o a instancia de parte*, con conocimiento sumario de la situación, cualquier expediente o causa en el estado en que se encuentre, para resolver si se avoca y directamente asume el conocimiento del asunto o, en su defecto lo asigna a otro tribunal (Artículo 18, párrafo 11º).

Sobre las repercusiones de esta atribución generalizada, la propia Ley Orgánica dispuso que esta atribución debe ser ejercida, como lo indica ahora el artículo 18, párrafo 12º, con suma prudencia,

82 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 179 y ss.

“[Y] sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido”.

En estos casos, prescribe la Ley Orgánica que al admitir la solicitud de avocamiento, la Sala debe oficiar al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y puede ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación; considerándose nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacuerdo por el mandamiento de prohibición (Art. 18, párrafo 13º). La sentencia sobre el avocamiento la debe dictar la Sala competente, la cual puede decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido (Art. 18, párrafo 14º).

El avocamiento por parte de las Salas del Tribunal Supremo, por supuesto, puede ser un instrumento procesal de primera importancia para asegurar la justicia en procesos en los cuales la misma ha sido subvertida; pero a la vez, puede configurarse en el más injusto de los instrumentos procesales precisamente para acabar con la justicia.

2. *El avocamiento como competencia de la Sala Constitucional en relación con las otras Salas del Tribunal Supremo*

Pero además de haber extendido la facultad de avocamiento a todas las Salas, respecto de causas que cursen en “otro tribunal” de instancia (distintos por tanto al propio Tribunal Supremo), la Ley Orgánica ha atribuido en particular a la Sala Constitucional en el artículo 5, párrafo 1º, ordinal 4, la facultad de avocarse “al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley,

la competencia le esté atribuida a otra Sala". En esta forma, las causas que cursan ante las diferentes Salas han quedado a la merced de la Sala Constitucional, la cual puede subvertir el orden procesal, con sólo "presumir fundamentadamente" la violación de principios constitucionales.

V. ALGUNAS INNOVACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUICIOS DE NULIDAD EN GENERAL

En relación con los juicios de nulidad en general, es decir, con los procesos constitucionales de control de la constitucionalidad de las leyes y los procesos contencioso-administrativos contra los actos administrativos, la Ley Orgánica ha introducido algunas innovaciones, por ejemplo, al establecer un procedimiento uniforme; y al regular el carácter subjetivo del proceso en los juicios de nulidad.

1. *La regulación uniforme del procedimiento*

La primera innovación importante de la Ley Orgánica, en efecto, ha sido la uniformización del procedimiento en los casos de impugnación de actos estatales, de manera que tanto los procesos constitucionales como en los contencioso administrativos tienen un mismo procedimiento. Como lo ha reconocido la Sala Constitucional en la sentencia n° 1645 de 19 de agosto de 2004:

"Los dos procedimientos principales que contenía la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia eran el concebido para tramitar la demanda de anulación de actos de efectos generales y el establecido para el caso de la impugnación de actos de efectos particulares. La ley vigente eliminó esa distinción, estableciendo reglas comunes, salvo aspectos sólo aplicables a un caso (como la petición de antecedentes administrativos) y dejando también a salvo la existencia de ciertas especificidades (como la legitimación y los plazos, más restringidos, como es natural, para la demanda contra actos individuales)".

2. *El carácter subjetivo del proceso en los juicios de nulidad*

La Ley Orgánica de 2004 también estableció en materia de juicios de nulidad (control de la constitucionalidad de las leyes y contencioso-administrativo de anulación), una innovación sustancial consistente en establecer respecto de los mismos un verdadero proceso, a cuyo

efecto ha dispuesto que las acciones se deban formular mediante “demandas”, prescribiendo además la necesidad de “citar” a quienes se consideran como demandados. Ello configura el proceso conforme al esquema del proceso ordinario, en el cual se entabla una *litis* entre demandante y demandado

Por ello dispone la Ley Orgánica, que en el auto de admisión de las demandas, el Juzgado de Sustanciación (Art. 19, párrafo 5º; artículo 21, párrafo 12º) debe ordenar “la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto”; y debe ordenar “la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicarán en un diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de 10 días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados”. El recurrente está obligado a consignar un ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los 3 días siguientes a su publicación, de manera que el incumplimiento de esta obligación se entiende que desiste del recurso, y se debe ordenar el archivo del expediente.

En el auto de admisión de la demanda también se debe *citar* al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, quien debe consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes; y al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República.

Ahora bien, al establecer estos principios sobre el carácter subjetivo del proceso, sin embargo, la Ley Orgánica omitió completar el esquema y disponer expresamente una oportunidad para que tuviera lugar el acto de contestación de la demanda. La omisión legislativa podía suplirse interpretando que para el órgano del ente público autor del acto impugnado, conforme al artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, la contestación podía ocurrir dentro de los 20 días siguientes a la citación. Sin embargo, en virtud de que el artículo 21, párrafo 12º de la Ley Orgánica establece para los interesados emplazados por cartel, un lapso de comparecencia de 10 días contados a partir de la publicación del mismo o de la notificación del último de los interesados, la Sala Constitucional, en sentencia n° 1645 del 19 de agosto de 2004 (Caso: *Gregorio Pérez Vargas, Impugnación de la Constitución Federal del Estado Falcón*), ha interpretado la norma concluyen-

do, y ha “legislado” estableciendo que el acto de contestación debe ocurrir en un acto oral al cual deben ser convocadas las partes una vez transcurrido el referido lapso de 10 días.

En dicha sentencia, sobre el carácter subjetivo del proceso, la Sala observó que en la nueva Ley Orgánica se había variado la denominación “usada por la ley derogada: “notificación” en lugar de “citación”; explicando que “Ese cambió tal vez obedeció al continuo reclamo doctrinal y jurisprudencial a favor de la naturaleza subjetiva de los procesos, que exige hablar de verdaderas partes y relegar la idea de procesos objetivos, en puro interés del derecho, sin nadie a quien citar para que comparezca al juicio, sino sólo notificar para que esté enterado de su existencia”. Sin embargo, sobre los alcances de la reforma, la propia Sala señaló que:

“Si ése fue el propósito, sin embargo poco logró el legislador: en realidad no cambió el fondo; únicamente lo hicieron los términos. Tras las nuevas citaciones no hay nada distinto a las anteriores notificaciones. Unas y otras no están establecidas dentro de un verdadero proceso subjetivo –un conflicto entre partes–, sino como mecanismos para poner en conocimiento de interesados –obvios, en el caso del autor del acto; posibles, en el caso de los particulares distintos al recurrente– la existencia de la demanda. Lo anterior parece irrefutable si se piensa que el legislador olvidó incluir un elemento esencial en toda citación: el emplazamiento para comparecer ante el Tribunal. Con la citación, en lenguaje procesal, en realidad se cumplen dos cometidos: uno, hacer del conocimiento del citado la existencia de una demanda que ha sido admitida; y dos, emplazarle para presentarse en el tribunal (emplazamiento y comparecencia).

En la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, sólo hay un plazo para la comparecencia: el preceptuado para los usualmente denominados terceros interesados, es decir, aquellos que acuden al tribunal en virtud del cartel publicado en prensa. A ellos se les conceden diez días hábiles “a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados”. Se observa como la ley retoma el término “notificación” de los interesados, cuando poco antes se refiere a su citación. Ello tiene su razón: el legislador estaba consciente de que el único verdaderamente citado es el autor del acto, aparte de la Procuraduría General, como representante de la República. Ni el Fiscal General de la República ni los terceros cuya identidad es imprecisa son citados: se les invita a participar. Son notificados del proceso; si es su deseo, in-

tervendrán; si no lo consideran necesario, no lo harán. Por supuesto, los llamados por cartel pueden demostrar un interés tal que los convierta en partes, como lo son el demandante y el demandado, y con ese carácter de partes –sobrevinidas– se comportarán en el juicio, teniendo las facultades que esa condición les da.

Puede notarse, entonces, que aparte de que el legislador no regula con cuidado la institución de la citación y la notificación, incurre en el error de fijar la petición de apertura del lapso probatorio para el momento en que se practique la citación, pero no da plazos para que los citados se presenten en el tribunal. Por supuesto, no puede pensarse que la solicitud la harán el mismo día en que la citación se practica –imposible exigir tal premura, cuando no se conoce bien el caso–, pero tampoco puede dejarse indefinido el momento en que precluye la oportunidad para hacerlo. Para la Sala, pues, es obligatorio indicar cuál será ese momento, para lo cual se hacen las consideraciones siguientes:

La intención del legislador parece ser que las partes, una vez que estén citadas, puedan informar al Tribunal acerca de su deseo de que la causa cuente con un lapso probatorio. *Para ello es imprescindible emplazarles para un acto al que deberán comparecer. El único plazo, según lo indicado, es el previsto para los llamados interesados: diez días hábiles. La ley indica que ese plazo se cuenta desde la publicación del cartel o de la última notificación de los interesados, lo que para la Sala no puede tener otro sentido que el de la última citación en los casos en que no se publique cartel, al no ser esa publicación obligatoria.*

Para la Sala, debe actuarse de manera similar al caso de los juicios de amparo constitucional: es decir, citar a las partes para que comparezcan ante el Tribunal. Esa comparecencia tendrá por objeto informarles acerca de la realización de un acto al que también deberán comparecer y que será la ocasión para solicitar la apertura del lapso probatorio. Esta Sala debe, al respecto, observar lo siguiente:

Una de las innovaciones más relevantes en el ámbito judicial venezolano fue la disposición constitucional –de 1999– acerca de la oralidad en los procesos. Bastante se ha destacado ese particular, por lo que no es necesario insistir en su importancia. La experiencia, de hecho, se ha encargado de confirmar la celeridad que proporciona el método oral, amén de la sensación de cercanía entre partes y jueces.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia logró, pero sólo parcialmente, incorporar esa novedad. El artículo 19, párrafo 9, contiene la obligatoriedad de informes orales. Se abandonan así los informes escritos que preveía la ley derogada, la cual únicamente establecía la ora-

lidad a instancia de parte. En el nuevo régimen la oralidad de los informes es la regla, sin admitir excepciones.

Ahora bien, cuando se lee la totalidad de la nueva ley se puede verificar que la oralidad está ausente del resto del proceso. La Sala estima que ello constituye un apartamiento de la voluntad del Constituyente, que ha querido un proceso fundamentalmente oral y no sólo de manera muy parcial. La demanda contra una ley, es cierto, amerita un escrito concienzudo que tal vez sea innecesario en casos más sencillos, pero ello no es suficiente para que en todo el procedimiento –salvo los informes– se prescindiera de la oralidad. Por el contrario, el legislador debió seguir el espíritu de la letra de la Constitución y prever actos orales.

En criterio de la Sala, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia carece de un acto oral al inicio del procedimiento. Lo correcto es que partes e interesados comparezcan ante el Tribunal a imponerse de los términos de la controversia. Como la ley sí prevé que las partes pueden solicitar la apertura de lapso probatorio, la Sala estima prudente regular el procedimiento de forma de permitir que ello se haga de forma oral, en un acto que, además, satisfaga otros dos principios procesales: el de concentración y el de inmediación”.

En todo caso, y a pesar de todas las fallas advertidas por la Sala Constitucional, con esta disposición puede decirse que se consolidó el carácter de proceso subjetivo del contencioso de anulación de los actos administrativos⁸³, en el cual además de ser un juicio contra un acto administrativo en relación al cual se solicita del juez declare su nulidad, en el mismo puede haber pronunciamiento de condena que se pretenden *como consecuencia de la anulación*. Por tanto, en el contencioso de los actos administrativos, contrariamente a lo que ocurría conforme a la Ley Orgánica de 1976, ahora se demanda a la persona jurídica de derecho público o estatal que dictó el acto recurrido y no sólo se impugna el acto, pudiendo además, formularse pretensiones de condena contra dichas personas de derecho público u otros entes que hayan dictado el acto. Por tanto, ahora, en el contencioso de los actos administrativos si hay propiamente un demandante y un demandado, debiendo citarse al representante del organismo o al fun-

83. Como lo señaló la antigua Corte Suprema, el recurso de nulidad debe considerarse como un recurso "subjetivo" pues "se protege la integridad de la norma sólo en función de la situación jurídica subjetiva igualmente alterada". V. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 03-10-85 en *Revista de Derecho Público*, nº 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 156-162.

cionario que haya dictado el acto, e invitarse a los interesados en la impugnación del acto recurrido o en la defensa del mismo, para que se hagan parte.

VI. ALGUNAS INNOVACIONES EN RELACIÓN CON LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE CONTROL CONCENTRADO

1. *El objeto de impugnación en los procesos constitucionales de control concentrado de la constitucionalidad*

De acuerdo con los ordinales 6, 7 y 8 del artículo 5º, párrafo 1º de la Ley Orgánica, el control concentrado de la constitucionalidad se ejerce por la Sala Constitucional en relación con:

-las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional;

-las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados, Municipios y del Distrito Capital, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución;

-los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional; y

-los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución.

Además, el ordinal 9 de la misma norma agregó la competencia de la Sala Constitucional para declarar la nulidad total o parcial de

-los actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del Poder Público, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, cuando colidan con ésta y que no sean reputables como actos de rango legal.

Lamentablemente en la identificación del objeto de la acción de inconstitucionalidad en este último caso, el Legislador no sólo no lo calificó como “control concentrado de la constitucionalidad”, como lo hizo en los tres ordinales anteriores, perdiendo la coherencia normativa, sino que no entendió las disposiciones constitucionales (arts. 334, 336,4) que se refieren al control de constitucionalidad de los “actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución”, los cuales precisamente por ello, tienen rango legal, aún cuando puedan no tener valor de ley.

Las categorías de actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y los actos con rango de ley, no son excluyentes. Los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por otra parte, por ello mismo sólo pueden estar regulados por sus normas y no admiten que se pueda dictar ley alguna para regularlos. No es lo mismo, por tanto, un acto estatal dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, que una norma constitucional de aplicación directa e inmediata. Ello, lamentablemente, se ha confundido en forma inaceptable por la Sala Constitucional en la sentencia n° 566 de 12-04-2004 (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*) mediante la cual la Sala Constitucional se avocó al conocimiento de la causa relativa al referendo revocatorio presidencial que competía a la Sala Electoral ⁸⁴, considerando que los actos administrativos impugnados ante la misma supuestamente eran actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

2. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes como incidente con motivo del control difuso de constitucionalidad efectuado por otras Salas del Tribunal Supremo*

Con motivo del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, particularmente por parte de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional había venido desarrollando un mecanismo de control abstracto, vía incidente, de constitucionalidad de las leyes, identificando incluso poderes de control de oficio de la constitucionalidad.

Es decir, partiendo del control difuso, la Sala Constitucional ha desarrollado otro mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad, al poder declarar la nulidad con efectos generales de disposiciones legales por vía de lo que ha llamado incidente de constitucionalidad.

En efecto, mediante sentencia n° 1225 de 19 de octubre de 2000, la Sala Constitucional trató el tema referente a la derogación tácita de

84 V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El toral y de la sala Electoral del tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Ediciones El Nacional, Caracas 2004, pp. 133 y ss. V. este trabajo en la Tercera Parte de este libro, páginas 197 y ss.

leyes preconstitucionales por la entrada en vigencia de la Constitución, respecto de lo cual señaló que correspondiéndole “declarar la derogatoria con efectos *erga omnes* y *pro futuro* de una norma de rango legal vía la cláusula derogatoria única constitucional, en virtud del monopolio que en materia de protección constitucional le asigna la Constitución”, tal poder podría “desplegarlo la Sala *aun de oficio* en los casos que le toque resolver, o a través de un recurso directo de inconstitucionalidad”.

Sin embargo, al constatar la Sala la posibilidad de que mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes previsto en el artículo 334 de la Constitución, otras Salas del Tribunal Supremo o cualquier tribunal de la República pudieran desaplicarlas “respecto al caso concreto, sin tener que emitir pronunciamiento alguno sobre su derogación, pero sí sobre su incongruencia material con alguna norma constitucional”; precisó que:

“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”⁸⁵.

Esta doctrina jurisprudencial, particularmente en relación con las otras Salas del Tribunal Supremo, ha sido ahora regulada expresamente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, al imponerse la obligación a sus Salas de informar a la Sala Constitucional sobre las decisiones que adopten en materia de control difuso, a los efectos de que esta resuelva en abstracto sobre la inconstitucionalidad de la ley respectiva.

En efecto, en el artículo 5º, párrafo 1º,22 de la Ley Orgánica se atribuyó a la Sala Constitucional competencia para efectuar el “examen abstracto y general sobre la constitucionalidad de una norma previamente desaplicada mediante control difuso de la constitucionalidad por una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, absteniéndose de conocer sobre el mérito y fundamento de la sentencia pasada con

85 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 259-260.

fuerza de cosa juzgada”; a cuyo efecto, en el artículo 5º, párrafo 5º de la Ley Orgánica se dispuso que:

“De conformidad con el numeral 22 de este artículo, cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia haga uso del control difuso de la constitucionalidad, únicamente para un caso concreto, deberá informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcances de la desaplicación adoptada para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, absteniéndose de revisar el mérito y alcance de la sentencia dictada por la otra Sala, la cual seguirá conservando fuerza de cosa juzgada. En caso que el examen abstracto de la norma comporte la declaratoria total o parcial de su nulidad por inconstitucional, la sentencia de la Sala Constitucional deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio, de ser el caso”.

Por supuesto, en este caso, la Sala Constitucional estaría obligada a iniciar el proceso constitucional de inconstitucionalidad de las leyes, abriendo el contradictorio y citando mediante cartel, a todos los que puedan tener interés en ello, aplicando analógicamente el procedimiento del proceso constitucional de inconstitucionalidad de las leyes regulado para cuando se inicia mediante acción popular.

VII. LAS INNOVACIONES EN CUANTO A LA AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN

La Constitución había regulado el proceso constitucional de control de la constitucionalidad de las omisiones del Legislador (Art. 336,7), el cual se ha recogido en el artículo 5, párrafo 1º,12 de la Ley Orgánica, al atribuirse a la Sala Constitucional, competencia para:

“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estadal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, *sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o exlimitación de atribuciones*”.

La última frase subrayada constituye un agregado del Legislador respecto de lo que dispuso la Constitución, con la cual puede considerarse que el Legislador ha liberado a priori a la Sala Constitucional de cualquier usurpación, a pesar de que pudiera incurrir en excesos en cuanto a los lineamientos que pudiera establecer para la corrección de la omisión por parte del órgano legislativo.

La verdad es que el control de la inconstitucionalidad por omisión no puede implicar en caso alguno, que la Sala pueda sustituirse en el ejercicio de la competencia del órgano legislativo omiso, y asumir y ejercer su competencia; es decir, la Sala no puede, a pesar de la exoneración *a priori* de la Ley, usurpar las funciones del órgano legislativo. Ello sucedió, por ejemplo, en la sentencia n° 2341 de 25-08-2003 (Caso: *Hermann Escarrá y otros*) mediante la cual la Sala Constitucional designó a los rectores del Consejo Nacional Electoral, usurpando las funciones del órgano de representación popular. Conforme a la Constitución, sólo la Asamblea y mediante una votación de mayoría calificada de los 2/3 de los diputados (Art. 296), y con la participación de la sociedad civil (Comité de Postulaciones Electorales) puede designar dichos funcionarios, y la omisión de la Asamblea no puede ser “suplida” por la Sala Constitucional, pues ésta ni es un órgano de representación popular ni hay forma ni manera alguna cómo pueda reflejar la mayoría calificada requerida de la representación popular⁸⁶. En este caso hubo usurpación de funciones, tal como la habría si a la Sala Constitucional, por ejemplo, se le ocurriera actuar como cuerpo legislador y sancionar una ley ante la omisión de la Asamblea Nacional en hacerlo.

Pero la Ley Orgánica en su artículo 5, párrafo 1°¹³, además, amplió las competencias de la Sala Constitucional, al regular el control de las omisiones de *cualesquiera otros órganos del Poder Público*, respecto del cumplimiento de obligaciones directamente establecidas en la Constitución, al atribuirle competencia para:

“13. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respec-

86 V. sentencia n° 2341 de 25-08-2003 (Caso: *Hermann Escarrá y otros*), y los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004, pp. 43 y ss.

to a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Esta disposición, tal como está redactada, implicaría la concentración en la Sala Constitucional, por ejemplo, del conocimiento de todas las acciones de amparo contra las conductas omisivas de los entes y funcionarios públicos en el cumplimiento de las obligaciones que resultan de todos los derechos constitucionales, ya que las normas que los regulan son de aplicación directa e inmediata. Habrá que esperar el desarrollo jurisprudencial de esta competencia para determinar la intención del Legislador.

VIII. LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS.

1. *La reducción del objeto del recurso de revisión constitucional de sentencias que había sido ampliado por la Sala Constitucional*

De acuerdo con la innovación consagrada en el artículo 336,10 de la Constitución, que se recoge en el artículo 5, párrafo 1º,16 de la Ley Orgánica, la Sala Constitucional tiene competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión de sentencias dictadas en materia constitucional, así:

- “16. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República”.

Se trata de una competencia que tiene por objeto establecer la uniformidad de la aplicación e interpretación constitucional, al permitirle a la Sala Constitucional conocer, a su discreción, de los recursos extraordinarios de revisión que se intenten contra sentencias definitivamente firmes de los tribunales en materia de amparo y de control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

En particular, sobre las sentencias dictadas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, el artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica, dispuso que “de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo tribunal de la República podrá ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia

estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar”. Dicho artículo dejó “a salvo en todo caso”, como se ha dicho, que la Sala Constitucional pueda hacer uso, *de oficio o a instancia de parte*, de la competencia de revisión prevista en el numeral 16 del artículo 5 “y se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme”.

El objeto de esta potestad de revisión de sentencias, sin embargo había sido ampliado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de manera que mediante sentencia n° 93 de 6 de febrero de 2001 (Caso: *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), la Sala agregó como objeto de revisión otras sentencias dictadas por las Salas del Tribunal Supremo u otros tribunales, distintas a las dictadas en materia de amparo o de control difuso de constitucionalidad, afirmando su potestad para revisar, además de estas, las siguientes:

- “3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.
4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional”⁸⁷.

La Sala Constitucional, por otra parte, en sentencia n° 727 de 8 de abril de 2003 continuó precisando las sentencias que podían ser objeto del recurso extraordinario de revisión, indicando que además de las sentencias de amparo constitucional y las sentencias de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas fundamentadas en un errado control de constitucionalidad, podían ser objeto del recurso de revisión”:

87 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 414-415.

“(iii) Las sentencias que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional y (iv) Las sentencias que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás juzgados del país apartándose u obviando, expresa o tácitamente, alguna interpretación de la Constitución que contenga alguna sentencia de esta Sala con anterioridad al fallo que sea impugnado”⁸⁸.

En esta forma, la Sala Constitucional amplió el ámbito de su potestad constitucional revisora de sentencias dictadas en juicios de amparo o con motivo de control difuso de la constitucionalidad, abarcando otras sentencias, incluso las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo, lo que constituye una limitación no autorizada en la Constitución al debido proceso y al derecho a la cosa juzgada, con importantes repercusiones en el ámbito de la seguridad jurídica y del Estado de derecho. La Sala Constitucional en efecto, luego de analizar la garantía del debido proceso en relación con la revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes, en sentencia n° 93 de 6 de febrero de 2001 (Caso: *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), extendió su potestad revisora en relación con sentencias que -por supuesto a juicio de la propia Sala- “se aparten del criterio interpretativo de la norma constitucional que haya previamente establecido la Sala”; para lo cual simplemente se preguntó: “¿puede esta Sala, de conformidad con lo establecido en la Constitución, revisar las sentencias definitivamente firmes diferentes a las establecidas en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución que contraríen el criterio interpretativo que esta Sala posee de la Constitución?”. La respuesta a la pregunta, la formuló la Sala interpretando el artículo 335 de la Constitución, en particular en cuanto establece el carácter vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales; del cual dedujo que “las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la República están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales”.

88 Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala Electoral en fecha 21 de noviembre de 2002*, en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

Sin embargo, a pesar de todas estos razonamientos, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo volvió a llevar el asunto a su límite constitucional, en el sentido de que las únicas sentencias que pueden ser objeto del recurso de revisión dictadas por los tribunales, son las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República.

Pero si bien la innovación de la Ley Orgánica en este caso fue reducir el ámbito del objeto (sentencias revisables) de la potestad revisora, la Ley Orgánica incorporó otra innovación ya mencionada que es la previsión expresa de la posibilidad de ejercicio de la potestad revisora, de oficio, por la Sala Constitucional, lo que como se dijo, deja a la merced de la misma el principio de la cosa juzgada y acaba con el principio dispositivo.

2. *La ampliación de la competencia de la Sala Constitucional para revisar sentencias de las otras Salas*

Sin embargo, la antes mencionada reducción del ámbito de las sentencias revisables a los límites constitucionales, no se aplica a la revisión de las sentencias dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de las cuales, al contrario, se ha producido una ampliación de la competencia de la Sala Constitucional para revisarlas.

En efecto, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Constitucional relativa a la ampliación de sus competencias de revisión de sentencias distintas a las dictadas en materia de amparo o de control difuso de la constitucionalidad dictadas por otras Salas del Tribunal, la Ley Orgánica ha “regularizado” esta tendencia atribuyendo además a la Sala Constitucional en el artículo 5, párrafo 1º,4 de la Ley Orgánica, competencia para:

- “4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación...”

IX. ALGUNAS INNOVACIONES EN EL PROCEDIMIENTO EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. *La uniformización del procedimiento en el contencioso administrativo de anulación*

Con la Ley Orgánica de 2004, el procedimiento contencioso administrativo puede decirse que se ha uniformizado (Art. 21, párrafo 9º y ss.), siendo por tanto básicamente el mismo sea que se trate de la anulación de un acto administrativo de efectos generales, de un acto administrativo de efectos particulares o de un acto administrativo bilateral (contratos públicos). Por tanto, la distinción entre los actos administrativos de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares como objeto de impugnación, que había adoptado la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 para regular dos procedimientos distintos, queda ahora sólo de interés para definir la legitimación activa para la impugnación de los actos administrativos, así como para determinar el lapso de caducidad, la solicitud de antecedentes administrativos y la posibilidad de suspensión de efectos de los actos impugnados (Art. 21, párrafo 22º).

2. *El tema del lapso para la interposición de la acción contra actos administrativos particulares y el silencio administrativo*

De acuerdo con el artículo 21, párrafo 21º de la Ley Orgánica las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos particulares de la Administración:

“[C]aducarán en el término de seis (6) meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquélla no se efectuare, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa (90) días continuos, contados a partir de la fecha de interposición del mismo”.

Esta norma recoge los mismos principios que estaban establecidos en la Ley de 1976 (Art. 134), pero en la misma constituye una única novedad, el establecimiento de que los 90 días referidos de silencio administrativo en la decisión de los recursos administrativos se cuentan como días “continuos”, cuando conforme a los artículos 42 y 91

de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos deberían contarse como días hábiles, tal y como además lo precisó la sentencia de la Sala Constitucional de 31-07-2003 (de revisión de la sentencia de la Sala Político Administrativa n° 1.378 de 26-11-2002 Caso: *RCTV C.A.*) en la cual se consideró inconstitucional la interpretación que la Sala Político Administrativa había dado a la norma del artículo 134 de la derogada Ley (que hablaba de días continuos) en el sentido ahora regulado en la nueva Ley Orgánica.

3. *El tema de la legitimación activa (interés personal, legítimo y directo) en la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares*

La Ley Orgánica, en efecto exige un simple interés a los efectos de la impugnación de actos administrativos de efectos generales (acción popular), y un interés personal, legítimo y directo para la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares (Art. 21, párrafo 9° LOTSJ); distinción que en nuestro criterio, sigue estando referida al carácter normativo o no normativo de los actos recurridos.

Así, los actos administrativos de efectos generales son los actos normativos, cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables; en cambio, los actos administrativos de efectos particulares, son los que no tienen carácter normativo, y cuyos destinatarios o es un sujeto de derecho (acto individual) o una pluralidad de ellos, pero determinados o determinables (acto general)⁸⁹.

En esta materia debe recordarse, sin embargo, que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de 2004, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, habían venido flexibilizando las condiciones de legitimación que establecía la Ley Orgánica de 1976 (y que son las mismas ahora recogidas en la Ley de 2004), habiendo llegado a considerar que a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, había quedado tácitamente derogado el criterio legitimador del “interés personal y directo” exigido en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y ahora ratificado en la Ley

89. Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*. Caracas, 1977, pp. 7-10.

Orgánica de 2004, considerando que el mismo resultaba incompatible con los principios que establece la nueva Constitución, habiendo quedado reducido el criterio legitimador al “interés legítimo”.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en efecto, en sentencia n° 873 de 13 de abril de 2000 (Caso: *Banco FIVENEZ vs. Junta de Emergencia Financiera*), consideró que el criterio con el cual el juez debía analizar el interés del recurrente debía ser amplio, favorable al derecho constitucional al acceso a la justicia, lo que la condujo a interpretar el concepto de interés legítimo con criterio más bien amplio y progresivo y no restrictivo. Y así, partiendo del artículo 26 de la Constitución que garantiza el derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, así como a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente; en relación con la exigencia legal de que el impugnante de los actos administrativos de efectos particulares sea titular de un interés personal legítimo y directo en impugnar el acto, lo que implica “una relación directa entre el acto que se impugna y el sujeto que lo impugna, de manera que la actividad administrativa afecte de manera particular la esfera jurídica del administrado”; señaló lo siguiente:

“Se aprecia, pues, que los criterios de legitimación fijados en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no son coincidentes con los de la nueva Constitución: la legitimación prevista en la citada Ley es más restringida que la de la Constitución de 1999. El concepto de “interés” es obviamente más amplio que el de “interés personal, legítimo y directo”. De allí que considera esta Sala que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, ha quedado tácitamente derogado el criterio legitimador exigido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues dicho criterio resulta incompatible con los principios que establece la nueva Constitución (Disposición Derogatoria única de la Constitución de 1999), al menos en lo que respecta a la exigencia de que el interés legitimador sea personal y directo.

En efecto, el interés para recurrir que exige la nueva Constitución, obviamente, sigue siendo “legítimo”, ya que el ordenamiento jurídico no puede proteger intereses ilegítimos. La legitimidad del interés es consustancial al interés como criterio de legitimación para la admisión del recurso contencioso administrativo, pues el ordenamiento jurídico no puede otorgar protección a los particulares en razón de intereses contrarios a la Constitución o a las leyes. Sin embargo, en lo que respec-

ta a la condición de “directo”, debe afirmarse que, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución no se puede exigir tal condición a los recurrentes. Así que, cuando el particular pueda obtener de la impugnación del acto administrativo una ventaja o evitar un perjuicio, aunque no exista una relación inmediata entre la situación derivada o creada por el acto administrativo y el recurrente, debe admitirse que éste es titular de un “interés indirecto”, lo cual lo legitima para ejercer el recurso contencioso administrativo.

No pueden, pues, los tribunales de lo contencioso administrativo, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, inadmitir los recursos contencioso administrativos con fundamento en que el recurrente no es titular de un “interés directo”, pues la nueva Constitución no exige este requisito, razón por la cual ha de entenderse suficientemente legitimado para actuar quien ostente un “interés indirecto” en la resolución del asunto. Tal restricción es contraria frontalmente al artículo 26 de la nueva Constitución, antes transcrito; derecho que, por su carácter constitucional, vincula de forma inmediata y directa a todos los poderes públicos y, en especial, a la administración pública y al poder judicial, cuyos órganos están obligados en consecuencia a admitir en base al mismo la impugnación de actos por todas las personas que actúen en defensa de sus intereses legítimos. Es suficiente, pues, que se tenga un interés conforme con el ordenamiento jurídico, aunque dicho interés no sea personal y directo, impugnar actos de efectos particulares como actos de efectos generales. En lo que respecta a la exigencia de que el interés sea “personal”, debe señalarse que la nueva Constitución permite el acceso a la justicia para la defensa de los intereses “difusos” y “colectivos”. En efecto, el concepto de interés previsto en la nueva Constitución abarca los intereses estrictamente personales así como los intereses comunes de cuya satisfacción depende la de todos y cada uno de los que componen la sociedad.

Ahora bien, por último, cabe destacar que, no puede confundirse la legitimación por simple interés legítimo que exige la nueva Constitución con la denominada acción popular. En esta última, en los casos en que la ley la acuerde, al particular deberá admitírsele la interposición del recurso con independencia de que pueda ostentar un derecho o interés lesionado. El fundamento de la acción popular es la voluntad del legislador, y sólo procede en los casos en que éste la admita”.⁹⁰

90. V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 582-583.

Sin embargo, y a pesar de este criterio jurisprudencial, debe destacarse que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en 2004, en su texto, volvió a repetir el contenido de la norma de la derogada Ley Orgánica de 1976 (norma que había sido considerada tácitamente derogada por la Constitución por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo), exigiéndose de nuevo el interés *personal, legítimo y directo* como condición de legitimación activa para interponer el recurso contencioso de anulación contra los actos administrativos de efectos particulares (Art. 21, párrafo 9º).

4 *El tema del agotamiento de la vía administrativa en la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares*

Otra innovación en materia del procedimiento contencioso administrativo de la Ley Orgánica, es que conforme a su artículo 19, párrafo 6º, al regular las causales generales de inadmisibilidad de las demandas, solicitudes o recursos, en particular en cuanto a la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, la misma eliminó la exigencia del agotamiento de la vía administrativa que establecía el artículo 124,2 de la Ley Orgánica derogada (“Cuando el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa”); agotamiento que se cumplía mediante el ejercicio de los recursos administrativos (jerárquico) que regula la Ley Orgánica de Procedimientos administrativos.

Esta eliminación ha conducido a que dicho agotamiento ahora no sea necesario en materia contencioso administrativa, tal como lo había decidido la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia n° 1609 de 28 de septiembre de 2004 (Caso: *Legisladores del Consejo Legislativo del Estado Aragua vs. Contraloría General de la República*)⁹¹; después de una serie de sentencias contradictorias de la misma Sala (sentencia n° 489 de 27-03-2001)⁹², de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa (sentencia n° 688 de 2604-2001)⁹³, y de

91 Expediente 2004-0659.

92 Caso: *Maribel M. López*, en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 268 y ss.

93 Caso: *Antonio Alves Moreira*, en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 270 y ss.

la Sala Constitucional (sentencia n° 833 de 25-05-2001)⁹⁴. En esta última sentencia, sin embargo, la Sala Constitucional consideraba que estando previsto el agotamiento de la vía administrativa en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se trataba de un requisito esencial para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

5. *La restricción en cuanto a la suspensión de efectos de los actos administrativos impugnados*

Además de la posibilidad para el Tribunal Supremo de dictar las medidas cautelares generales (Art. 19, párrafo 11°), el artículo 21, párrafo 22° de la Ley Orgánica, sólo regula expresamente la posibilidad de suspensión de efectos del acto recurrido en relación con los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, estableciendo lo siguiente:

“El Tribunal Supremo de Justicia podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio”.

Lamentablemente, con esta norma de la Ley de 2004, se retrocedió en la tendencia protectora de los derechos de los administrados que se venía observando en la configuración del proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos de efectos particulares⁹⁵, al establecerse ahora la obligatoriedad para el recurrente de constituir caución para que pueda acordarse la suspensión de efectos de los actos recurridos, lo que por razones económicas viene entonces a restringir el derecho al acceso a la justicia. La Ley derogada de 1976, en esta materia, sólo establecía en su artículo 136, la posibilidad de que el Tribunal pudiera exigir potestativamente (no obligatoriamente) que el solicitante prestase caución suficiente para garantizar las

94 Caso: *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao*, en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 276 y ss.

95 V. Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, pp. 158 y ss.

resultas del juicio. Por ello, dicha Ley de 1976 agregaba que “La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio”. Esta norma se eliminó en la reforma de 2004 dada la previsión de la obligatoriedad de la caución.

Ahora bien, en relación con las leyes y con los actos administrativos de efectos generales, a pesar de que la jurisprudencia había venido admitiendo la posibilidad de suspensión de sus efectos en casos excepcionales, a juicio del juez, nada se reguló sobre ello en la Ley Orgánica de 2004. La mencionada tendencia, sin embargo, había sido ratificada en la sentencia n° 1946 de 16 de julio de 2003 de la Sala Constitucional, así:

“[La] doctrina de la Sala en materia de solicitud de medida cautelar innominada acumulada al recurso de nulidad por inconstitucionalidad (Cfr. fallo n° 1.181/2001, del 29-06, Caso: *Ronald Blanco La Cruz*) ha sido conteste en afirmar que la medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de la disposición impugnada, y que, como tal, constituye una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en la presunta validez intrínseca a todo acto legal, éste tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación en la *Gaceta Oficial*, aplicándose únicamente como medida excepcional cuando sea muy difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado, por lo cual no debe olvidarse que la inaplicación de un instrumento normativo como medida cautelar colide con la presunción de validez de los actos legales y su obligatoriedad desde su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República, de los Estados o Municipios, circunstancia que pone de manifiesto el hecho de que un manejo sin equilibrio de aquella inaplicación causaría un quebrantamiento del principio de autoridad, por tanto, para que pueda ser acordada, tiene que existir una verdadera y real justificación.

Adicionalmente, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en cuanto a que los extremos requeridos por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil son necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el Parágrafo Primero del artículo 588 *eiusdem*, es decir, que debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación cuyo origen ha de ser la aplicación de la norma impugnada, de manera tal que faltando la prueba de cualquier de estos elementos, el Juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar

la medida preventiva, pues estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el Juez debe además realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto”.

En la misma decisión, la Sala estableció las siguientes premisas fundamentales para el otorgamiento o no de solicitudes cautelares innominadas en procedimientos de nulidad por motivos de inconstitucionalidad:

“(i) el carácter excepcional de la inaplicación de una norma, (ii) la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado, (iii) la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitividad de la situación jurídica o derecho que se alega como propio, (iv) la posibilidad efectiva de que se produzcan nuevos daños a la parte actora u otras personas por la aplicación de la norma cuya nulidad se pretende, y (v) la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la sociedad”.⁹⁶.

Como se dijo, sin embargo, la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo nada reguló en la materia, reduciendo la suspensión de efectos sólo respecto de los actos de efectos particulares.

6. *La nueva competencia en materia de reclamaciones por vías de hecho*

En materia de competencias de la Sala Político-Administrativa, puede considerarse como una innovación la que le atribuye el ordinal 27 del mismo artículo 5, párrafo 1º, en materia de reclamo contra vía de hecho imputables a los órganos administrativos, así:

“27. Conocer de las reclamaciones contra las vías de hecho imputadas a los órganos del Ejecutivo Nacional y demás altas autoridades de rango nacional que ejerzan el Poder Público”.

96 Caso: *Impugnación de la Ley de Tierras*. Doctrina reiterada en la sentencia nº 653 de la Sala Constitucional de 04-04-2003 (Caso *Impugnación de las Leyes de Reforma Parcial de las Leyes que establecen el Impuesto al Débito Bancario y el Impuesto al Valor Agregado*).

En este caso, será la jurisprudencia la que irá determinando el ámbito de esta competencia, particularmente en relación con el objeto de la acción de amparo constitucional.

7. *La acción popular en materia de impugnación de contratos públicos*

En materia contencioso administrativa de anulación, la Ley Orgánica, siguiendo la tradición establecida en la Ley Orgánica derogada (Art. 111), estableció la posibilidad de impugnación de contratos o acuerdos que celebre la Administración, pero por personas extrañas a la relación contractual.

En este caso se trata de un proceso distinto al “contencioso de los contratos administrativos”, regulado en el artículo 21, párrafo 2º de la Ley Orgánica como una acción de nulidad, al precisar que:

“Toda persona natural o jurídica, o el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo podrá proponer ante el Tribunal Supremo de Justicia, demanda de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad de contratos, convenios o acuerdos celebrados por los organismos públicos nacionales, estatales, municipales o del Distrito Capital, cuando afecten los intereses particulares o generales, legítimos, directos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas”.

En estos casos, tampoco se trata de un contencioso de las demandas contra los entes públicos que puede intentar el contratante de la Administración con motivo de la ejecución de contratos incluso administrativos (Art. 5, párrafo 1º, 25 LOTSJ), sino de acciones de nulidad intentadas contra contratos, acuerdos o convenciones (sean o no considerados “administrativos”) celebrados por la Administración, particularmente por personas extrañas a la relación contractual, que afecten los “intereses particulares o generales, legítimos, directos, colectivos o difusos de los ciudadanos”.

Se trata, en definitiva, por la legitimación amplia que se consagra, y esta es la novedad, de una acción popular de nulidad que se puede ejercer contra contratos o convenios suscritos por la Administración, y no particularmente contra “contratos administrativos”. En la Ley Orgánica derogada, en cambio, se exigía como legitimación, el interés personal, legítimo y directo del recurrente para la impugnación.

8. *La ampliación de las competencias de los tribunales contencioso administrativos en materia de demandas contra los Estados y los Municipios*

La Ley Orgánica, en el artículo 5, 24, atribuye a la Sala Político-Administrativa competencia para “conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de 70.001 U.T. (Art. 5,24).

Sobre esta competencia, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia n° 1209 de 2 de septiembre de 2004 (Caso: *Declinatoria de competencia. Importadora Cordi C.A. vs. C.A. Venezolana de Televisión*), ha destacado su novedad al indicar que:

“[Se] incorpora como competencia de esta Sala Político Administrativa, conocer de las demandas que se interpongan contra los Estados y los Municipios, así como contra cualquier ente público en el cual la República ejerza un control decisivo y permanente en su dirección o administración (competencia ésta, distinta a la que ya tenía esta Sala, conforme a la ley derogada y que se mantiene en la nueva ley, respecto de las demandas contra la República, los Institutos Autónomos y las empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva)”.

En esta forma, en cuanto a las demandas contra entes públicos, en forma distinta a lo que establecía la Ley Orgánica de 1976, los órganos contencioso-administrativos tienen el conocimiento de aquellas que se refieren no sólo a los *entes nacionales*, sino a los *estadales y municipales*. En cambio, la derogada Ley Orgánica de 1976 establecía que sólo las demandas contra la República caían dentro de la competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos, pues las demandas contra los Estados y Municipios se debían intentar ante los tribunales ordinarios, “de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial”, que eran los competentes para conocer de ellas en primera instancia (Art. 183 LOCSJ).

Debe destacarse que a pesar de esta ampliación competencial contenida en la Ley Orgánica, esta nada reguló respecto de la competencia de la Sala Político Administrativa en los casos de demandas

que intenten los entes públicos (*República, Estados y Municipios*) contra particulares; lo que ha sido suplido por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa en sentencia n° 1315 de 8 de septiembre de 2004 (Caso: *Declinatoria de competencia: Alejandro Ortega O. vs. Banco Industrial de Venezuela*); en la cual estableció la competencia de los tribunales contencioso administrativos, cuando sean los entes públicos los demandantes contra particulares, así:

“En tal sentido, y aunado a las consideraciones expuestas en el fallo antes citado (n° 1209), en atención al principio de unidad de competencia, debe establecer esta Sala que igualmente resultan aplicables las anteriores reglas para el conocimiento de todas las demandas que interpongan cualesquiera de los entes o personas públicas mencionadas anteriormente contra los particulares o entre sí”.

9. *La ampliación de las competencias en materia de demandas contra entes descentralizados no empresariales: fundaciones y sociedades civiles del Estado*

Pero además de las demandas contra la República, los Estados y los Municipios, la Ley Orgánica atribuye a la Sala Político Administrativa según la cuantía, el conocimiento de las demandas contra algún “Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere”.

Con esta redacción lamentablemente no se despejó la duda que derivaba de la norma equivalente de la Ley de 1976, que sólo se refería a acciones contra los Institutos Autónomos y las empresas “en las cuales el Estado tuviera participación decisiva”, lo que llevó a la Sala Político Administrativa en un primer momento a interpretar impropia-mente la expresión “empresas del Estado” en sentido restrictivo, como incluyendo solamente las empresas en las cuales la República directamente fuera accionista, y excluyendo del fuero jurisdiccional, las empresas en las cuales un instituto autónomo u otra empresa del Estado, por ejemplo, fueran los entes accionistas⁹⁷. Posteriormente,

97. V. la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 20-01-83 y la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 24-04-83 en *Revista de Derecho Público* n° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 187-190. V. Noelia González, “Conceptos de empresas del Estado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, *Revista de De-*

fue cambiando esta interpretación para abarcar las empresas del Estado controladas por otras empresas del Estado.

Sin embargo, del texto estricto de la Ley Orgánica resulta que el contencioso de las demandas contra los entes públicos descentralizados ahora está más reducido, pues sólo comprende las demandas contra algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual *la República* ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere. Es decir, la competencia de la Sala Política Administrativa se redujo respecto de los entes en los cuales la República directamente ejerza el control de los entes descentralizados; por lo que si quién ejerce el control es un instituto autónomo u otra empresa del Estado (holding, por ejemplo) la Sala Política Administrativa no sería competente.

Por otra parte, se debe destacar que se incorporó en la norma la competencia en materia de demandas contra otros “entes públicos” distintos a los institutos autónomos y a las empresas del Estado controlados por la República, lo que permite incluir en esa categoría, conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública, a las sociedades civiles del Estado y a las fundaciones del Estado. El artículo 15 de esta Ley, en efecto, diferencia los “órganos administrativos” de los “entes públicos”, entendiéndolo por ente, “toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los Estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios”. En cambio los órganos son las unidades administrativas de la República, los Estados, los distritos metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”.

10. *Las nuevas regulaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para la atribución de competencias jurisdiccionales, y la inutilidad de la referencia a contratos administrativos*

De acuerdo con lo antes expuesto, puede decirse que la ley Orgánica del Tribunal Supremo materialmente estableció un fuero juris-

recho Público, nº 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 165-174.- V. nuestra crítica a dichas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1987, pp. 570 y ss.

dicional a favor de las personas jurídicas estatales, en el sentido de que corresponde a los tribunales contencioso administrativos competencia para conocer según la cuantía, de las demandas que se intenten contra la República, los Estados y los Municipios y las demás personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado nacionales, independientemente de que la controversia que las origine tenga o no su origen en un contrato e independientemente de que se trate de un contrato administrativo o de un supuesto contrato de derecho privado de la Administración.

En efecto, como antes indicamos, en el artículo 5, párrafo 1º, ordinal 24 de la ley Orgánica, se atribuyó a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo competencia para “conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de 70.001 U.T. Además, la Ley Orgánica, siguiendo la tradición de la Ley Orgánica anterior, en su artículo 5, párrafo 1º, ordinal 25, también atribuyó competencia a la Sala Político Administrativa para:

“5. P1. 25. Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los estados o los municipios, si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.)”;

De las dos normas mencionadas de los ordinales 24, y 25 resulta en consecuencia, que en cuanto a las demandas contra entes públicos, en forma distinta a lo que establecía la Ley Orgánica de 1976, los órganos contencioso administrativos tienen ahora competencia para el conocimiento de aquellas que se intenten contra la República, sino contra los Estados y Municipios y además, contra las personas jurídicas estatales nacionales con forma de derecho público o de derecho privado, cualquiera sea su origen. Esas demandas, por supuesto, pueden tener su origen en cuestiones que resulten de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de *cualquier tipo de contratos* en los cuales esas personas sean parte. Por tanto, las referidas demandas pueden ser intentadas por el co-contratante de la Administración para lograr la condena de ésta al pago de una

suma de dinero o de daños y perjuicios, o para restablecer una situación jurídica subjetiva y contractual lesionada por la actividad ilegítima de la Administración, es decir, por una actividad administrativa contraria al título jurídico que origina la relación jurídico administrativa: el contrato.

Por tanto, todo lo referente a los contratos del Estado en los cuales sea parte la República, los Estados, los Municipios, o los institutos autónomos nacionales o una empresa del Estado nacional, cualquiera que sea su naturaleza (administrativo o derecho privado) es de la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, y en particular, si la cuantía es superior a 70.001 UT, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, sin embargo, a pesar de la competencia antes mencionada del ordinal 24, la repitió en el ordinal 25, agregando sólo la frase “si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.)”, estableciendo así una distribución general de competencia de los tribunales contencioso administrativos en la materia también dependiendo de la cuantía.

En esta forma, la competencia de los tribunales contencioso administrativos es general para conocer de cualquier demanda que se intente contra los entes públicos originados en cualquier tipo de contratos, según la cuantía, correspondiendo a la Sala Político Administrativa cuando la cuantía exceda de 70.000 UT; por lo que la norma del artículo 5, párrafo 1º, ordinal 25 de la Ley en cuanto a la referencia a “contratos administrativos” ahora resulta completamente inútil, al establecer la misma cuantía pero en relación a dichos “contratos administrativos”.

Por ello, en contraste con lo que regulaba la Ley Orgánica de 1976, consideramos que la noción de *contrato administrativo* perdió toda significación jurídica en materia de asignación y distribución de competencias judiciales, a partir de la Ley Orgánica de 2004, por lo siguiente:

Primero, porque la noción podía y tenía interés en la Ley derogada sólo debido a que se excluía de la competencia contencioso administrativa las demandas contra los Estados y Municipios, cuyo cono-

cimiento se atribuía a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria⁹⁸, correspondiendo sin embargo, el conocimiento de las demandas contra los Estados y Municipios basadas en contratos administrativos, como excepción a dicha exclusión, a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En esta forma, al atribuirse a todos los tribunales contencioso administrativos competencia para conocer de cualquier tipo de demandas no sólo contra la República, sino contra los Estados y Municipios, la competencia en materia de “contratos administrativos” a los mismos tribunales con la misma cuantía, es inútil y redundante.

Segundo, porque la noción tenía interés en los casos de demandas intentadas por la República, los Estados y Municipios contra los particulares basadas en contratos administrativos, lo que se atribuía sólo a la Corte Suprema de Justicia, como *excepción* también al principio de la exclusión de la competencia contencioso-administrativa en estos casos en los cuales la República, los Estados y Municipios aparecieran como demandantes de particulares, cuyo conocimiento correspondía a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria⁹⁹. En esta forma, al atribuirse jurisprudencialmente a todos los tribunales contencioso-administrativos competencia para conocer de cualquier tipo de demandas que intenten la República, los Estados y los Municipios contra particulares a los tribunales contencioso administrativos según la cuantía, la competencia en materia de “contratos administrativos” a los mismos tribunales con la misma cuantía, es inútil y redundante.

Tercero, porque los casos de demandas contra la República, los institutos autónomos nacionales y las empresas del Estado nacionales, con motivo de “contratos administrativos”, cuyo conocimiento correspondía a la antigua Corte Suprema de Justicia, como *excepción* al principio de distribución de la competencia por la cuantía entre los diversos Tribunales contencioso-administrativos¹⁰⁰, también resulta ahora completamente inútil, dada la competencia atribuida a todos a los tribunales contencioso administrativos según la cuantía, para conocer de cualquier demanda contra dichos entes.

98 Artículo 183, ordinal 1, LOCSJ.

99 Artículo 183, ordinal 2, LOCSJ.

100 Artículos 42, ordinal 15; 182, ord. 2º y 185, ord. 69, LOCSJ.

En consecuencia, conforme al artículo 5, párrafo 1º, ordinal 24 de la Ley Orgánica, cualquiera que sea la naturaleza del contrato que suscriban la República, los Estados, los Municipios y los institutos autónomos y empresas del Estado nacionales, respecto de los cuales se susciten controversias respecto de los mismos que den origen a demandas, la competencia para conocer de las mismas corresponde a todos los tribunales contencioso administrativos, distribuida según la cuantía. Poco importa por tanto que se trate de “contratos administrativos”, siendo completamente inútil la previsión del artículo 5, párrafo 1º, ordinal 25 de la Ley Orgánica.

X. LA INNOVACIÓN EN CUANTO A LA ATRIBUCIÓN A LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD DE DIRIMIR CONFLICTOS ENTRE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Conforme al artículo 42,7 de la Ley Orgánica derogada de 1976, como es lógico, correspondía a la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia¹⁰¹ resolver los conflictos de cualquier naturaleza que puedan suscitarse entre las Salas que la integraban o entre los funcionarios de la propia Corte, con motivo de sus funciones. Sin embargo, sin sentido alguno, en la Ley Orgánica de 2004 la competencia se atribuyó a la Sala Constitucional (Art. 5,3), ya que esta es una Sala más, igual a las otras Salas del Tribunal Supremo. Con esta atribución se ha investido a la Sala Constitucional de un nivel superior del cual carece, aparte de ser ella misma la que entonces resuelva los conflictos que puedan surgir entre las otras Salas y la misma Sala Constitucional.

XI. LA INNOVACIÓN EN CUANTO AL RÉGIMEN DE LA EXTINCIÓN DE LA INSTANCIA (PERENCIÓN)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 16º de la Ley, la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año, *antes de la presentación de los informes*. Dicho término debe empezar a contarse a partir de la fecha en que se haya efectuado el último acto procesal. Transcurrido

101 Artículo 42,7 LOCSJ (Corte Plena): Resolver los conflictos de cualquier naturaleza que puedan suscitarse entre las Salas que la integran o entre los funcionarios de la propia Corte, con motivo de sus funciones.

dicho lapso, dice la norma, el Tribunal Supremo de Justicia debe declarar consumada la perención *de oficio o a instancia de parte*, “la cual debe ser notificada a las partes, mediante un cartel publicado en un diario de circulación nacional”. Luego de transcurrido un lapso de 15 días continuos se debe declarar la perención de la instancia¹⁰².

La innovación fundamental de esta norma consiste en haber precisado con claridad, que la perención de la instancia no puede operar cuando la paralización por más de un año ocurra después del acto de informes, con lo que legislativamente hablando se puso fin a la absurda jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo que había declarado la perención de la instancia de causas que estando en estado de sentencia habían quedado paralizadas por más de un año, precisamente después de haberse realizado el acto de informes que es la última actuación de las partes.

Sin embargo, a pesar de esta novedad, la norma de la ley Orgánica ha sido calificada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 1466 de 5 de agosto de 2004 (Caso: *José Manuel Vadell G.*) como “contradictoria y de imposible entendimiento”, y como “absurda y carente de elemental lógica”; destacando que su última parte “crea una confusión tal que no permite establecer su inteligencia y hacer aplicativo lo que pareciera haber sido la intención del precepto”. La Sala, en efecto, destacó que “carecería de sentido que antes de que se declarase la perención fuese obligatorio que se ordenase la publicación de un cartel”, toda vez que la norma es inequívoca cuando establece la extinción de la instancia de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año. Además, consideró la Sala que en esa situación, no habría interesado alguno en pagar los costos de la publicación del cartel, razón por la cual resolvió “abandonar” el criterio establecido en los fallos n° 1.379 y 1.265/2004 en los cuales había ordenado “tal publicación en un esfuerzo por hacer aplicativa la norma (núm. 1.245/2004)”. En fin, tomando en consideración “la ambigüedad y oscuridad de la norma”, la Sala Constitucional consideró “imperativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil, arbitrar una solución a la institución de la perención de la instancia de las causas que cursan

102 Sustituye el artículo 86 LOCSJ.

ante el Tribunal Supremo de Justicia”; lo que hizo disponiendo lo siguiente:

“En tal sentido, la Sala acuerda desaplicar por ininteligible la disposición contenida en el párrafo quince del artículo 19 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que pareciera obedecer a un *lapsus calamis* del Legislador y, en atención a lo dispuesto en el aludido artículo 19 del Código Civil, acuerda aplicar supletoriamente el Código de Procedimiento Civil, de carácter supletorio, conforme a lo dispuesto en el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en lo relativo a la perención de la instancia.

Dicho precepto legal previene, en su encabezamiento, lo siguiente:

“Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. La inactividad del Juez después de vista la causa, no producirá la perención”.

En consecuencia, por cuanto el anterior precepto regula adecuada y conveniente la institución que examinamos, el instituto procesal de la perención regulado en el Código de Procedimiento Civil, cuando hubiere lugar a ello, será aplicado a las causas que cursen ante este Alto Tribunal cuando se dé tal supuesto. Así se decide”.

Lamentablemente, al tratar de resolver un *“lapsus calamis”* del Legislador, la Sala Constitucional incurrió en otros: no identificó el artículo del Código de Procedimiento Civil que ordenó aplicar supletoriamente, que es el artículo 267; se fundamentó sin sentido alguno, para la aplicación de dicha norma supletoriamente, en el “artículo 19 del Código Civil”, que cita dos veces, cuando éste en realidad se refiere a las personas jurídicas; identificó la parte del artículo 19 que analizó, como párrafo quince (15º) del artículo 19 de la Ley Orgánica, cuando en realidad es el párrafo 16º (podría ser el *aparte* 15º del artículo); hizo referencia al “primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica” cuando para ser coherentes, debió identificarlo como párrafo 2º del artículo 19; y al acordar desaplicar el mencionado párrafo 16º, en su texto completo, “suspendió” la disposición que buscaba impedir que pudiera operar la perención y se pudiera extinguir la instancia de pleno derecho en las causas que pudieran estar paralizadas por más de un año, *después* de la presentación de los informes.

Por otra parte, se debe destacar que como lo indica el artículo 19, párrafo 17º de la Ley Orgánica, la perención de la instancia no se puede declarar en los procesos que comprenda materia ambiental o penal, cuando se trate de acciones dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público, o contra el tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas. El incumplimiento a esta obligación es considerado como falta grave de los Magistrados que integran la Sala y que declararon con lugar la perención pudiendo ser sancionados con la remoción del cargo.

XII. LA INNOVACIÓN RESPECTO DE LA EXIGENCIA DE PUBLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA GACETA OFICIAL

La Ley Orgánica de 2004 estableció en general para todas las sentencias del Tribunal Supremo y de sus Salas, la obligación de que se publiquen en la *Gaceta Oficial de la República* (Art. 20, párrafo 6º).

En cuanto a los juicios de nulidad, el artículo 21, párrafo 19º de la Ley reitera que el Tribunal Supremo de Justicia debe ordenar la publicación de la decisión en la *Gaceta Oficial* de la República; y en el caso de que fuese declarado con lugar el recurso, debe prescribir que en el *sumario* de ésta, se indique, con toda precisión, el acto o disposición anulada¹⁰³.

Además, esta obligación de publicar los fallos se repite y reitera sucesivamente en las normas atributivas de competencia a la Sala Constitucional para conocer de los procesos constitucionales de control de la constitucionalidad. Así, en el artículo 5, párrafo 1º,6 sobre la competencia para declarar la nulidad total o parcial de las *leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional*, se dispone en la segunda frase del numeral, que “La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, determinando expresamente sus efectos en el tiempo”.

103 Sustituye los siguientes artículos LOCSJ: Artículo 119...Si fuere declarado con lugar el recurso, la Corte ordenará, además, que en el Sumario de la GACETA OFICIAL donde se publique el fallo se indique, con toda precisión, el acto o disposición anulados. Artículo 120. La decisión que recaiga deberá publicarse inmediatamente en la GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA.

En el artículo 5, párrafo 1º,7 sobre la competencia para declarar la nulidad total o parcial de las *Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos* de los cuerpos deliberantes de los Estados, Municipios y del Distrito Capital, se dispuso en la segunda frase del numeral que “La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* y en la *Gaceta Oficial Estatal o Municipal* que corresponda, determinando expresamente sus efectos en el tiempo”.

En el artículo 5, párrafo 1º,8 sobre la competencia para declarar la nulidad total o parcial de *los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional*, se agregó en la segunda frase del numeral, que “La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*”.

Adicionalmente, en el párrafo 3º del artículo 5 de la Ley Orgánica, en el cual se regula en general el ejercicio por la Sala Constitucional del “control concentrado de la constitucionalidad”, en los casos de procesos constitucionales de nulidad, se reiteró que los efectos de las sentencias de nulidad son “de aplicación general, y se publicará en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, y en la *Gaceta Oficial del Estado o Municipio* según corresponda”.

Por último, en los casos de procesos constitucionales de control de la constitucionalidad de las leyes como incidente con motivo del control difuso de constitucionalidad efectuado por otras Salas del Tribunal Supremo, en el artículo 5, párrafo 1º,22 de la Ley Orgánica se dispone que “En caso que el examen abstracto de la norma comporte la declaratoria total o parcial de su nulidad por inconstitucional, la sentencia de la Sala Constitucional deberá publicarse en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* y en la *Gaceta Oficial del Estado o Municipio*, de ser el caso.

Es difícil encontrar en una ley, tal reiteración, como sucede con esta Ley Orgánica.

§4. Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional*

I. ALGUNOS PRINCIPIOS GENERALES SOBRE EL SISTEMA VENEZOLANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Es conocido que el sistema de justicia constitucional en Venezuela es de carácter mixto o integral¹⁰⁴, en el sentido que combina los dos clásicos métodos de control de constitucionalidad de las leyes que hace varias décadas distinguió Mauro Cappelletti¹⁰⁵, y que a pesar del tiempo transcurrido y de los esfuerzos por superarla, continúa siendo un útil instrumento de clasificación: por una parte, el método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes ha tenido como arquetipo el sistema norteamericano; y por la otra, el método concentrado

* Ponencia para el *IV Encuentro Iberoamericano de derecho procesal constitucional, sobre "Los desafíos del derecho procesal constitucional en la alborada del siglo XXI"*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Santiago de Chile, 27-29 de Noviembre de 2006.

104 V. Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá 1995; Manuel Agona Cruz, "El control de la constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el Derecho Comparado", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII 1984-1985, *Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Instituto de Derecho Público, UCV, Caracas 1986, pp. 39 a 114; Allan R. Brewer-Carías, "La jurisdicción constitucional en América Latina", en *Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dickinson, Madrid 1997, pp. 117 a 161.

105 V. Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis, 1971; "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 61, México 1966.

de control de la constitucionalidad de las leyes que ha tenido como arquetipo el modelo europeo¹⁰⁶.

Este sistema mixto o integral puede decirse que adquirió identidad en Venezuela desde el siglo XIX, combinando la competencia de todos los jueces para decidir la inaplicación de una ley cuando la consideren contraria a la Constitución, competencia que incluso siempre han podido ejercer *ex officio*, aplicando preferentemente la Constitución en el caso concreto sometido a su conocimiento y decisión; con la competencia del ahora Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional (antes Corte Suprema de Justicia), para anular las leyes y demás actos de similar rango y valor, contrarios a la Constitución, que se ha ejercido siempre mediante una acción popular de inconstitucionalidad.

La Constitución de 1999, por tanto, puede considerarse como la culminación de un largo proceso, en la cual se recogió toda la experiencia pasada en la materia¹⁰⁷.

En efecto, el artículo 7 de la Constitución de 1999¹⁰⁸ declara, *expressis verbis*, que su texto es “la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico”; por lo que para garantizar esa supremacía y lograr que la Constitución tenga plena efectividad, se ha asignado a todos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334)¹⁰⁹.

106 V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

107 V. Allan R. Brewer-Carías, “La justicia constitucional en la nueva Constitución”, en *Revista de Derecho Constitucional* n° 1, Editorial Sherwood, Caracas Sep.-Dic. 1999, pp. 35 a 44; Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

108 El texto de la Constitución de 30-12-99 fue inicialmente publicado en *Gaceta Oficial* n° 36.860 de 30-12-99. Posteriormente, con correcciones se publicó en *Gaceta Oficial* n° 5.453 Extraordinario de 24-3-00. Véanse los comentarios que hemos formulado en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 Vols., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

109 V. nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 Septiembre – 17 Octubre 1999), Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 24 y 34.

En cuanto al Tribunal Supremo de Justicia, todas sus Salas también tienen expresamente competencia en materia de justicia constitucional, para garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, correspondiéndoles a todas, ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (art. 335). Por supuesto, también ello corresponde a la Sala Constitucional, mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia concentra la Jurisdicción Constitucional (arts. 266, ord. 1º y 336).

De todo lo anterior resulta, en todo caso, que la expresión “justicia constitucional” que empleamos en este trabajo, es un concepto material que equivale a *control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales*, competencia de control que ha sido ejercida en nuestro país, siempre, por todos los tribunales pertenecientes a todas las jurisdicciones, es decir, por todos los órganos que ejercen el Poder Judicial.

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

En los países europeos, dicha Jurisdicción Constitucional corresponde a los Tribunales o Cortes Constitucionales (muchas, incluso, ubicadas fuera del Poder Judicial), al igual que en algunos países latinoamericanos. En cambio, en Venezuela, la Jurisdicción Constitucional siempre ha correspondido al Supremo Tribunal de Justicia¹¹⁰, y a partir de 2000, a su Sala Constitucional, al cual se ha atribuido el monopolio para anular ciertos y determinados actos estatales: las leyes y demás actos de rango o valor de ley o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Por tanto, la Sala Constitucional no tiene el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad *de todos* los actos estatales; lo que tiene es el monopolio de dicho control *sólo respecto de determinados actos*

110 V. Allan R. Brewer-Carías, “La Justicia Constitucional”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 131 y ss.

estatales (los de rango y fuerza de ley y los dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución); característica que por lo demás, identifica a la “Jurisdicción Constitucional” en el derecho comparado¹¹¹.

Ahora bien, en particular, al referirnos a la justicia constitucional ella tiene que impartirse a través de procesos constitucionales, que en la Constitución se definen como los instrumentos fundamentales para la realización de la justicia (art. 253), para lo cual deben siempre desarrollarse con las debidas garantías que establece el texto fundamental (debido proceso), lo que presupone y exige no sólo un contradictorio entre partes, sino el principio dispositivo, de manera que el proceso se inicie a instancia de parte, siendo la excepción la actuación de oficio por parte de los jueces, la cual por supuesto requiere texto expreso. Ello, incluso se ha declarado en el artículo 18, párrafo 7º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹¹², al establecerse expresamente que el Tribunal Supremo de Justicia debe conocer de los asuntos que le competen, “a instancia de parte interesada”.

Las excepciones al principio dispositivo, sin embargo, se han establecido en la propia Constitución, en primer lugar, al regularse el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en caso de incompatibilidad entre ellas y la Constitución, aplicando entonces preferentemente las disposiciones de ésta (Art. 334 C.), indicándose expresamente que dicho poder lo pueden ejercer los jueces *de oficio*; y en segundo lugar, en el caso del control concentrado obligatorio de la constitucionalidad de los decretos ejecutivos de declaratoria de estados de excepción dictados por el Presidente de la República (Art. 336,6 C.), en los cuales se regula la actuación *de oficio* de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 5, párrafo 1º,11 de la Ley Orgánica).

Salvo estos dos supuestos de actuación de oficio en materia de justicia constitucional, nada más se dispone en la Constitución en la materia, lo que sin embargo no ha sido impedimento para que el legislador y la propia Sala Constitucional hayan desarrollado poderes

111 V. en general, Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit., p. 190; y Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, p. 19.

112 V. en *Gaceta Oficial*, n° 37.942 de 19 de mayo de 2004. V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

judiciales de oficio en materia de justicia constitucional, de dudosa constitucionalidad¹¹³.

Distinguiremos, por tanto, los supuestos de actuación de oficio en materia de justicia constitucional expresamente regulados en la Constitución, de los supuestos de actuación de oficio desarrollados jurisprudencialmente y mediante ley.

II. LOS SUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ACTUACIÓN DE OFICIO EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Como se ha dicho, la Constitución sólo establece dos supuestos en los cuales el juez constitucional puede actuar de oficio:

En primer lugar, respecto de cualquier juez, al ejercer el método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes; el cual como se ha indicado, corresponde a cualquier tribunal, aún de oficio, incluso a las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, y entre ellas, a la Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional. Y en segundo lugar, en materia de control concentrado de la constitucionalidad, cuando la Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional revisa en forma obligatoria, aún de oficio, la constitucionalidad de los decretos dictados por el Presidente o Presidenta de la República mediante los cuales se declaren estados de excepción.

1. *El método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes y los poderes judiciales de actuación de oficio*

Como se ha dicho anteriormente, uno de los medios específicos para el ejercicio de la justicia constitucional en Venezuela, ha sido siempre la posibilidad que tiene todo juez de la República de ser juez de la constitucionalidad de las leyes; conforme a una potestad que le fue atribuida desde el siglo XIX¹¹⁴, incluso expresamente en el Código de Procedimiento Civil, cuyo actual artículo 20 establece que:

113 V. Allan R. Brewer-Carías, "Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación", en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional*, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489. V. el texto en las páginas 47 y ss. de este libro.

114 Fue consagrado expresamente en el derecho positivo en el Código de Procedimiento Civil de 1897. V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit. pp. 127 y ss.;

“Artículo 20: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia”.

Este principio del control difuso, más recientemente, también se ha recogido en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, con este texto:

“Artículo 19: Control de la Constitucionalidad. Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional”.

Siguiendo la tendencia de constitucionalización del control difuso que se había observado en las Constituciones de Colombia desde 1910 (art. 4), Guatemala, en 1965 (art. 204), Bolivia, en 1994 (art. 228), Honduras, en 1982 (art. 315) y Perú, en 1993 (art. 138), el mismo también se incorporó en la Constitución de Venezuela de 1999¹¹⁵, en el artículo 334, con el siguiente texto:

“Artículo. 334. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”.

En esta forma, el método de control difuso de la constitucionalidad adquirió en Venezuela rango constitucional, el cual como lo dice expresamente la norma constitucional puede ser ejercido *de oficio* por los tribunales¹¹⁶, incluyendo, por supuesto, las diversas Salas del Supremo Tribunal.

Allan R. Brewer-Carías, “La Justicia Constitucional”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, *op. cit.*, Caracas 1996, pp. 86 y ss.

115 V. nuestras propuestas respecto del artículo 7 en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 24 y 34; V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (18 Octubre-30 Noviembre 1999), Caracas 1999, pp. 94 a 105.

116 En contraste con la regla general en el derecho comparado que siempre exige instancia de parte interesada, ésta ha sido una de las características del sistema venezolano. V. Allan R. Brewer-Carías, “La Justicia Constitucional”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, *op. cit.*, p. 101.

Esta competencia judicial ha sido precisada por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, al señalar en sentencia n° 1213 del 30-05-2000, lo siguiente:

“La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concretamente, el artículo 334, establece como obligación para todos los jueces de la República la de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y, conforme a lo previsto en su texto y en las leyes, para que, de este modo, la justicia constitucional sea ejercida por todos los Tribunales, consagrándose el control difuso de la constitucionalidad. De este modo se establece para todos los jueces, de cualquier nivel, el poder deber para controlar la constitucionalidad de los actos normativos del Poder Público y ofrecer a todas las personas la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, al no aplicar a los casos concretos que deban decidir, las normas que estimen inconstitucionales. Por tanto, si bien en nuestro país se puede afirmar que existe una “Jurisdicción Constitucional” concentrada en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no es menos cierto que por mandato expreso de la propia Constitución de 1999, se encuentra previsto el control difuso de la misma como obligación para todos los jueces de la República”¹¹⁷.

El método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, en Venezuela, puede decirse que sigue los principios desarrollados en el derecho comparado: tiene su fundamento en el principio de la supremacía constitucional, conforme al cual los actos inconstitucionales son nulos y sin ningún valor, aún cuando esta constatación de la nulidad corresponda a la autoridad judicial. Todo juez, por tanto, al conocer de un caso o una controversia concreta, puede resolver sobre la inconstitucionalidad de la ley que debe aplicar a la resolución del caso, como cuestión incidental en el mismo, pudiendo desaplicarla dando preferencia a la norma constitucional. La decisión del juez tiene sólo efectos *inter partes* en el proceso concreto y por tanto, efectos declarativos¹¹⁸.

117 V. sentencia n° 1213 de la Sala Político Administrativa de 30-05-2000, caso: *Carlos P. García P. vs. Cuerpo Técnico de la Policía Judicial*, en *Revista de Derecho Público*, n° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 446.

118 V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, cit., pp. 127 y ss.

En el caso de Venezuela, sin embargo, el poder de controlar la constitucionalidad mediante el método difuso puede ejercerse *ex officio*, por el juez, sin requerimiento de parte interesada, lo cual es excepcional en el derecho comparado.

Sin embargo, a los efectos de garantizar el debido proceso, en estos casos, el juez debe oír a las partes antes de decidir sobre la cuestión de constitucionalidad que plantee, a fin de garantizar el derecho a ser oído y a defensa de las partes (art. 49,C).

2. *El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de los decretos de estado de excepción*

De acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, el decreto que declare el estado de excepción debe ser remitido por el Presidente de la República a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, para que ésta se pronuncie sobre su inconstitucionalidad. Por ello, el artículo 336 le atribuye a la Sala, competencia expresa para:

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

Sobre este supuesto de control de constitucionalidad (que recoge la Ley Orgánica en su artículo 5º, párrafo 1º,11), la “Exposición de Motivos” de la Constitución, indicó que:

“En lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, la Sala Constitucional tendrá importantes funciones. En primer lugar, con el objeto de reforzar la protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución, se acoge un mecanismo consagrado en alguna Constitución de América Latina, en virtud del cual la Sala Constitucional debe, en todos los casos y aun de oficio, controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren estado de excepción. *Esta será la única competencia que podrá ejercer de oficio la Sala Constitucional y ello por tratarse de la protección de los derechos humanos, razón por la cual se ha previsto expresamente en texto constitucional*”.

En efecto, esta atribución de control de constitucionalidad obligatorio, constituye otra novedad de la Constitución de 1999, que se incorporó al texto conforme al antecedente de Colombia (art. 241,7). En

Venezuela sin embargo, se ha agregado la posibilidad de ejercicio de esta atribución por la Sala, *de oficio*, tratándose del único supuesto de control concentrado de la constitucionalidad en el cual la Sala puede actuar de *ex officio*, una vez que el decreto se haya publicado en *Gaceta Oficial*, lo cual por lo demás lo “aclara” la Exposición de Motivos de la Constitución, aún cuando ella sea de dudosa legitimidad¹¹⁹.

En ejercicio de este control, la Sala Constitucional puede pronunciarse no sólo sobre la constitucionalidad de los decretos que declaren el estado de excepción, sino sobre la constitucionalidad del contenido de los mismos conforme a lo dispuesto en los artículos 337 y siguientes de la Constitución. En particular, la Sala debe verificar, al decretarse el estado de excepción y restringirse alguna garantía constitucional, si el decreto contiene, por ejemplo, efectivamente, la necesaria *regulación* sobre el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339).

III. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DE LOS PODERES DE ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Pero a pesar de lo terminante del texto de la mencionada “Exposición de Motivos” de la Constitución al explicar que en ella, a los efectos de “reforzar la protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución”, se acogió el “mecanismo consagrado en alguna Constitución de América Latina, en virtud del cual la Sala Constitucional debe, en todos los casos y aun de oficio, controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren estado de excepción”, e indicar que esta sería “*la única competencia que podrá ejercer de oficio la Sala Constitucional y ello por tratarse de la protección de los derechos humanos, razón por la cual se ha previsto expresamente en texto constitucional*”; tanto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia, como el legislador mediante la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, han establecido otros supuestos de poderes de oficio de la Sala

119 Sobre la ilegítima “Exposición de Motivos” de la Constitución de 1999, véanse los comentarios que hemos formulado en Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

Constitucional en materia de justicia constitucional. Estos se han establecido en algunos casos en materia procedimental; en la Ley Orgánica, en forma casi ilimitada a discreción de la Sala Constitucional en el caso del llamado control incidental de la constitucionalidad; en materia de revisión de sentencias dictadas por los tribunales en materia de amparo y de control difuso; y en materia de avocamiento.

1. *Supuestos regulados legalmente que permiten al Tribunal Supremo realizar actuaciones de oficio en materia procedimental*

En la Ley Orgánica, en efecto, se pueden identificar diversos supuestos expresamente regulados en los cuales se permite la actuación *de oficio* del Tribunal en el curso de procedimientos ya iniciados. Esto se ha establecido en los siguientes casos:

En primer lugar, a los efectos de poder suplir las deficiencias en las que haya incurrido el recurrente en el escrito de la acción de nulidad que tenga por objeto el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, el artículo 5, párrafo 3º de la Ley Orgánica, aún cuando precisa que corresponde a la Sala Constitucional conocer de dichos juicios en los términos previstos en esta Ley y “únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad”; agrega, sin embargo, que en tal caso:

“[...] no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público”.

En segundo lugar en materia de medidas cautelares, el artículo 19, párrafo 11º de la Ley Orgánica dispone que en cualquier estado y grado del proceso las partes pueden solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia puede acordar, *aún de oficio*, las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

En tercer lugar en materia de perención de la instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 16º de la Ley Orgánica, la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año, antes de la presentación de los

informes. Transcurrido dicho lapso, precisa la norma, el Tribunal Supremo de Justicia debe declarar consumada la perención *de oficio* o *a instancia de parte*, la cual debe ser notificada a las partes mediante cartel.

2. *La previsión de poderes discrecionales e ilimitados de actuación de oficio de las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo la Sala Constitucional*

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en una norma por demás contradictoria, luego de reafirmar el principio dispositivo que impone la necesidad de instancia de parte, concede la más amplia y discrecional potestad para actuar de oficio a las diversas Salas del Tribunal Supremo que son, además de la Sala Constitucional que ejerce la Jurisdicción Constitucional, las Salas de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que son la Sala Político Administrativa y la Sala Electoral, y las Salas de Casación que son la Sala de Casación Civil, la Sala de Casación Social y la Sala de Casación Penal.

Dicha norma, contenida en el párrafo 7º del artículo 18 de la Ley Orgánica, en efecto, dispone lo siguiente:

“Artículo 18. P7. El Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los asuntos que le competen, a instancia de parte interesada; no obstante, podrá actuar de oficio en los casos contemplados en la presente Ley o cuando así lo amerite”.

Este párrafo sustituyó el artículo 82 de la vieja Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, en el cual sólo se permitía la actuación de oficio de la antigua Corte Suprema en los casos expresamente regulados en la propia Ley Orgánica, así: “La Corte conocerá de los asuntos de su competencia a instancia de parte interesada, salvo en los casos en que pueda proceder de oficio de acuerdo con la Ley”.

En cambio, con la nueva norma del artículo 18, párrafo 7º de la Ley Orgánica, se ha establecido una excepción general al principio dispositivo no autorizada en la Constitución, conforme a la cual, y sin tener en cuenta el principio de la reserva legal, se estableció que el Tribunal y sus Salas pueden actuar *de oficio*, no sólo en los casos contemplados en la propia Ley Orgánica como se establecía en Ley dero-

gada, sino “*cuando así lo amerite*”; es decir a la sola discrecionalidad del Tribunal y de sus Salas. El poder de actuación de oficio conforme a esta norma, por tanto, no sólo se otorga en materia de justicia constitucional, sino en cualquier materia que corresponda a cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo.

Con esta reforma se deja entonces a la libre apreciación de los Magistrados del Tribunal Supremo la posibilidad sin límites de actuación de oficio, cuando consideren que ello lo amerita, lo cual estimamos que no se ajusta a la Constitución ni a los principios fundamentales de la administración de justicia y del proceso.

Esta innovación de la Ley Orgánica, sin embargo, puede decirse que responde a una doctrina jurisprudencial que la Sala Constitucional se había venido construyendo precisamente en materia de justicia constitucional, desarrollada en los procesos de revisión constitucional de sentencias (que la Constitución limita respecto de las dictadas en materia de amparo y cuando el juez a quo ejerce el control difuso de la constitucionalidad), tendiente a permitir la revisión de materialmente cualquier sentencia dictada en cualquier juicio, autoatribuyéndose la Sala poderes de control *de oficio*, rompiendo entonces el principio dispositivo.

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia n° 331 de 13 de marzo de 2001 (Caso: *Henrique Capriles R. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Tragapapeles*), resolvió afirmar sus poderes de control de la constitucionalidad *de oficio*, dado el carácter de orden público constitucional al control de constitucionalidad, cuando con fundamento en los artículos 334 y 335 de la Constitución, conozca de algún asunto, para lo cual dijo:

“Así pues, las referidas potestades de la Sala y la interpretación concatenada y armoniosa de los citados dispositivos constitucionales, la comprensión de los principios enunciados en el texto de la Exposición de Motivos de la Carta Fundamental, y la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta Sala, que procura salvaguardar la vigencia de los postulados constitucionales, sirven de fundamento para declarar, como garante de la supremacía de la Constitución y en ejercicio de las facultades que la misma posee, *de oficio*, la ilegitimidad de alguna actuación, cuando habiendo sido sometido un caso a su análisis, observe que la misma ha transgredido el orden público constitucional, y en tal virtud proceda de manera inmediata y efectiva, a restaurar a través de la forma que

considere idónea, la subversión advertida. En definitiva, considera la Sala que el control constitucional jurisdiccional constituye materia de orden público constitucional, y siendo la Sala el garante de la supremacía de la Constitución, al constatar su violación, *puede actuar de oficio*, como en efecto lo hace en esta oportunidad¹²⁰.

O sea, con fundamento en la noción de orden público constitucional que la Sala no definió, y que en definitiva concierne a la vigencia de la propia Constitución, la Sala Constitucional resolvió autoatribuirse estos poderes de actuación *de oficio*, con lo cual no sólo rompió el principio dispositivo, sino que dejó a la merced de los Magistrados de la Sala Constitucional el principio de la cosa juzgada, sin que nadie pueda ejercer un control sobre el guardián de la Constitución si este abusa o se excede en su actuación.

3. *El llamado control incidental de la constitucionalidad de las leyes con efectos anulatorios y el problema de su inicio de oficio por la Sala Constitucional*

Conforme al principio dispositivo, la Sala Constitucional, como Jurisdicción Constitucional, sólo puede conocer de un proceso de anulación de las leyes por razones de inconstitucionalidad cuando a requerimiento de parte se haya intentado una acción popular. Pero como además del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, el sistema venezolano admite el control difuso de la constitucionalidad el cual puede ser ejercido por cualquier juez, incluso por la propia Sala Constitucional, incluso de oficio; esta ha desarrollado, durante los últimos años, otro mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad, al declarar la nulidad con efectos generales de disposiciones legales por vía de lo que ha llamado incidente de constitucionalidad. Es decir, conforme a esta doctrina jurisprudencial, la Sala se ha construido la posibilidad de ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, *de oficio*, como incidente en cualquier proceso que cursare ante ella, y sin que hubiera mediado acción popular alguna.

120 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 391.

En este proceso de elaboración jurisprudencial se destaca en primer lugar, la sentencia n° 1.225 de 19 de octubre de 2000, en la cual la Sala Constitucional trató el tema referente a la derogación tácita de leyes preconstitucionales por la entrada en vigencia de la Constitución, respecto de lo cual afirmó sus poderes de decisión de oficio, señalando que era:

“Una consecuencia natural del principio de seguridad jurídica, así como del de protección constitucional, el que le corresponda a esta instancia judicial declarar la derogatoria con efectos *erga omnes* y pro futuro de una norma de rango legal vía la cláusula derogatoria única constitucional, en virtud del monopolio que en materia de protección constitucional le asigna la Constitución. Suscribe así esta Sala la tesis de que, tratándose de una norma posterior o anterior a la Constitución, el juicio de correspondencia entre una u otra con respecto a la Carta Magna, implica un análisis respecto al contenido de la norma, por lo que su constitucionalidad o no devendría en causa de la derogación, y no ésta de aquélla.

Tal ejercicio podrá desplegarlo la Sala aun de oficio en los casos que le toque resolver, o a través de un recurso directo de inconstitucionalidad, como considera que es el presente...

Sin embargo, y a pesar de las críticas que se han realizado en otras latitudes respecto a la competencia de los tribunales de instancia de desaplicar normas de rango legal que se estiman derogadas en virtud de una inconstitucionalidad sobrevenida, en nuestro ordenamiento jurídico es en la propia Constitución que se encuentra establecida esta potestad, visto que “En caso de incompatibilidad entre (la) Constitución y una ley u otra norma jurídica, aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente” (segundo párrafo del artículo 334 constitucional). Por lo tanto, en nuestro sistema, frente a una evidente inconstitucionalidad, ya sea de una norma surgida bajo la Constitución vigente, ya sea que le precediera en el tiempo, pueden los jueces desaplicarla respecto al caso concreto, sin tener que emitir pronunciamiento alguno sobre su derogación, pero sí sobre su incongruencia material con alguna norma constitucional. He allí la diferencia que surge entre la mera desaplicación de normas legales que tocaría realizar a los tribunales de instancia (así como a las demás Salas de este Tribunal), y la declaración de invalidez sobrevenida *erga omnes* y pro futuro que le compete efectuar a esta Sala.

En atención a la incidencia en el ordenamiento jurídico de tal cuestión, el Tribunal o Sala desaplicante deberán remitir a esta Sala Consti-

tucional 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”¹²¹.

Posteriormente, mediante sentencia n° 2.588 de 11 de diciembre de 2001, la Sala Constitucional afirmó:

“[Su] facultad, en virtud de ser el juez de la ley y titular del control concentrado de la constitución, de tramitar en cualquiera de los procedimientos a que den lugar las acciones ventilables ante ella, o de las cuales conozca, el denominado incidente de constitucionalidad, el cual existe cuando la cuestión planteada (no necesariamente alegada) sobre la constitucionalidad de una norma legal es prejudicial respecto de la resolución de un proceso constitucional o de una causa que curse ante la Sala”.

Para justificar esta declaratoria de propia competencia, la Sala impropriamente recurrió a criterios de derecho comparado establecidos en sistemas de control exclusivamente concentrados de la constitucionalidad de las leyes (como los europeos) y que rechazan el control difuso, que no es el caso de Venezuela dado el carácter mixto e integral que lo caracteriza, argumentando como sigue:

“Incidentes de este tipo se han solucionado de tres modos: bien a través de un juicio de constitucionalidad sin un pronunciamiento expreso de nulidad de la ley inconstitucionalidad; ya sea por el ejercicio de un control autónomo de constitucionalidad a través de un proceso separado del que dio origen al incidente, y, finalmente, merced a un control incidental de constitucionalidad que se realiza a través de un procedimiento de constitucionalidad pero dentro del proceso que ha dado lugar al incidente.

Dicha técnica fue consagrada por primera vez en el artículo 140 de la Constitución austríaca de 1920. Actualmente, la consagran la Constitución del mencionado Estado (artículos 139.1 y 140); la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (artículos 67 y 95) -recurso indirecto o encubierto-; la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (artículos 55.2 y 67) -cuestión previa de carácter constitucional o incidente

121 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 259-260.

de constitucionalidad- y lo ha desarrollado jurisprudencialmente la Corte Constitucional italiana a partir del auto nº 22, del 9 de abril de 1960 - Corte *giudice a quo* o *autorimessione*.

La razón que apuntala esta facultad, señaladamente cuando la misma deriva en la declaratoria pro futuro y con efectos *erga omnes* de la norma inconstitucional -y no en la mera desaplicación del precepto para el caso concreto-, se afianza en la coherencia que existe entre una declaración de este tipo con la función de los tribunales constitucionales, en tanto ejecutores del denominado control concentrado de la constitucionalidad”.

Los términos en que se expresó la Corte Constitucional italiana a la hora de asumir esta competencia son suficientemente reveladores de la razón apuntada. Según dicho tribunal:

“[...] no puede considerarse que la misma Corte -que es el único órgano competente para decidir las cuestiones de constitucionalidad de las leyes- venga obligada a aplicar leyes inconstitucionales y tampoco que, en la hipótesis de inconstitucionalidad de las leyes que regulan la materia, pueda y deba inaplicarlas, sin poner en marcha el mecanismo (de alcance general y necesario en el vigente ordenamiento) destinado a conducir, con las debidas garantías de contradictorio, a la eliminación con efectos *erga omnes*, de las leyes inconstitucionales. Citado a su vez por: Luis J. Mieres Mieres, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, p. 56 y 57”.

De lo anterior, Sala Constitucional concluyó su razonamiento señalando lo siguiente:

“Siendo que a los tribunales constitucionales les corresponde, como una de sus competencias esenciales, declarar la nulidad de leyes colidentes con la Constitución, luce entonces congruente con dicho cometido que, ante la presencia de normas inconstitucionales que resulten perjudiciales al asunto que en definitiva vaya a decidirse (como es el presente caso), esta Sala resulte competente para declarar la nulidad de dicha norma por colidir con la Constitución, esto es, la invalide, no sólo a sus propios efectos, sino también para el resto de los tribunales, órganos del Estado y particulares.

De este modo se mantiene la unidad del ordenamiento constitucional y se evita la contradicción que resulta de la coexistencia de una norma inconstitucional (declarada así para un caso concreto), pero vi-

gente para el resto de los operadores judiciales a falta de una natural declaratoria de nulidad. Así se establece”¹²².

Esta doctrina de la Sala, por supuesto, no tiene cabida alguna en Venezuela, donde el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes exige instancia de parte (acción popular) y un proceso constitucional contradictorio (litis) en el cual se debe garantizar la citación del ente productor de la norma y la participación como partes de todos los que tengan interés procesal en el asunto. Por ello, incluso, la Sala Constitucional no tuvo más remedio, en este caso, que aclarar que debía tratarse de un proceso constitucional, donde debía abrirse un contradictorio, indicando:

“En cuanto al procedimiento aplicable, y especialmente respecto a la audiencia de los defensores de la ley y de los interesados, esta Sala reconoce la necesidad de que dicha audiencia se efectúe en los más de los casos, para lo cual deberá notificarse al órgano legislativo respectivo y a los demás del procedimiento en que se suscite la incidencia.

Ello viene apoyado por el respecto al derecho a la defensa y por la práctica unánime de los tribunales constitucionales anteriormente mencionados”¹²³.

En todo caso, fue contra esta doctrina jurisprudencial contraria al principio dispositivo, de control concentrado incidental de oficio de la constitucionalidad de las leyes, contra la cual pretendió reaccionar

122 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 396 y ss.

123 En el caso específico de la sentencia, sin embargo, la Sala señaló: “Sin embargo, en virtud de la homogeneidad con que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido decidiendo el tema -como más adelante se pondrá de relieve-; en vista, además, de que la decisión conllevará una mera definición de la Sala que le compete decidir el fondo de la solicitud, sin que por ello resulte afectado algún derecho sustancial del solicitante, muy al contrario, a través del mismo se garantiza su derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente la faz que guarda relación con el derecho al juez natural, es por lo que la Sala prescindirá en este caso de dicho trámite. Así se establece. V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 397. Igualmente, la sentencia de la Sala Constitucional n° 806 de 24-04-2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*) en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 179 y ss. En sentencia de la Sala Constitucional n° 899 de 31-5-2002, la Sala se incluso asumió la competencia para de oficio dejar sin efecto dediciones judiciales que considere quebranten preceptos constitucionales. V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 393-394.

el Legislador, disponiendo en el artículo 5, párrafo 3º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que la Sala Constitucional sólo puede ejercer el control concentrado de la constitucionalidad,

“[...] en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie *un recurso popular de inconstitucionalidad*”.

Esta norma, tan terminante, sin embargo, dados los precedentes jurisprudenciales no queda exenta de futura anulación por la Sala, si llega a insistir en su doctrina jurisprudencial, con el argumento de que es limitativa de su carácter de guardián de la Constitución.

4. *La actuación de oficio de la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias*

El control difuso de la constitucionalidad de las leyes previsto en la Constitución (Art. 334) ha sido precisado en el artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica, en el cual se dispuso que de conformidad con lo previsto en la Constitución, todo tribunal de la República puede ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto la sentencia respectiva esta expuesta “a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar”, entre los cuales se destaca el recurso de revisión que puede ejercerse ante la Sala Constitucional contra cualquier sentencia firme de última instancia en la que el juez respectivo haya ejercido el control difuso.

En efecto, el artículo 336 de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional, competencia para:

“10. Revisar las *sentencias definitivamente firmes 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 respectiva”.

Esta competencia también fue recogida en el artículo 5, párrafo 1º,16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, como competencia excepcional para que la Sala Constitucional pueda revisar, a su juicio

y discreción, mediante un recurso extraordinario¹²⁴ que se puede ejercer contra sentencias de *última instancia* dictadas por los tribunales de la República, incluidas las otras Salas del Tribunal Supremo, en materia de amparo constitucional o dictadas en ejercicio del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes.

Esta potestad revisora de la Sala, como lo propusimos a la Asamblea Nacional Constituyente¹²⁵, es de ejercicio discrecional a los efectos evitar que se pueda abrir un recurso de obligatoria admisión y decisión por la Sala, contra todas las sentencias referidas, lo cual sería imposible de manejar por la magnitud de casos. De allí la posibilidad que tiene la Sala Constitucional para escoger los casos en los cuales estime conveniente conocer del recurso de revisión. En definitiva, como lo ha señalado la Sala Constitucional en su sentencia n° 727 de 8 de abril de 2003, la norma constitucional:

“[N]o dispone, de manera alguna, la creación de una tercera instancia en los procesos cuyas decisiones son sometidas a revisión. El precepto constitucional que se refirió lo que incorpora es una potestad estrictamente excepcional y facultativa para la Sala Constitucional que, como tal, debe ejercerse con la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de recursos de revisión de sentencias definitivamente firmes”¹²⁶.

En la propuesta que formulamos ante la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de octubre de 1999 sobre el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, consideramos que en la Constitución:

124 V. en general, José V. Haro G., “El mecanismo extraordinario de revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo y control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 3 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 231-266; Adán Febres Cordero, “La revisión constitucional”, en *Nuevos estudios de derecho procesal, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, n° 8, Caracas, 2002 pp. 489 a 508.

125 En cierta forma, el recurso es similar al denominado writ of *cerciorari* del sistema norteamericano. V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit., p. 141. V. los comentarios de Jesús María Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas 2000, p. 92.

126 Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala Electoral en fecha 21 de noviembre de 2002*, en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

“[T]ambién debería atribuirse a la Sala Constitucional una competencia para conocer de un recurso extraordinario de revisión que pueda intentarse contra las sentencias de *última instancia* en las cuales se resuelvan cuestiones constitucionales relativas a las leyes, de conocimiento discrecional por la Sala. En esta forma, en materia de cuestiones de constitucionalidad, la Sala Constitucional de la Suprema Corte, a su juicio, podría tener la última palabra en estas materias y en los casos en los que estime necesario estatuir con fuerza de precedente y uniformizar la jurisprudencia”¹²⁷.

Ahora bien, ante la ausencia de legislación reguladora de la Jurisdicción Constitucional en Venezuela¹²⁸, ha sido la Sala Constitucional la que ha construido progresivamente, mediante su labor interpretativa, los contornos del recurso extraordinario de revisión y el alcance de su potestad revisora.

Ya a finales de 2000, como consecuencia de las sentencias n^{os} 1, 2, 44 y 714 de ese mismo año, la Sala resumía el conjunto de reglas o condiciones que debía presentar una sentencia para que procediera dicho recurso, así:

“1^o) La sentencia que se pretenda someter a revisión debe haber cumplido con la doble instancia, bien sea por la vía de la apelación o de la consulta, por lo cual no debe entenderse como una nueva instancia.

2^o) La revisión constitucional se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, lo cual será analizado por la Sala Constitucional, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia.

3^o) Como corolario de lo anterior, a diferencia de la consulta, el recurso de revisión constitucional no procede *ipso iure*, ya que éste depende de la iniciativa de un particular, y no de la del juez que dictó la decisión, a menos que la propia Sala Constitucional de oficio así lo acuerde, tomando en cuenta siempre la finalidad del recurso”¹²⁹.

127 V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 105.

128 El tema sigue estando regulado transitoriamente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

129 V. sentencia de 02-11-2000 (Caso: *Roderick A. Muñoz P. vs. Juzgado de los Municipios Carache, Candelaria y José Felipe Márquez Cañizales de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo*) en *Revista de Derecho Público*, n^o 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 367.

Posteriormente, mediante sentencia n° 93 de 6 de febrero de 2001 (Caso: *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), la Sala comenzó a ampliar su propia competencia revisora, agregando como objeto de revisión otras sentencias dictadas por las propias Salas del Tribunal Supremo u otros tribunales, distintas a las dictadas en materia de amparo o de control difuso de constitucionalidad, afirmando su potestad para revisar, además de estas, las siguientes:

“3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional”¹³⁰.

La Sala Constitucional, por otra parte, en sentencia n° 727 de 8 de abril de 2003 continuó precisando las sentencias que pueden ser objeto del recurso extraordinario de revisión, indicando que además de las sentencias de amparo constitucional y las sentencias de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas fundamentadas en un errado control de constitucionalidad, pueden ser objeto del recurso de revisión”:

“(iii) Las sentencias que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional y (iv) Las sentencias que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás juzgados del país apartándose u obviando, expresa o tácitamente,

130 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 414-415.

alguna interpretación de la Constitución que contenga alguna sentencia de esta Sala con anterioridad al fallo que sea impugnado”¹³¹.

En esta forma, la Sala Constitucional amplió el ámbito de su potestad constitucional revisora de sentencias dictadas en juicios de amparo o con motivo de control difuso de la constitucionalidad, abarcando otras sentencias, *incluso las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo*, lo que constituye una limitación no autorizada en la Constitución al debido proceso y al derecho a la cosa juzgada, con importantes repercusiones en el ámbito de la seguridad jurídica y del Estado de derecho.

La Sala Constitucional en efecto, luego de analizar la garantía del debido proceso en relación con la revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes, en sentencia n° 93 de 6 de febrero de 2001 (Caso: *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), extendió su potestad revisora en relación con sentencias que -por supuesto a juicio de la propia Sala- “se aparten del criterio interpretativo de la norma constitucional que haya previamente establecido la Sala”; para lo cual simplemente se preguntó:

“¿Puede esta Sala, de conformidad con lo establecido en la Constitución, revisar las sentencias definitivamente firmes diferentes a las establecidas en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución que contraríen el criterio interpretativo que esta Sala posee de la Constitución?”

La respuesta a la pregunta, la formuló la propia Sala interpretando el artículo 335 de la Constitución, en particular en cuanto establece el carácter vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales; del cual dedujo que “las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la República están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales”. De allí siguió el siguiente razonamiento de la Sala:

“El hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia o los demás tribunales de la República cometan errores graves y grotescos en cuanto a la

131 Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala Electoral en fecha 21 de noviembre de 2002*, en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

interpretación de la Constitución o no acojan las interpretaciones ya establecidas por esta Sala, implica, además de una violación e irrespeto a la Constitución, una distorsión a la certeza jurídica y, por lo tanto, un quebrantamiento del Estado de Derecho. Por ello, la norma contenida en el artículo 335 de la Constitución establece un control concentrado de la constitucionalidad por parte de esta Sala en lo que respecta a la unificación de criterio relativa a la interpretación de la Constitución.

El Texto Fundamental le otorga pues a la Sala Constitucional una potestad única y suprema en cuanto a la interpretación de la Constitución.... Ahora bien, ¿cómo puede esta Sala ejercer esa potestad máxima de interpretación de la Constitución y unificar el criterio interpretativo de los preceptos constitucionales, si no posee mecanismos extraordinarios de revisión sobre todas las instancias del Poder Judicial incluyendo las demás Salas en aquellos casos que la interpretación de la Constitución no se adapte al criterio de esta Sala? Es definitivamente incongruente con la norma constitucional contenida en el artículo 335 antes citado que, habiendo otorgado la Constitución a esta Sala el carácter de máximo intérprete de los preceptos constitucionales en los términos antes señalados, y habiendo establecido el Texto Fundamental el carácter vinculante de tales decisiones, no pueda esta Sala *de oficio o a solicitud de la parte afectada* por una decisión de alguna otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia o de algún tribunal o juzgado de la República, revisar la sentencia que contraríe una interpretación de algún precepto constitucional previamente establecido o que según esta Sala erróneamente interprete la norma constitucional.

De conformidad con lo anterior, sería inútil la función integradora y de mantenimiento de la coherencia o ausencia de contradicciones en los preceptos constitucionales ejercida por esta Sala, si ésta no poseyera la suficiente potestad para imponer el carácter vinculante de sus interpretaciones establecido expresamente en el artículo 335 de la Constitución o que no pudiera revisar sentencias donde es evidente y grotesca la errónea interpretación.

En el mismo sentido, la norma constitucional referida sería inútil si los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad establecido en el artículo 334 de la Constitución, no pudieran corregir decisiones que se aparten del criterio interpretativo establecido por la Sala Constitucional. Es, más bien, imperativo para todos los tribunales del país así como para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezue-

la, revocar en segunda instancia aquellas decisiones que se aparten de alguna interpretación que esta Sala haya realizado de las normas constitucionales.

Es pues evidente, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estableció una fórmula para cohesionar la interpretación de la norma constitucional, y, en tal sentido, el Texto Fundamental designó a la Sala Constitucional como el ente con la máxima potestad para delimitar el criterio interpretativo de la Constitución y hacerlo vinculante para los demás tribunales de la República y las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Por ello, la Sala Constitucional posee discrecionalmente la potestad coercitiva otorgada por la Constitución para imponer su criterio de interpretación de la Constitución, cuando así lo considere en defensa de una aplicación coherente y unificada de la Carta Magna, evitando así que existan criterios dispersos sobre las interpretaciones de la norma constitucional que distorsionen el sistema jurídico creando incertidumbre e inseguridad en el mismo.

Por consiguiente, esta Sala considera que la propia Constitución le ha otorgado la potestad de corregir las decisiones contrarias a las interpretaciones preestablecidas por la propia Sala o que considere la Sala acogen un criterio donde es evidente el error en la interpretación de las normas constitucionales. Esto tiene el propósito de imponer la potestad constitucional de la Sala Constitucional de actuar como "máximo y último intérprete de la Constitución". Se desprende entonces del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que esta norma establece expresamente la potestad de revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes que se aparten de la interpretación que de manera uniforme debe imponer esta Sala.

Posee entonces potestad esta Sala para revisar tanto las sentencias definitivamente firmes expresamente establecidas en el numeral 10 del artículo 336 contra aquellas, tal como se dejó sentado anteriormente, así como las sentencias definitivamente firmes que se aparten del criterio interpretativo de la norma constitucional que haya previamente establecido esta Sala, lo que en el fondo no es más que una concepción errada del juzgador al realizar el control de la constitucionalidad, y así se declara"¹³².

132 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 412-414.

Esta doctrina¹³³, por lo demás, particularmente en relación con la revisión de sentencias de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, fue recogida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, al disponer en el artículo 5º, párrafo 4º, la potestad de la Sala para:

“Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación; asimismo podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala”.

La culminación de esta doctrina jurisprudencial sobre la competencia relativa al recurso de revisión, independientemente de la ampliación de poderes de la Sala Constitucional de revisar por razones de constitucionalidad materialmente cualquier sentencia, fue recogida en el artículo 5, párrafo 1º,16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, como competencia excepcional para que la Sala Constitucional pueda revisar, a su juicio y discreción, mediante un recurso extraordinario¹³⁴ que se puede ejercer contra sentencias de *última instancia* dictadas por los tribunales de la República, incluidas las otras Salas del Tribunal Supremo, en materia de amparo constitucional o dictadas en ejercicio del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes.

133 En sentencia de la Sala Constitucional n° 899 de 31-5-2002, la Sala se había arrogado la competencia para de oficio dejar sin efecto dediciones judiciales que considerase quebrantaban preceptos constitucionales. V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 393-394.

134 V. en general, José V. Haro G., “El mecanismo extraordinario de revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo y control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 3 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 231-266; Adán Febres Cordero, “La revisión constitucional”, en *Nuevos estudios de derecho procesal, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, n° 8, Caracas, 2002 pp. 489 a 508.

Sin embargo, la misma Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en otra norma contenida en el párrafo 4º del artículo 5, dispuso lo siguiente:

“Artículo 5. P4. De conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo tribunal de la República podrá ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar; quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional haga uso, de oficio o a instancia de parte, de la competencia prevista en el numeral 16 de este artículo y se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme”.

En esta forma, la Ley Orgánica, dejó a salvo, “en todo caso”, que la Sala Constitucional podría hacer uso, *de oficio o a instancia de parte*, de la competencia de revisión prevista en el numeral 16 del artículo 5 “y se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme”.

Se estableció así entonces, legalmente, en relación con los poderes de la Sala Constitucional de revisión de sentencias dictadas por los tribunales en materia de control difuso de la Constitucionalidad previsto en el artículo. 336,10 de la Constitución, la competencia de la Sala para realizar tal revisión no sólo mediante instancia de parte (recurso de revisión) sino *de oficio*. Ello, por supuesto, hecha por tierra el principio de la cosa juzgada que queda a merced de los Magistrados de la Sala Constitucional sin que pueda existir control alguno sobre el controlante.

5. *La actuación de oficio de la Sala Constitucional en materia de avocamiento*

Por último, una competencia excepcional que se había regulado en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, reservada a la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia,¹³⁵ era la potestad de avocarse al conocimiento de causas que cursaren en otros Tribunales, siempre a instancia de parte,

135 Sustituye el artículo 42,29 LOCSJ, con texto similar.

ha sido ahora ampliada hacia las otras salas, incluso la Sala Constitucional, con posibilidad también de su ejercicio de oficio.

En efecto, antes de la sanción de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo en 2004, la Sala Constitucional en su doctrina-jurisprudencia, había extendido esta potestad de avocamiento a todas las Salas del Tribunal Supremo, resolviendo que incluso ello podía ejercerse de oficio y no sólo a instancia de parte. En efecto, mediante sentencia n° 456 de 15 de marzo de 2002 (Caso: *Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público, Municipio Pedro Zaraza, Estado Carabobo*), la Sala se declaró competente para conocer de solicitudes de avocamiento en jurisdicción constitucional (respecto de juicios de amparo)¹³⁶; considerando en otra sentencia n° 806 de 24 de abril de 2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*) como nula la norma de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (art. 43) que consagraba la figura del avocamiento como competencia exclusiva de la Sala Político Administrativa, en virtud de considerar que era “incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia a nivel del máximo tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo en tal sentido”; señalando:

“Esta Sala Constitucional, no obstante la claridad y laconismo con que fue redactado el precepto, objeta el monopolio que se desprende de la lectura conjunta de ambos artículos, en lo que respecta a que el trámite de las solicitudes de avocamiento sea una facultad exclusiva y excluyente de Sala Político Administrativa.

Es decir, y sobre ello ahondará seguidamente, esta Sala es del parecer que tal potestad es inconsistente desde el punto de vista constitucional, y que la misma corresponde, en un sentido contrario a como lo trata dicho dispositivo, a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según que el juicio curse en un tribunal de instancia de inferior jerarquía a la Sala que en definitiva decida examinar la petición (aquí el vocablo *inferior* se entiende en sentido amplio, ya que algunas de estas Salas no son propiamente *alzada* de dichos tribunales; tal sucede con las de casación)...

Llegado este punto, siendo, pues, que la facultad de avocamiento conferida a la Sala Político Administrativa por el artículo 43 de la Ley

136 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no está prevista en la Constitución, ni se deduce de ella, ni la justifica su texto, y que, por el contrario, conspira contra el principio de competencia que informa la labor que desempeñan las Salas del máximo tribunal de la República (art. 232), esta Sala concluye en que dicho precepto resulta inconstitucional...

Tales declaraciones no son, propiamente, precedentes de la posición que mantiene esta Sala Constitucional respecto al tema, toda vez que en ellas se sostuvo, al mismo tiempo, que dicha facultad excepcional, no obstante las referidas limitaciones, resultaba de la *exclusiva* potestad de dicha Sala Político Administrativa (*Vid.* sobre el punto de la exclusividad: *ob. cit.* pp. 40 y 41). Criterio de exclusividad que ha sido expresamente abandonado por esta Sala desde su sentencia n° 456 del 15-03-02, caso: *Mariela Ramírez de Cabeza*. Lo que sí comparte es lo relativo a que la Sala Político Administrativa no estaba constitucionalmente facultada para examinar solicitudes de avocamiento ni adentrarse a su conocimiento cuando de conflictos ajenos a su competencia natural se tratara.

Pero, para prestar un mejor servicio a la justicia, esta Sala Constitucional dará, en atención a sus propias competencias, un giro en este camino, pues declarará que tal competencia (con los límites impuestos por la práctica judicial comentada) debe extenderse a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia¹³⁷.

En todo caso, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, en su artículo 5, párrafo 1°, 48, no sólo ha formalmente extendido a todas las Salas la competencia general de avocamiento, sino que ha incluido, además, la posibilidad del *avocamiento de oficio*, al prescribir como competencia de las Salas:

“Artículo 5. P1. 48. Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente”.

En esta forma, el orden procesal, la garantía del debido proceso y el derecho a la doble instancia ha quedado a la merced de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, al establecerse la atribución de cualesquiera de ellas, en las materias de su respectiva competencia, para recabar de cualquier tribunal de instancia, *de oficio o a instancia de parte*, con conocimiento sumario de la situación, cualquier expediente o

137 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

causa en el estado en que se encuentre, para resolver si se avoca y directamente asume el conocimiento del asunto o, en su defecto lo asigne a otro tribunal (Artículo 18, párrafo 11^o).

Dada las repercusiones de esta atribución generalizada, la propia Ley Orgánica sin embargo dispuso en el Artículo 18, párrafo 12^o, que:

“[...] esta atribución deberá ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido”.

Al admitir la solicitud de avocamiento, la Sala debe oficiar al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y puede ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación. La ley precisa, además, que “serán nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacuerdo por el mandamiento de prohibición” (art. 18, párrafo 13^o).

La sentencia sobre el avocamiento la debe dictar la Sala competente, la cual puede decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido (Art. 18, párrafo 14^o).

IV. REFLEXIÓN FINAL

La Jurisdicción Constitucional ejercida por los tribunales constitucionales o, en el caso de Venezuela, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin duda, en el marco teórico de la justicia constitucional, puede considerarse como uno de los puntos culminantes de la construcción del Estado de Derecho. Por ello, con razón, los tribunales constitucionales son los “intérpretes supremos de la Constitución”, según el calificativo que le atribuyó la Ley Orgá-

nica que creó el Tribunal Constitucional en España¹³⁸ o como los “guardianes de la Constitución”¹³⁹.

Eduardo García de Enterría, al hablar del Tribunal Constitucional español, lo calificó de “comisario del poder constituyente, encargado de defender la Constitución y de velar porque todos los órganos constitucionales conserven su estricta calidad de poderes constituidos”¹⁴⁰ y el antiguo presidente de ese mismo Tribunal, nuestro recordado profesor y amigo, Manuel García Pelayo, vio en él “un órgano constitucional instituido y directamente estructurado por la Constitución”, y 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”¹⁴¹.

Para ello, por supuesto, se requiere de un tribunal constitucional que sea efectivamente autónomo e independiente de las diversas ramas del poder público, pues de lo contrario, si se trata de un órgano controlado por el poder político de turno, en lugar de ser el guardián de la Constitución y del Estado de derecho, puede ser el instrumento más diabólico del autoritarismo y de la destrucción del mismo.

Como a los tribunales constitucionales nadie los controla, se pueden convertir en un poder constituyente derivado no regulado en el texto constitucional, y sus inconstitucionales interpretaciones de la Constitución pueden pasar ilegítimamente a formar parte de la propia Constitución. La pregunta de siempre que suscita el poder incontrolado, *Quis custodiet ipsos custodes*, por tanto, aquí adquiere todo su significado, pues no tiene respuesta¹⁴².

138 Art. 1. “Ley Orgánica del Tribunal constitucional”, Oct. 1979, *Boletín Oficial del Estado*, nº 239.

139 G. Leibholz, *Problemas fundamentales de la Democracia*, Madrid, 1971 p. 15.

140 E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 198.

141 M. García Pelayo, “El Status del Tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. I, nº 1, Madrid, 1981, p. 15.

142 V. Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, en *VIII Congreso Nacional de derecho*

Por ello, por sobretodo, más que las competencias que le son atribuidas, lo importante en un tribunal constitucional es su autonomía e independencia frente al poder. Y ese es el problema que existe en la Venezuela contemporánea, donde lamentablemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, con la última reforma de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, y con la forma como desde 1999 se ha realizado la integración del mismo, no es la garantía que podía esperarse en un Estado de derecho

Lamentablemente, la integración del Tribunal Supremo se ha hecho con magistrados controlados por el poder político y lo que es peor, dependientes del mismo, ya que pueden ser removidos por una Asamblea Nacional totalmente controlada políticamente por el Ejecutivo, incluso sin voto calificado.

Todo ello, lamentablemente, se ha hecho en el marco de proceso de demolición progresiva y sistemática del poder judicial que en los últimos años se ha desarrollado en el país¹⁴³, en el cual, incluso, ha participado la propia Sala Constitucional con decisiones que han resquebrajado el Estado de derecho¹⁴⁴.

Constitucional, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489. Véase el texto de este trabajo en las páginas 47 y ss. de este libro.

- 143 V. Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174.
- 144 V. por ejemplo, lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional Versus El Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp; y en "El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el libro *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referendum Revocatorio*, Editorial Aequitas, Caracas 2004, C.A., pp. 13-58; "El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004", *Stvdi Vrbinati, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI - 2003/04 Nuova Serie A - N. 55,3, Università degli studi di Urbino, Urbino, Italia 2004, pp. 379-436. V. estos trabajos en la Tercera Parte de este libro, páginas 1975 y ss. V. además, "La ilegítima despersonalización de las sociedades, la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria y la violación del debido proceso en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela", en Alfredo Morles e Irene Valera (Coordinadores), *Derecho de Grupos de Sociedades*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Eventos, n° 19, Caracas 2005, pp. 91-129. V. este trabajo en la Cuarta Parte de este libro, páginas 379 y ss.

SEGUNDA PARTE
EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL PODER JUDICIAL

§5. *La justicia sometida al poder: la ausencia de independencia y autonomía de los jueces por la interminable emergencia del Poder Judicial avalada por el juez constitucional (1999-2006)**

I. LA JUSTICIA ENTRE EL FLORIDO LENGUAJE DE LA CONSTITUCIÓN Y LA PRÁCTICA POLÍTICA DE LA CONCENTRACIÓN DEL PODER

La Constitución venezolana de 1999 es, sin duda, entre todas las constituciones latinoamericanas, una de las que mayor énfasis hace en forma expresa sobre los valores fundamentales y principios constitucionales que deben orientar la actuación de la sociedad, de los individuos y del Estado. Lo importante de su consagración en la Constitución, es que los mismos no derivan de la sola interpretación y aplicación de la Constitución por los tribunales, sino del expreso texto constitucional. Sobre ellos, así como sobre su sentido y rango constitucional, como “declaraciones de propósitos”, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha sido explícita en considerar que “esas declaratorias de propósitos tienen un indudable valor, tanto para los órganos del Estado, que deben orientarse por ellas, como para los jueces, en especial esta Sala como máxima tutora judicial de la constitucionalidad” de manera que ha considerado que “los diversos cometidos que el Estado asume son órdenes que deben ser ejecutadas” pues “de poco serviría un texto carente de vinculación para sus destinatarios: autoridades públicas y particulares”¹⁴⁵.

* Estudio redactado para la *Revista Derecho y Democracia*, Universidad Metropolitana, 2006.

145 Sentencia n° 1278 de 17 de Junio de 2005 (Aclaratoria de sentencia de interpretación de los artículos 156, 180 Y 302 de la Constitución).

Entre estos valores expresados en la Constitución de 1999, dentro de la concepción del Estado como “Estado de Justicia” (artículo 1), se destaca por tanto el valor “justicia”, muy analizado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, entre cuyas sentencias se destaca la n° 659 de 24 de marzo de 2000 (Caso: *Rosario Nouel vs. Consejo de la Judicatura y Comisión de Emergencia Judicial*) en la cual se señaló lo siguiente:

“El Poder Judicial como sistema debe tener como valor fundamental a la Justicia y por ende la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, que a su vez sea resultante del ejercicio democrático de la voluntad popular (Artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). El Juez no puede ser un agente de factores de poder (económicos, partidistas, entre otros), que se organice en claves o carteles, y que decida en nombre propio o de estos grupos de poderes; el poder de administrar justicia se hace en nombre de la República y emana de los ciudadanos (Artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); ese poder se debe ejercer con independencia e imparcialidad, por lo que el Juez debe tener una consistencia tal que lo haga ajeno a subordinaciones y a presiones indebidas (Artículos 254 y 256 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) ...

Como se observa, existe un nuevo paradigma en cuanto los valores y principios constitucionales que se vinculan a la justicia como hecho social, político y democrático. Esta nueva concepción de Estado de Justicia trae consigo no tan solo una transformación orgánica del sistema judicial (Artículos 253 y 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también un cambio en la razón íntima que cada ciudadano, y especialmente el Juez, debe tener ...

En este sentido el Juez, a quien se le reclama y exige justicia, debe ser igualmente producto de un hecho democrático que establezca un vínculo de afinidad entre la sociedad que exige y el poder que interpreta los valores y principios constitucionales para alcanzar los fines del Estado. Así, es el Juez quien debe amparar -en nombre de la República y como expresión soberana del pueblo- a quien pide restablecimiento de la situación jurídica, es él quien tutela y armoniza los derechos e intereses con los fines del Estado (Artículos 26 y 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), y esta obligación la identifica la Constitución con el Juez cuando lo obliga a asegurar la integridad de la Constitución, y por ende, le da la potestad de desaplicar las normas que colidan con el texto fundamental (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Entonces, el Poder Judicial en una distribución tripartita del Poder Público no es el tercer poder, así como en una distribución pentapartita el Poder Judicial no es el quinto poder; el Poder Judicial representa el poder integrado y estabilizador del Estado, ya que es el único que tiene competencia para controlar y aún disolver al resto de los Poderes Públicos. Eso nos hace un Estado Judicialista”¹⁴⁶.

Pero además, conforme a la misma Constitución, en cuanto a la justicia que el Estado debe garantizar, la misma está por encima de la legalidad formal, para lo cual no sólo se establece el valor justicia en el Preámbulo y en el artículo 1º, sino que se regula expresamente el derecho de acceso a la justicia y a la obtención de una tutela efectiva de los derechos e intereses de las personas, buscando organizar unos tribunales que deben garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26); a cuyo efecto las leyes procesales deben establecer la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptar un procedimiento breve, oral y público, sin sacrificarse la justicia por la omisión de formalidades no esenciales (Art. 257).

Todo ello conforme a la noción de Estado de Justicia, respecto del cual, entre los múltiples fallos dictados por el Tribunal Supremo de Justicia, se destaca la sentencia nº 949 de la Sala Político Administrativa de 26 de abril de 2000, en la cual se señaló:

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

Y esta noción de Justicia material adquiere especial significación en el fértil campo de los procesos judiciales en los que el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 del texto fundamental), la búsqueda de la verdad como elemento consustancial a la Justicia, en los que no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales (artículo

146 V. en *Revista de Derecho Público*, nº 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 103 y 104.

257), y el entendimiento de que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26), conforman una cosmovisión de Estado justo, del justiciable como elemento protagónico de la democracia, y del deber ineludible que tienen los operadores u operarios del Poder Judicial de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores y principios constitucionales".¹⁴⁷.

Esta concepción del Estado de Justicia también ha sido analizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en la sentencia n° 389 de 7 de marzo de 2002, en la cual reiteró el principio de la informalidad del proceso, afirmando como principio del Estado de justicia, el principio del *pro actione*¹⁴⁸.

Pero el lenguaje florido de la Constitución y el también lenguaje exuberante del Tribunal Supremo, lamentablemente no pasan de ser eso, lenguaje y sólo floridos y exuberantes, con poca aplicación y efectividad en la práctica, dado que durante todo el tiempo de vigencia de la Constitución de 1999, lo que ha caracterizado a la justicia ha sido una permanente y anormal situación de emergencia. Ello, en lugar de haber abonado el campo de la Judicatura para la aplicación de los principios constitucionales, lo que ha provocado es la progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial por parte de los diversos órganos del Estado, incluido el propio Tribunal Supremo de Justicia¹⁴⁹, sin las cuales los valores de la Constitución en materia de justicia, no pasan de ser sólo simples enunciados.

Ese proceso de control político sobre el Poder Judicial, comenzó con las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 la

147 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 163 y ss.

148 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

149 V. Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004, documento preparado para las XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar sobre "Administración de Justicia y Derechos Humanos", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, enero 2005, publicado en el libro: *XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp.33-174.

cual declaró una “emergencia judicial” que no ha cesado hasta la fecha, siendo la última actuación en el tiempo, después de la sanción de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en mayo de 2004, la decisión de la Sala Constitucional de dicho Tribunal de junio de 2005, en la cual designó a los miembros de la Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial, con la consecuente “regularización” o titulación de los jueces provisorios como definitivos, sin concurso alguno, en violación abierta de la Constitución.

II. EL INICIO DEL SOMETIMIENTO DE LOS JUECES AL PODER: LA INTERVENCIÓN CONSTITUYENTE DEL PODER JUDICIAL

La Asamblea Nacional Constituyente electa en julio de 1999, luego de intensos debates sobre la problemática del Poder Judicial y de su gobierno¹⁵⁰, al instalarse en agosto de ese mismo año, se auto atribuyó el carácter de “poder constituyente originario” y con ello asumió potestades públicas por encima de la Constitución de 1961, de cuya interpretación había surgido¹⁵¹, asumiendo la tarea de intervenir todos los Poderes Públicos constituidos¹⁵².

Para ello, la Asamblea comenzó dictando un “Decreto mediante el cual se declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público” de fecha 12 de agosto de 1999¹⁵³, el cual fue seguido por el “Decreto mediante el cual se regulan las funciones del Poder Legisla-

150 V. Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 453 y ss.

151 Con ello se comenzó a ejecutar el golpe de estado constituyente. V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México, 2002. Como ha señalado Lolymer Hernández Camargo, con la aprobación del Estatuto “quedó consumada la inobservancia a la voluntad popular que le había impuesto límites a la Asamblea Nacional Constituyente... Se auto proclamó como poder constituyente originario, absoluto e ilimitado, con lo cual el Estado perdió toda razón de ser, pues si se mancilló la voluntad popular y su manifestación normativa (la Constitución), no es posible calificar al Estado como de derecho ni menos aun democrático”, en *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, UCAT, San Cristóbal 2000, p. 73.

152 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 99 y ss.

153 *Gaceta Oficial* n° 36.764 de 13-08-99.

tivo”¹⁵⁴. Con ello se materializó jurídicamente el golpe de Estado que dio la Asamblea Nacional Constituyente, al violar la Constitución de 1961 y extinguir un órgano constitucional constituido y electo por votación popular como era el antiguo Congreso; intervenir sus funciones legislativas; limitar la autonomía de los Estados y Municipios, y lesionar la autonomía de las Contralorías.

Una semana después, la Asamblea resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia” (art. 1º), a cuyo efecto creó una “Comisión de Emergencia Judicial”, la cual asumió el proceso de intervención del Poder Judicial¹⁵⁵. Dicha Comisión y la “emergencia” le sirvió de excusa para su creación, no han cesado hasta el presente, y en su inicio asumió atribuciones como la de, en su momento, evaluar del desempeño de la propia antigua Corte Suprema de Justicia (arts. 3,3 y 4), decidir sobre la destitución y suspensión de jueces y funcionarios judiciales, y sobre y la designación de suplentes o conjueces para sustituir temporalmente a los jueces destituidos o suspendidos (art. 8).

Dicha declaratoria de Emergencia Judicial, conforme se aprobó en agosto de 1999, supuestamente debía tener vigencia hasta que se sancionara la nueva Constitución (art. 32), lo que ocurrió en diciembre de 1999. Sin embargo, en la práctica, la situación de emergencia ha sido *sine die*, fundamentalmente por la falta del Tribunal Supremo de Justicia en asumir el gobierno judicial conforme a las competencias que le asignó la nueva Constitución de 1999 (art. 267), así como por la prórroga de la transitoriedad constitucional por obra de la Asamblea Nacional, dada su propia omisión en dictar las leyes necesarias.

El Tribunal Supremo de Justicia, en efecto, a partir de enero de 2000, fue complaciente con la forma irregular e inconstitucional de la intervención del Poder Judicial, a cuyo efecto, como cómplice en el proceso de sometimiento político del mismo, se abstuvo deliberadamente de asumir sus propias funciones de gobierno judicial conforme a la Constitución. Esa transitoriedad de la inconstitucional emergencia, incluso, lejos de haberse eliminado, fue formalmente prorrogada

154 *Gaceta Oficial* n° 36.772 de 25-08-99

155 *Gaceta Oficial* n° 36.772 de 25-08-99 reimpresso en *Gaceta Oficial* n° 36.782 de 08-09-99.

en mayo de 2004, con la sanción de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹⁵⁶.

En todo caso, con fundamento en aquél Decreto de la emergencia judicial, se produjo la inconstitucional intervención del Poder Judicial, se destituyeron y suspendieron centenares de jueces con precaria garantía al derecho a la defensa, se designaron jueces suplentes e interinos sin sistema alguno de selección que no fuera la sola voluntad del designante, y se ha procedido luego a transformarlos en jueces titulares, sin concurso alguno. Con ello, el Poder Judicial en Venezuela quedó signado por la provisionalidad¹⁵⁷ y la temporalidad convertida luego en titularidad, con su inevitable secuela de dependencia respecto del nuevo Poder, sin que se hubiera realizado concurso alguno para la selección de jueces.

Además, también en 1999, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otro Decreto mediante el cual confirió una serie de facultades a la Comisión de Emergencia Judicial, completamente al margen de la Constitución, con supuesta duración “hasta el 16 de diciembre del presente año” (1999), para reglamentar el plan de evaluación de los jueces, determinar la permanencia o sustitución de los mismos y el régimen de selección y concursos (art. único)¹⁵⁸.

El resultado de toda esta intervención del Poder Judicial fue la “depuración” de la Justicia, y la designación indiscriminada de “nuevos” jueces, sin concursos, quedando dependientes del nuevo Poder que los había designado.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, en fecha 23 de agosto de 1999, y con motivo de la inconstitucional decisión de la Asamblea Constituyente de intervenir el Poder Judicial, adoptó un desafortu-

156 *Gaceta Oficial* n° 37.942 de 19-05-2004. V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica de Venezolana, Caracas 2004.

157 Por ello, sólo dos años después del inicio del proceso de intervención, en agosto de 2001, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ya admitían que más del 90% de los jueces de la República eran provisionales. V. *El Universal*, Caracas 15-08-01, p. 1-4. En mayo de 2001 otros Magistrados del Tribunal Supremo reconocían el fracaso de la llamada “emergencia judicial”. V. *El Universal*, Caracas 30-05-01, p. 1-4.

158 *Gaceta Oficial* n° 36.832 de 18-11-99

nado Acuerdo¹⁵⁹ con el cual se hizo cómplice de la violación de la Constitución y de la propia autonomía del Supremo Tribunal, en el cual no sólo fijó posición ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, sin condenarlo; sino que aceptó la designación de uno de sus propios Magistrados como miembro integrante de la ilegítima Comisión de Emergencia Judicial. Con dicho Acuerdo, en definitiva, la Corte Suprema de Justicia había decretado su propia extinción, como de hecho ocurrió sólo tres meses después, el 20 de diciembre de 1999.

Esta intervención constituyente del Poder Judicial en Venezuela, fue el inicio del proceso de demolición de la autonomía e independencia del mismo, y de su sometimiento a los designios de quienes controlan el poder político desde el Poder Ejecutivo y la Asamblea Nacional. La base para esta intervención del Poder judicial, por otra parte, quedó asegurada en la propia Constitución, al establecer un esquema de concentración del poder que contradice la penta división del poder Público, y que ha asegurado la sujeción de todos los poderes del Estado al Ejecutivo.

III. LA AUSENCIA DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL POR EL GERMEN CONSTITUCIONAL DE CONCENTRACIÓN DEL PODER, EN CONTRADICCIÓN CON LA PENTA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO

Como es sabido, Venezuela es el único país del mundo que ha establecido formalmente en su Constitución, no la clásica división tripartita del Poder Público entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial a los efectos de asegurar la separación de poderes y el control del poder por el poder, tal y como fue definido en los orígenes del constitucionalismo moderno hace más de 200 años; sino una penta división del poder, además de entre los tres clásicos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, entre dos más, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral (artículo 136, Constitución). Se trata, por tanto, de una penta división del Poder Público, conforme a la cual, supuestamente

159 V. nuestros comentarios sobre el Acuerdo, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, Tomo I, Fundación de Derecho, Caracas 1999, pp. 141 y ss. V. además, los comentarios de Lolymer Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit, pp. 75 y ss.

todos son autónomos e independientes entre sí, entre los cuales se destaca el Poder Judicial, concebido como una de las ramas del Poder público nacional que actúa con independencia y autonomía respecto de los demás Poderes del Estado.

Pero lamentablemente, el balance y contrapeso que supuestamente debería existir entre las cinco ramas de los Poderes del Estado, en su división horizontal a nivel nacional, en la práctica no existe, ya que, lamentablemente, fue la propia Constitución la que estableció el germen del “desbalance” entre los Poderes del Estado, lo que ha conducido al centralismo y al autoritarismo, al asignar a la Asamblea Nacional la potestad de remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y a las autoridades de los Poderes Electoral y Ciudadano. Por ello, precisamente, al momento de ser sometido el texto constitucional a aprobación mediante referéndum, el 15 de diciembre de 1999, al oponernos a dicha aprobación refrendaria del texto constitucional, denunciarnos que en el mismo se establecería

“Un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado. En mi opinión -agregaba-, esto no era lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil”¹⁶⁰.

Y efecto, la Constitución de 1999, al establecer la penta división del Poder Público, en paralelo atribuyó a la Asamblea Nacional la potestad general de *remover* a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo (art. 279); así como a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

Con la previsión en la Constitución de estas solas atribuciones, en realidad, a pesar de la rimbombante penta división del Poder Público,

160 Documento de 30 de noviembre de 1999. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 339.

lo que estableció fue la evidente primacía del Poder Legislativo (la Asamblea Nacional) sobre el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, ya que los titulares de cuyos órganos, en definitiva, en última instancia materialmente dependen de la voluntad política del Legislador, como en efecto ha ocurrido. El Poder Ejecutivo subsiste en el esquema constitucional vigente en Venezuela, siempre que controle, políticamente al Poder Legislativo, lo que ha ocurrido efectivamente en los últimos siete años, pues con ello controla todos los Poderes del Estado, como también ha ocurrido en la práctica. Al contrario, si en el esquema constitucional, el Poder Ejecutivo llegase a perder el control político del Poder Legislativo, la rimbombante penta división del Poder Público de la Constitución estallarían en mil pedazos eliminando toda forma de gobernabilidad.

En todo caso, conforme a este esquema constitucional, el sólo hecho de que los Magistrados del Tribunal Supremo, aún cuando sean elegidos por la Asamblea Nacional por un período de doce años (artículo 264), puedan ser removidos por la misma Asamblea en cualquier momento (artículo 265), implica que han quedado a la merced del poder político, como en efecto ha ocurrido. Es cierto que la Constitución exige para la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo una mayoría calificada de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves que sean previamente calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca. Sin embargo, ello no elimina el germen de dependencia que está previsto en la Constitución, y menos cuando la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido una nueva forma de remoción de los Magistrados, en evidente fraude a la Constitución, con el voto de la mayoría absoluta, cuando se trate de “revocación del acto administrativo de nombramiento de los Magistrados”.

En efecto, la dependencia del Poder Judicial respecto del poder político se agravó en Venezuela, en mayo de 2004, con la sanción por la propia Asamblea Nacional de la muy esperada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹⁶¹, con la cual no sólo se aumentó el

161 V. en *Gaceta Oficial* n° 37942 de 20-05-2004. V. sobre dicha Ley, V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004

número de Magistrados del Tribunal Supremo, consolidándose el control del mismo por el Poder Ejecutivo, sino que se aumentó la dependencia de los Magistrados al haberse regulado en forma inconstitucional la posibilidad de su remoción con el voto de los integrantes de la Asamblea Nacional por mayoría absoluta.

En efecto, el artículo 23 párrafo 3º de la Ley Orgánica, conforme lo dispone la Constitución, reiteró que los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser removidos de sus cargos en casos de faltas graves, por la Asamblea Nacional, previa la solicitud y calificación de las faltas que realizare el Poder Ciudadano, en cuyo caso, la remoción debe ser acordada por una mayoría calificada de las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, previa audiencia del Magistrado. Conforme a la Ley Orgánica, a partir del momento en que el Poder Ciudadano califique la falta como grave y solicite la remoción por unanimidad, el Magistrado queda suspendido del cargo, hasta la decisión definitiva de la Asamblea Nacional. Sin embargo, basta leer la enumeración de los supuestos de “falta grave”, para constatar lo precaria que, en definitiva, resulta la estabilidad de los Magistrados, cuya permanencia en sus funciones queda a la merced de la mayoría calificada de la Asamblea Nacional.

Sin embargo, la exigencia constitucional de una mayoría parlamentaria de las 2/3 partes de los diputados integrantes de la Asamblea (Art. 265), por supuesto, en una situación de extrema polarización política, hace muy difícil a la Asamblea poder proceder a remover a los magistrados que pudieran ser incómodos al Poder político, por lo que la Asamblea, en un evidente fraude a la Constitución “inventó” otra causal de remoción de los Magistrados, que denominó como “anulación del nombramiento de los Magistrados”, la cual se puede adoptar con mayoría absoluta, en lugar de la mayoría calificada que exige la Constitución.

Esta inconstitucional potestad, por supuesto, fue ejercida en forma inmediata por la Asamblea Nacional, el 15 de junio de 2004, al aprobar un informe de una Comisión que investigaba la crisis en el Poder Judicial, en el cual se recomendó a “anular” el acto el nombramiento de quien para el momento era el Magistrado Vicepresidente del Tribunal Supremo, en razón de haber supuestamente “suministrado falsa información para el momento de la aceptación de su pos-

itulación para ser ratificado en ese cargo”¹⁶². Debe precisarse que dicho Vicepresidente del Tribunal Supremo había sido precisamente el Magistrado Ponente en la sentencia de la Sala Plena Accidental de 14 de agosto de 2002, (Caso: *Antejuicio de mérito a oficiales de la Fuerza Armada Nacional*), que consideró que lo que había ocurrido en el país el 12 de abril de 2002 no había sido una crisis gubernamental debido al vacío de poder provocado por la renuncia del Presidente de la República, sentencia que había sido intensamente criticada por el Presidente de la República, y que dos años después, complacientemente sería anulada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo por motivos formales. El mencionado magistrado, incluso había sido protegido en su titularidad por una decisión de amparo adoptada por la Sala Constitucional con ocasión de una decisión anterior de la Asamblea Nacional contra el mismo el 3 de diciembre de 2002¹⁶³. La Sala, sin embargo, en vista de la efectiva “remoción” del magistrado, muy “convenientemente” no extendió la protección constitucional de amparo que se la había otorgado, lo que originó efectivamente su “remoción” o la “revocación de su nombramiento”.

La mayor lesión a la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela, por tanto, es la sola posibilidad de que los magistrados del Tribunal Supremo, nombrados por la Asamblea Nacional, puedan ser removidos por la propia Asamblea, incluso con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros. Esta es una regulación que, en esos términos, no existe en ningún país democrático.

IV. LA INCONSTITUCIONAL LESIÓN A LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO CON LA BURLA A LA EXIGENCIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA DESIGNACIÓN DE SUS MAGISTRADOS

Por otra partes, y a pesar de la antes mencionada amenaza permanente de remoción que existe sobre todos los Magistrados del Tribunal Supremo si llegan a apartarse de la línea política del poder, en en texto de la Constitución se hizo un gran esfuerzo para al menos

162 Según la investigación parlamentaria, el Magistrado no habría tenido 15 años como profesor universitario titular, ni tampoco estudios de postgrado. V. la información en *El Nacional*, Caracas, 16-06-2004, p. A-5.

163 V. la información en *El Nacional*, Caracas, 18-06-2004, p. A-4.

asegurar que la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo, así como de los demás integrantes del Poder Ciudadano y del Poder Electoral, se hiciese de manera tal que desde un nombramiento transparente se pudiera garantizar su autonomía e independencia, sobre todo en relación con el poder político de los partidos. Para ello, la Constitución estableció directamente a nivel nacional algunos mecanismos para garantizar la participación directa de los representantes de los diversos sectores de la sociedad en la toma de decisiones para el nombramiento o elección de dichos altos funcionarios del Estado, al reservarles la potestad de postulación de los candidatos.

En concreto, la Constitución reguló extensivamente la integración de unos "Comités de Postulaciones" para la designación, por la Asamblea Nacional, de los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público (Poder Judicial, Poder Ciudadano, Poder Electoral), sólo entre los candidatos postulados por dichos Comités; Comités que debían estar necesaria y solamente integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad.

Esta reforma constitucional se adoptó como consecuencia de crítica generalizada que se había formulado al sistema tradicional de designación de los dichos altos funcionarios públicos no electos popularmente, por parte del antiguo Congreso Nacional, es decir, del Fiscal General, del Contralor General y de los Magistrados de la Corte Suprema, tal como la establecía la Constitución de 1961, conforme a la cual el órgano legislativo tenía todo el poder discrecional para, mediante solo acuerdos entre los partidos políticos, efectuar dichas designaciones¹⁶⁴.

Por ello, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, en esta materia, en sentido contrario a la práctica política anterior, se impuso el principio de la participación popular sobre el principio de la representatividad, y si bien se le atribuyó a la Asamblea Nacional la competencia para designar a los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público, la reforma constitucional más importante que se introdujo en la materia, consistió en *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional para hacer tales nombramientos*. A tal efecto, la Constitución reguló en forma expresa y precisa, la necesaria e indis-

164 V. por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, *Los problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

pensable *participación activa de la sociedad* en dichos nombramientos, al atribuirle a unos Comités de Postulaciones integrados por “representantes de los diversos sectores de la sociedad”, la *potestad exclusiva* de hacer las postulaciones ante la Asamblea Nacional, de los candidatos para ocupar dichos altos cargos de órganos constitucionales. El sistema constitucional adoptado, en consecuencia, por una parte, buscaba impedir que se pudieran formular postulaciones directamente para tales designaciones, ante la Asamblea Nacional; y por otra parte, buscaba asegurar que la Asamblea Nacional no pudiera designar para dichos cargos personas distintas a las postuladas por los Comités de Postulaciones.

Esos Comités de Postulaciones, integrados por *representantes de los diferentes sectores de la sociedad*, se concibieron como organizaciones no estatales, de la sociedad civil en las cuales, por tanto, no podían formar parte ni funcionarios estatales ni los representantes populares a la Asamblea nacional y a los otros cuerpos deliberantes de elección popular.

Pero a pesar de todas estas regulaciones constitucionales, que exigen la formación de Comités de Postulaciones integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad para la designación por la Asamblea Nacional, de los altos funcionarios del Estado no electos popularmente (Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Fiscal General de la República, del Contralor General de la República y del Defensor del Pueblo, así como de los miembros del Consejo Nacional Electoral), y de la insistencia en el texto de la Constitución del tema de la participación política de los administrados en las actividades estatales, en la práctica política y legislativa, dicha participación no se ha asegurado, habiéndose conservado y aún más, asegurado, en cabeza de la Asamblea Nacional, materialmente del mismo poder discrecional que tenía el antiguo Congreso Nacional en la designación de dichos funcionarios.

En efecto, la violación a la Constitución comenzó con la sanción por la Asamblea Nacional de la llamada “Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional” de noviembre de 2000, mediante la cual se creó una Comisión Parlamentaria integrada con mayoría de diputados para escoger a los referidos funcionarios, susti-

tuyéndose a los Comités de Postulaciones regulados en la Constitución, que debían estar exclusivamente integrados “por representantes de los diversos sectores de la sociedad”. La sociedad civil fue así marginada, y los titulares de los órganos de los Poderes Ciudadano y Judicial fueron nombrados con la más absoluta discrecionalidad (Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República) y los Magistrados del Tribunal Supremo se designaron, incluso y sin atender algunos de los criterios objetivos que la Constitución establece como condición para ocupar dichos cargos. A través de esta legislación, se consolidó el control político del Ejecutivo a través del dominio de la Asamblea Nacional en relación con todos los Poderes Públicos. Esta violación constitucional fue advertida desde el inicio¹⁶⁵, y la misma ha continuado en particular respecto del nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo.

165 Este problema constitucional, por ejemplo, fue destacado por el Secretario General de la OEA, en su Informe a la Asamblea General de fecha 18 de abril de 2002, y lo destacó con mayor fuerza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el comunicado de prensa n° 23/02 que emitió el 10 de mayo de 2002, en el cual destacó los cuestionamientos que había recibido “relacionados con la legitimidad del proceso de elección de los máximos titulares del Poder Judicial..., procedimientos éstos no contemplados por la Constitución Venezolana. La información recibida indica que dichas autoridades no fueron postuladas por los comités establecidos por la Constitución sino sobre la base de una ley dictada por la Asamblea Nacional con posterioridad a la aprobación de la Constitución...” (n° 7). El tema lo desarrolló más detenidamente la propia Comisión Interamericana en la Observaciones Preliminares de fecha 10 de mayo de 2002, constatando que “Las reformas constitucionales introducidas en la forma de elección de estas autoridades no fueron utilizadas en este caso. Esas normas eran precisamente las que buscaban limitar injerencias indebidas, asegurar mayor independencia e imparcialidad y permitir que diversas voces de la sociedad sean escuchadas en la elección de tan altas autoridades” (n° 26); agregando: ‘27. La Comisión también pudo constatar diversos cuestionamientos al ejercicio de las facultades del poder judicial sin la debida independencia e imparcialidad. En diversas oportunidades, el Tribunal Supremo de Justicia habría adoptado decisiones exclusivamente fundadas en favorecer los intereses del Poder Ejecutivo. Entre otros, se mencionaron las decisiones sobre el cuestionamiento a la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, y la decisión sobre la duración del período presidencial. 28. La Comisión se encuentra preocupada por la posible falta de independencia y autonomía de los otros poderes respecto al Poder Ejecutivo, pues indicarían que el equilibrio de poderes y la posibilidad de controlar los abusos de poder que debe caracterizar un Estado de Derecho estaría seriamente debilitado. Al respecto, la CIDH debe señalar que la separación e independencia de los poderes es un elemento esencial de la democracia, de conformidad con el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

La Constitución, en efecto, concibe al Comité de Postulaciones Judiciales (art. 270), como un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 264), el cual debe estar “integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley”. En esta forma, la Constitución estableció un *mecanismo directamente regulado en el texto fundamental* que asegura la participación de los “diversos sectores de la sociedad” en la gestión de asuntos públicos.

Pero estas disposiciones constitucionales, como se dijo, han continuado siendo violadas y burladas, habiendo sido el Legislador el que ha incurrido en fraude constitucional al establecer en definitiva, otro sistema de elección de Magistrados escapándose del control de los representantes de la sociedad civil. En efecto, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004¹⁶⁶, el Comité de Postulaciones Judiciales, en lugar de estar integrado sólo y exclusivamente “por representantes de los diversos sectores de la sociedad” como lo exige la Constitución, se dispuso que estaría integrado por “once (11) miembros principales, con sus respectivos suplentes, cinco (5) de los cuales deben ser elegidos del seno del órgano legislativo nacional, y los otros seis (6) miembros, de los demás sectores de la sociedad, los cuales se deben elegir en un procedimiento público (Art. 13, párrafo 2º).

Se trata, en este caso, entonces y en la práctica, de una “Comisión parlamentaria ampliada” establecida con sede en la propia Asamblea Nacional (Art. 13); cuando, por esencia, los diputados a la Asamblea Nacional, no pueden considerarse representantes de la sociedad civil, y menos en funcionarios autónomos e independientes.

En esta forma, luego de aumentarse el número de Magistrados del Tribunal Supremo con esa reforma a la ley a 35 Magistrados, a través de este comité de postulaciones se aseguró el control político de las designaciones, lo que incluso fue anunciado públicamente por su Presidente durante el proceso de selección, en el sentido de que no sería electa para magistrado persona alguna que no estuviera en la línea del proceso político conducido por el Ejecutivo.

166 *Gaceta Oficial* n° 37.942 de 20-05-2004. V. los comentarios a la Ley en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Caracas, 2004.

V. LA INTERMINABLE INTERVENCIÓN POLÍTICA DEL PODER JUDICIAL CON LA COMPLICIDAD DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La Constitución de 1999 eliminó la figura del Consejo de la Judicatura que había establecido la Constitución de 1961 para el gobierno y administración del Poder Judicial, y en su lugar, se asignó dichas funciones al Tribunal Supremo de Justicia, para lo cual dispuso que el mismo tendría una Dirección Ejecutiva de la Magistratura (art. 267). Además, en la *Disposición Transitoria Cuarta*, se hizo mención a una “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, la cual, sin embargo, para el momento de la aprobación refrendaria de la Constitución el 15 de diciembre de 1999 no existía, pues la que existió durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, como se dijo, había sido la “Comisión de Emergencia Judicial”. Sin embargo, a pesar de esta incongruencia, la mención que hace dicha Disposición Transitoria sobre esa inexistente para ese momento “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, fue sólo y únicamente a los efectos de que desarrollase transitoriamente, hasta que se dictase la ley respectiva, el “sistema de defensa pública”.

Dicha Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sin embargo, fue luego irregularmente creada mediante un decreto dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, después de que la Constitución fuera aprobada por referéndum, denominado “Decreto del Régimen de Transición del Poder Público” (art. 27) de 22 de diciembre de 1999¹⁶⁷, en el cual se dispuso que mientras el Tribunal Supremo organizaba la referida Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el gobierno y administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los Tribunales, y todas las competencias que la legislación para ese momento vigente, atribuían al antiguo Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (art. 21).

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente, en forma evidentemente contraria a la Constitución, le confiscó al Tribunal

167 V. en *Gaceta Oficial* n° 36.859 de 29-12-99. V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, cit.*, pp. 1017 y ss.

Supremo, cuyos miembros había designado cesando a los antiguos magistrados de la anterior Corte Suprema, una de sus nuevas funciones, incluso para que no la pudiera ejercer después de que la nueva Constitución entrara en vigencia, y se la atribuyó a una “Comisión” creada y designada por la propia Asamblea Constituyente, y no por el nuevo Tribunal Supremo; situación irregular que el propio Tribunal Supremo de Justicia luego aceptó resignadamente por más de un lustro, renunciando a ejercer sus competencias constitucionales.

Por otra parte, la disposición del artículo 23 del Decreto del 22 de diciembre de 1999 constituía una verdadera “Disposición Transitoria constitucional” que debió haber sido incorporada en las de la propia Constitución, la cual, sin embargo no estaba en el proyecto aprobado popularmente y que la Asamblea Constituyente dictó en evidente usurpación de la voluntad popular (la del pueblo), disponiendo que la competencia disciplinaria judicial que conforme a la Constitución debe corresponder a los tribunales disciplinarios de conformidad con lo que se regula en el artículo 267 de la Constitución recién aprobada, sería ejercida por la referida Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, y no por los jueces. Dicho artículo 23 del decreto, en efecto, dispuso esa inconstitucional transitoriedad:

“De acuerdo con el presente régimen de *transición y hasta* que la Asamblea Nacional *apruebe la legislación* que determine los *procesos y tribunales* disciplinarios”.

Pero contrariamente a ello, conforme a la nueva Constitución, sólo los jueces pueden ejercer la función disciplinaria judicial (art. 253), por lo que era totalmente ilegítimo y contrario a la garantía del debido proceso (art. 49), el atribuir funciones judiciales disciplinarias respecto de los jueces a una “Comisión” *ad hoc* como la mencionada, que no era ni es un Tribunal. Si se trataba de establecer, así fuera arbitrariamente, un régimen transitorio para la jurisdicción disciplinaria, las funciones judiciales que ello implica constitucionalmente, debieron atribuirse por ejemplo a tribunales o jueces preexistentes, y no a una “Comisión” *ad hoc*, pues ello, además, violaba la garantía del debido proceso y del juez natural que la nueva Constitución regulaba expresamente (art. 49).

Con posterioridad al Decreto sobre Régimen Transitorio de diciembre de 1999 que creó la mencionada Comisión, la Asamblea Na-

cional Constituyente dictó otros dos Decretos el 18 de enero de 2000 en relación con el Poder Judicial, también “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, que fueron el relativo a la designación del Inspector de Tribunales¹⁶⁸, y el relativo a la designación de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial¹⁶⁹.

Esta situación de absoluta transitoriedad y de inaplicación del texto constitucional, se ha prolongado por la omisión del mismo Tribunal Supremo hasta el presente, a pesar de que el 2 de agosto de 2000, el Tribunal dictó la “Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”, con la cual supuestamente se daría satisfacción al expreso mandato constitucional del artículo 267, supuestamente para “poner fin a la vigencia del régimen transitorio dictado por el Constituyente”, lo cual sin embargo, no ocurrió.

En efecto, el artículo 1º de la referida Normativa el Tribunal Supremo dispuso la creación de “la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial”. Esta Dirección Ejecutiva de la Magistratura se erigió entonces como un órgano del Tribunal Supremo en el ejercicio de sus atribuciones relativas a la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, es decir, se trató de un órgano que ejerce por delegación tales atribuciones que, se insiste, son propias de este Tribunal Supremo de Justicia.

Pero en materia de jurisdicción disciplinaria de los jueces, en el artículo 30 de la misma Normativa, el Tribunal Supremo, sin justificación ni competencia algunas, y en fraude a la Constitución, prorrogó la existencia y funcionamiento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, que debía ser organizada en la forma que determinase el Tribunal Supremo de Justicia, la cual sólo tendría a su cargo, luego de la vigencia de la referida Normativa, “funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”. El Tribunal Supremo, así renunció a sus funciones incluso en materia normativa respecto del gobierno del Poder judicial, y tan fue así, que fue la propia “Comisión de Fun-

168 *Gaceta Oficial* nº 36.878 de 26-01-00.

169 *Gaceta Oficial* nº 36.878 de 26-01-00.

cionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, la que, sin base constitucional o legal alguna, en noviembre de 2000 dictó la nueva “normativa” para la sanción y destitución de los jueces, contenida en el Reglamento de la Comisión y Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial¹⁷⁰; “normativa”, con el cual procedió definitivamente a “depurar” el Poder Judicial de jueces no afectos al régimen. Lo insólito, es que dicho “reglamento” ni siquiera fue dictado por el propio Tribunal Supremo que, conforme a la Constitución, es el que tiene a su cargo el gobierno y administración del Poder Judicial, y ésta lo haya aceptado sumisamente, avalando el funcionamiento de una inconstitucional Comisión, admitiendo no sólo que esta dictase sus propias normas de funcionamiento, sino el régimen disciplinario de los jueces, es decir, el régimen sancionatorio y de destitución de los mismos.

Continuó así dicha Comisión, esta vez por voluntad del mismo Tribunal Supremo, en el ejercicio de funciones transitorias en materia disciplinaria que son esencialmente judiciales; situación que fue nuevamente prorrogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004¹⁷¹, en cuya Disposición Transitoria Única, párrafo 2, e) se dispuso que:

“e) La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios”.

La norma constitucional que exige que “la jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley” (art. 267), por tanto, durante todos los años de vigencia de la Constitución, ha sido letra muerta; años durante los cuales los jueces no han tenido garantía alguna en cuanto a su estabilidad, y su permanencia en el Poder Judicial ha quedado a la merced de una Comisión “no judicial”, la cual los ha suspendido a mansalva, particularmente cuando han dictado decisiones que no han complacido al Poder.

170 V. en *Gaceta Oficial* n° 37.080, de 17-11-2000.

171 V. en *Gaceta Oficial* n° 37942 de 20-05-2004.

Lamentablemente en esta materia, sin embargo, el “activismo judicial” de la Sala Constitucional que la ha llevado, incluso, a juzgar de oficio la inconstitucionalidad de la omisión del Legislador, por ejemplo, al no haber sancionado en el tiempo requerido la Ley Orgánica del Poder Municipal¹⁷², no ha sido aplicado para tratar de obligar al legislador a dictar las leyes básicas para garantizar, precisamente, la autonomía e independencia del Poder Judicial, que el Tribunal Supremo administra y gobierna, mediante la garantía de estabilidad de los jueces.

Dos piezas claves establecidas en la Constitución para garantizar la autonomía e independencia de los jueces, es precisamente, todo el régimen el régimen instituido, primero, para garantizar el nombramiento de jueces idóneos e independientes, sólo mediante concursos públicos; y segundo, para garantizar la remoción de los jueces sólo mediante juicios disciplinarios desarrollados con las garantías del debido proceso por ante jueces disciplinarios. Sin embargo, ninguna de estas dos garantías constitucionales de la autonomía e independencia de los jueces ha tenido aplicación durante los años de vigencia de la Constitución.

VI. LA INCONSTITUCIONAL CONVERSIÓN DE JUECES TEMPORALES EN JUECES TITULARES SIN CONCURSOS PÚBLICOS DE OPOSICIÓN PARA EL NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución, “el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces” se debe hacer “por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes y serán seleccionados por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley”, correspondiendo dicho nombramiento y juramento de los jueces al Tribunal Supremo de Justicia. La norma agrega, además, que “La ley debe garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces” y que “Los jueces

172 V. la sentencia nº 3118 de 06-10-2003 en *Revista de Derecho Público*, nº 93-96, EJV, Caracas 2003. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, *cit.*, pp. 970 y ss.

sólo pueden ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley”.

Esta norma, sin embargo, también ha sido letra muerta en el Poder Judicial en Venezuela desde que ocurrió la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, mediante la creación de la Comisión de Emergencia Judicial. Dicha Comisión y su sucesora, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial creada en el mencionado Régimen de Transición del Poder Público el 22 de diciembre de 1999, en efecto, tuvieron a su cargo no sólo la destitución de cientos de jueces en el país, extinguiendo la garantía de la estabilidad de los jueces, sino el nombramiento de sus sustitutos sin concurso alguno.

Es decir, la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia nombrada en agosto de 2000, que comenzó a funcionar en paralelo con la Comisión de Funcionamiento, además, continuó la política de estructurar un Poder Judicial integrado por jueces provisionales o temporales, los cuales llegaron a conformar más del 90% del universo de los jueces, quienes han quedado dependientes y vulnerables a las presiones del poder¹⁷³, habiendo materialmente desaparecido la autonomía e independencia del Poder Judicial.

Sobre este problema de la administración de justicia en Venezuela, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya desde mayo de 2002¹⁷⁴, había señalado lo siguiente:

“8. Otro aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es lo relativo al carácter provisorio de los jueces. La CIDH no desconoce que el problema de la provisionalidad de los jueces en Venezuela es de larga data. Según lo informado a la CIDH durante la visita, actualmente habría entre un 60% un 90% de jueces provisionales lo cual, a consideración de la CIDH, afecta la estabilidad, independencia y autonomía que debe regir a la judicatura. La Comisión expresa la importancia de que se inicie en Venezuela de manera inmediata y conforme a su legislación interna y las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana, un

173 V. lo indicado en el Informe de Human Rights Watch *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, junio de 2004, Vol. 16, nº 3 (B), p. 11, donde se habla incluso de los “jueces desechables”.

174 V. “Comunicado de Prensa” de 10-05-2000, en *El Universal*, Caracas 11-5-2002

proceso destinado a revertir la situación de provisionalidad de la mayoría de los jueces”.

En el texto de las Observaciones Preliminares formuladas por la Comisión el día 10-05-2002, se ahondó en el tema de la provisionalidad de los jueces, indicando:

- “30. Otro aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es lo relativo al carácter provisorio de los jueces. Al respecto, luego de casi tres años de reorganización del Poder Judicial, un número significativo de los jueces tiene carácter provisorio, que oscila entre el 60 y el 90% según las distintas fuentes. Ello afecta la estabilidad, independencia y autonomía que debe regir a la judicatura.
31. La Comisión no desconoce que el problema de la provisionalidad de los jueces precede en muchos años a la presente administración. Sin embargo, la Comisión ha sido informada que el problema de la provisionalidad de los jueces se ha profundizado y aumentado desde que el presente Gobierno inició un proceso de reestructuración judicial. El Presidente del Tribunal Supremo de Justicia informó a la CIDH sobre la marcha del proceso destinado a corregir dicha situación.
32. El poder judicial ha sido establecido para asegurar el cumplimiento de las leyes y es indudablemente el órgano fundamental para la protección de los derechos humanos. En el sistema interamericano de derechos humanos, el funcionamiento adecuado del poder judicial es un elemento esencial para prevenir el abuso de poder por parte de otros órganos del Estado, y por ende, para la protección de los derechos humanos. Para que el poder judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los derechos humanos, no sólo se requiere que éste exista de manera formal, sino que además el poder judicial debe ser independiente e imparcial.
33. La Comisión expresa la importancia de que, de manera inmediata y conforme a la legislación interna y las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana, se acelere el proceso destinado a revertir la situación de provisionalidad en que se encuentra un número significativo de jueces venezolanos. La necesidad de que la designación de jueces se realice con todas las garantías, no puede justificar que la situación de provisionalidad se mantenga por largos períodos”.

Los concursos públicos para la designación de los jueces se habían intentado reinstaurar en marzo de 2000, de nuevo mediante una normativa que fue dictada, no por el Tribunal Supremo de Justicia, sino por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial¹⁷⁵, pero los mismos fueron suspendidos definitivamente poco tiempo después; y tanto la destitución de los jueces sin fórmula de juicio ni derecho a ser oídos, como la designación a dedo de sus sustitutos temporales, siguió siendo la regla en el funcionamiento del Poder Judicial.

Lo absurdo del régimen transitorio que ha eliminado todo el sistema de concurso para el ingreso a la carrera judicial que exige la Constitución, llegó a su clímax con la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 1424 de 3 de mayo de 2005, dictada con ocasión de decidir un recurso de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 6,23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que atribuía a la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal la competencia para designar los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, a los efectos de que como lo solicitaron los recurrentes, “en consecuencia se designe a los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, a través de los procedimientos de concurso de oposición aplicado a las demás jurisdicciones del país, tal como lo prevé el mandato constitucional plasmado en el artículo 255 de la Constitución”.

En dicha sentencia, sin embargo, la Sala resolvió declarar *de oficio* una medida cautelar suspendiendo la aplicación de la norma impugnada, alegando como “peligro en la mora”, “el riesgo de que la Sala Político-Administrativa, con apoyo en la Ley, haga designaciones durante la pendencia de este juicio las cuales, pese a que sean legales, podrían ser declaradas luego inconstitucionales, con nefastas consecuencias para todo el Sistema de Justicia”; por lo que entonces resolvió que durante “la tramitación de esta causa las designaciones a que se refiere la norma cuya suspensión provisional se acuerda se harán por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el mismo procedimiento a través del cual se nombra el resto de los jueces de la República”, es decir, a dedo, sin concurso. En consecuen-

175 V. Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para ingresos y permanencia en el Poder Judicial de 13-03-2000.

cia, de una designación de jueces de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el máximo tribunal de dicha Jurisdicción (la Sala Político Administrativa) con posibilidad de velar más adecuadamente por el nivel de los mismos, se pasó a la designación a dedo, sin concurso de dichos jueces como se hace con “el resto de los jueces de la República”; y ello, por decisión de la Sala Constitucional.

Toda esta irregular conformación de la judicatura en Venezuela, por jueces provisorios y temporales, que han sido designados sin concurso, en sustitución de todos los que han sido destituidos o removidos sin garantía el debido proceso, el propio Tribunal Supremo ha pretendido convertirla en “regular”, mediante la aprobación y entrada en vigencia desde septiembre de 2005, de una normativa que ha pretendido establecer ese proceso “reconversión” regulando una inconstitucional transformación de dichos jueces provisorios en “jueces titulares”, sin el concurso público de oposición que exige la Constitución.

A los efectos de llevar a cabo este fraude a la Constitución, en efecto, el Tribunal Supremo de Justicia dictó unas “Normas de Evaluación y Concurso de oposición para el ingreso y ascenso de la carrera judicial” mediante Acuerdo de 6 de julio de 2005¹⁷⁶, en las cuales, luego de regular muy detalladamente los concursos públicos para el nombramiento de jueces, suspende su aplicación durante un año (2005-2006) en unas Disposiciones Finales y Transitorias, en cuyo artículo 46 estableció una llamada “Regularización de la Titularidad de los Jueces Provisorios”, a los efectos “de regular la situación de los Jueces no titulares”. Para ello, incluso antes de dictarse estas normas, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 6 de abril de 2005, había aprobado “el proyecto de normas presentado por la Escuela Nacional de la Magistratura que incluye el Programa Especial para la Regularización de la Titularidad (PET), conformado por un Programa Académico de Capacitación, evaluación médica y psicológica, evaluación de desempeño, y el correspondiente examen de conocimiento, todo de acuerdo con lo previsto en la presente normativa”. La norma del artículo 46 agregó que “El referido programa

176 V. en *Gaceta Oficial* n° 38282 de 29-09-2005. Dicho Acuerdo, sin embargo, no derogó expresamente las Normas de Evaluación y Concursos de oposición para ingresos y permanencia en el Poder Judicial que había dictado la Comisión de Funcionamiento y reestructuración del Sistema Judicial en 2000.

tendrá una vigencia de doce meses contados a partir de la aprobación por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de las presentes normas". Con ello, se ha pretendido titularizar a todos los jueces provisionales y transitorios, que para el momento de entrada en vigencia de las normas tuvieran solo más de 3 meses en ejercicio de sus cargos¹⁷⁷, de manera que la misma norma agrega además que solo "aquellos jueces que, para la fecha en que cese la vigencia de dicho Programa, mantengan la condición de Provisorios, Temporales o Accidentales, y no tengan al menos tres (3) meses en el ejercicio de sus funciones judiciales", serán los que deben "participar y aprobar el Programa de Formación Inicial (PFI) para obtener la titularidad".

En esta forma, el propio Tribunal Supremo en evidente fraude a la Constitución, dispuso la conversión de los jueces temporales, provisorios y accidentales en jueces titulares, sin cumplir con los concursos públicos de oposición establecidos en la Constitución, mediante un procedimiento que se desarrolla en las referidas Normas, basadas en una supuesta evaluación que se le hace a cada juez provisorio, individualmente considerado, al cual se le da un curso de pocos días, y se le hace un examen, sin concurso público. Este proceso, que se ha realizado entre 2005 y 2006, es lo que ha permitido al Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, poder anunciar públicamente en octubre de 2006, que "para diciembre de 2006, 90% de los jueces serán titulares"¹⁷⁸, hecho que ha sido denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como un nuevo atentado a la autonomía del Poder Judicial hecho en fraude a la Constitución¹⁷⁹.

177 El artículo 47 de dichas normas transitorias, establece sobre la convocatoria a concurso, que "La Escuela Nacional de la Magistratura convocará a concurso sólo a aquellos jueces no titulares, con al menos tres (3) meses en el ejercicio de la función judicial para la fecha de inicio del Programa Académico de Capacitación. Tal convocatoria deberá cumplir con los requisitos de publicidad y fases establecidas en las presentes normas'.

178 V. en *El Universal*, Caracas 11-10-2006.

179 V. la denuncia de Cofavic, Provea, Espacio Público, Centro de Derechos Humanos de la UCAB, Unión Afirmativa y otras organizaciones no gubernamentales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Washington. V. en *El Universal*, Caracas, 20 de octubre de 2006.

VII. LA INCONSTITUCIONAL REGULARIZACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE LA JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA JUDICIAL

Pero la intervención debido a la “emergencia” permanente a que se sometió al Poder Judicial, que ha conducido a que las normas constitucionales no lleguen a aplicarse, ha afectado particularmente la estabilidad de los jueces.

En efecto, como se ha dicho, conforme a la Constitución, la jurisdicción disciplinaria judicial debe estar a cargo de tribunales disciplinarios que deben ser determinados por la ley (art. 267); y el régimen disciplinario de los magistrados y jueces debe estar además fundamentado en el *Código de Ética* del Juez Venezolano, que debe dictar la Asamblea Nacional.

En cuanto al procedimiento disciplinario, la Constitución exige que debe ser público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

En esta materia, sin embargo, la ausencia de desarrollo legislativo de la Constitución ha hecho prolongar la transitoriedad constituyente, que origina la emergencia judicial, violándose abiertamente la Constitución, con lo cual la estabilidad e independencia de los jueces es inexistente; todo ello, con la anuencia del propio Tribunal Supremo de Justicia.

Incluso, como se detalla en la sentencia de la Sala Plena n° 40 de 15 de noviembre de 2001, el artículo 22 del Régimen de Transición del Poder Público de diciembre de 1999 había dispuesto que *mientras el Tribunal Supremo de Justicia no organizase a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura* (prevista, en el artículo 267 constitucional), las competencias relativas a “inspección y vigilancia de los Tribunales” serían ejercidas por la “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” que la Asamblea había establecido. Además, el artículo 29 del mismo Régimen estableció que la Inspectoría General de Tribunales -hasta ese entonces organizada y regida por las normas de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura- sería un órgano auxiliar de la nombrada Comisión, en la inspección y vigilancia de los Tribunales de la República con facultades para la instrucción de los expedientes disciplinarios de los Jueces y demás funcionarios judiciales. Asimismo, dispuso dicha norma que el Inspector General de Tribunales y su suplente, serían designados por la Asamblea Nacional Cons-

tituyente, con carácter provisional hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Ahora bien, como se ha dicho, el 2 de agosto de 2000 el Tribunal Supremo de Justicia, actuando en acatamiento de lo ordenado en el artículo 267 de la Constitución, dictó la “Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”, con lo que se buscó, como lo afirmó el Supremo Tribunal en la sentencia n° 40, la parcial satisfacción de un expreso mandato constitucional (artículo 267), ya que la “emergencia” continuó en cuanto al régimen disciplinario de los jueces. La propia Sala Plena resumió y argumentó sobre la continuación de la emergencia, así:

“De otra parte, el artículo 30 de la misma Normativa establece que “la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración organizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo [luego de la vigencia de esta Normativa] funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”. Ha quedado así esta Comisión en el ejercicio de funciones transitorias en la materia antes indicada”¹⁸⁰.

Pero lamentablemente, como se ha dicho, al dictarse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de mayo de 2004, lejos de que el Legislador ordenara el cese de la emergencia, la prorrogó una vez más, al disponerse en la Disposición Transitoria Única, párrafo 2, e) que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial seguiría ejerciendo las funciones disciplinarias, “mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios”. Es decir, el Legislador, de nuevo, decidió no legislar, para prorrogar una inconstitucional emergencia, que durará *sine die*, mientras el propio legislador decida en el futuro, llegase a legislar!! Todo ello con la anuencia del propio Tribunal Supremo de Justicia, que ha sido cómplice en dicha prórroga y en la violación de la Constitución en materia del régimen disciplinario del Poder judicial.

En efecto, en esta materia, ha sido la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo, con ocasión de conocer sobre la inconstitucio-

180 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 159 y ss.

nal omisión de la Asamblea Nacional de no haber enviado al Presidente de la República para su promulgación el Código de Ética del Juez, la que en lugar de corregir la omisión y exigirle a la Asamblea Nacional remitir para su promulgación tal documento, lo que hizo fue, contradictoriamente, prorrogar la existencia de la mencionada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, llegando incluso a designar y remover sus integrantes, sustituyéndose la Sala Constitucional en el propio Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, en la sentencia n° 1957 de mayo de 2005, dictada con el motivo indicado, la Sala resolvió:

“Observa la Sala, tal y como se indicó anteriormente, que la presente demanda se intentó con fundamento en la supuesta omisión en que incurrió la Asamblea Nacional, *“por cuanto aún no han remitido la Ley sancionada el 16 de octubre de 2003 del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana’ al Presidente de la República Bolivariana para que se proceda a su promulgación en la Gaceta Oficial”*.

Lo anterior ha traído entre sus consecuencias la continuidad en sus funciones de un órgano como la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, el cual estaba destinado a regir durante un período de transición.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente elaboró el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en Gaceta Oficial número 36.920 del 28 de marzo de 2000, en el cual se creó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en los siguientes términos:

“Artículo 28. Se crea la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial que será integrada por los ciudadanos que designe la asamblea nacional constituyente.

Las Designaciones que realice la Asamblea Nacional Constituyente lo serán hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales Disciplinarios y del Sistema Autónomo de la Defensa Pública”.

Por su parte, el artículo 24 *eiusdem*, destaca igualmente la transitoriedad de la referida Comisión, al disponer lo siguiente:

“La competencia disciplinaria judicial que corresponda a los Tribunales disciplinarios de conformidad con el artículo 267 de la Constitución aprobada, será ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración Sistema Judicial de acuerdo con el presente régimen de transición y

hasta que la Asamblea Nacional apruebe la legislación determine los procesos y tribunales disciplinarios”.

En justa correspondencia con lo anterior, este Tribunal Supremo de Justicia, procedió a dictar la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.014, de 15 de agosto de 2000, en cuyo capítulo correspondiente a las disposiciones finales y transitorias (artículo 30), dispuso que:

“La Dirección Ejecutiva de la Magistratura iniciará su funcionamiento efectivo el día primero de septiembre del año dos mil.

(Omissis)

*La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, **reorganizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia**, sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios” (Resaltado de la Sala)”*

Pero después de de todo este razonamiento, de la manera más absurda, la Sala, en lugar de velar por la corrección de la omisión legislativa, constató que

“Visto que conforme a la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial corresponde a este Tribunal Supremo de Justicia, la reorganización de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración y visto que conforme al Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, las designaciones que realizó la Asamblea Nacional Constituyente de los integrantes de dicha Comisión fueron realizadas de manera temporal hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y la Comisión Judicial, lo que constituye un hecho notorio en la actualidad, y visto que hasta la presente fecha la Asamblea Nacional ha omitido culminar el proceso de formación del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana”,

La Sala Constitucional, “a los fines de reorganizar el funcionamiento de la referida Comisión, según lo establecido en el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 30 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”, pura y simplemente procedió a ordenar la sustitución de los ciudadanos que se desempeñan como miembros integrantes de la citada Comisión por otros ciudadanos que procedió a

designar. Es decir, formalizó, aún más, la transitoriedad judicial y la inexistencia del régimen disciplinario judicial de los jueces.

En esta materia, por tanto, la Sala Constitucional no ha demostrado activismo judicial alguno, y lejos de declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, lo que ha hecho es asumir la dirección de la inconstitucional emergencia al haber removido a los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reorganización del Sistema Judicial y haber designado a los nuevos integrantes de dicho órgano interventor, para que continúe la emergencia.

En esta materia, por tanto, el contraste entre la normativa constitucional y la realidad política es patética: hay una serie de garantías constitucionales respecto de la autonomía e independencia del Poder Judicial que no existen en la práctica, por la implantación de una anormal situación de “emergencia judicial” construida y gerenciada por la Asamblea Nacional y por el propio Tribunal Supremo de Justicia, órganos que han suspendido fácticamente la aplicación de la Constitución en lo que se refiere al régimen disciplinario de los jueces y, por tanto, en cuanto a la estabilidad de los mismos, sin lo cual no puede hablarse ni de autonomía ni de independencia judicial.

TERCERA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL PODER ELECTORAL*

* Los textos de esta Parte fueron publicados en el libro *La Sala Constitucional Versus El Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp; y además, parcialmente, como «El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004» en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; «El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004» en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312; «El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73; “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el libro *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referendum Revocatorio*, Editorial Aequitas, Caracas 2004, C.A., pp. 13-58; y “El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, *Studi Vrbinati, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche*, Politiche ed Economiche, Año LXXI - 2003/04 Nuova Serie A - N. 55,3, Università degli studi di Urbino, Urbino, Italia 2004, pp. 379-436.

§6. *La Sala Constitucional vs. el Estado democrático de derecho: el secuestro del Poder Electoral*

INTRODUCCIÓN

En octubre de 2002, cuando se comenzó a plantear en Venezuela la posibilidad de solicitar la convocatoria de un referendo consultivo sobre la renuncia del Presidente de la República, señalábamos que ante la crisis política que existía y sigue existiendo, y ante el derrumbamiento progresivo de las instituciones que se estaba produciendo y sigue ocurriendo, en democracia no había otra salida que no fuera la de consultar la voluntad del pueblo, y agregábamos:

“Una consulta, por supuesto, podría ser sobre la renuncia del Presidente de la República o sobre la terminación de su mandato. Ello, en todo caso, en definitiva significaría un pronunciamiento popular sobre el fracaso de su gestión presidencial, para en consecuencia pedirle su renuncia o para desalojarlo de su cargo. Creemos que es difícil que en una negociación política para superar la crisis, incluso con la intermediación internacional del Secretario General de Estados Americanos, César Gaviria, el Presidente de la República acepte fácilmente que se realice un referéndum consultivo para que el pueblo se pronuncie sobre si quiere o no que renuncie, o un referéndum revocatorio para pedirle al pueblo que se pronuncie sobre si quiere o no revocarle su mandato. Ello significaría someter a la voluntad popular un juicio abierto sobre su fracaso, lo que creemos muy difícil que acepte”¹⁸¹.

181 Además agregábamos: “Por ello estimamos que la salida democrática que debería buscarse para resolver la crisis política que nos agobia, por supuesto que tiene que ser de carácter electoral, pero mediante un proceso de elecciones generales para la renovación y legitimación de todos los poderes públicos incluyendo la Presidencia de la República, y que

El Presidente Chávez, por supuesto, como en efecto ha ocurrido, no ha aceptado esa salida democrática a la crisis, pero para ello, es decir, para impedir la realización de toda consulta popular que pueda significar la evaluación de su mandato, por supuesto que tenía que apartarse de la Constitución, es decir, tenía que secuestrar tanto al Poder Electoral como a la Sala Electoral del Tribunal Supremo para que no sirvieran de garantes del derecho de los ciudadanos a la convocatoria de referendos, y también tenía que confiscarles a estos su derecho a la participación política. Y ello fue precisamente lo que ha sucedido, pero para el asombro de todos, bajo la conducción de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual sirvió de instrumento para tales propósitos.

En esta forma, la Sala Constitucional, a la cual la Constitución le atribuye el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional (art. 334), lejos de haber sido el supremo guardián o garante de la Constitución, es decir, de la efectiva vigencia del Estado de derecho con fundamento en el principio de la separación de poderes, y del efectivo ejercicio y disfrute de los derechos constitucionales por los ciudadanos; en los últimos años, en realidad, ha sido el instrumento del poder político controlado desde el Poder Ejecutivo para someter a los Poderes Públicos y dismantelar el Estado democrático de derecho, así como para conculcar, entre otros, el ejercicio por los ciudadanos del derecho a la participación política mediante la solicitud de convocatoria de un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República expresamente garantizado en la Constitución (art. 72).

Por eso bien podría decirse que en Venezuela, en los últimos años, el "*caso judicial*" más notorio que se ha desarrollado ante la Jurisdicción Constitucional, ha sido el de *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho*, y que ha conducido al secuestro del Poder Electoral (Consejo Supremo Electoral) y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (Jurisdicción contencioso electoral) y a la confiscación del derecho ciudadano a la participación política. Este

incluso pueda permitir que el propio Chávez intervenga como candidato. Para ello la decisión a negociar, en definitiva, sería la de la reducción del término del mandato de los poderes públicos, mediante la aprobación de una enmienda constitucional". V., Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Libros El Nacional, Caracas, 2002, p. 17. Esa posibilidad, sin embargo, se perdió.

libro trata de ese “proceso”, el cual, sin embargo, se inició apenas fue aprobada popularmente la Constitución de 1999, configurándose como un Golpe de Estado continuado e interminable contra la Constitución¹⁸², siempre lamentablemente avalado por la Jurisdicción Constitucional.

Debe destacarse que entre las muchas innovaciones introducidas al sistema constitucional venezolano por la Constitución de 1999, una de ellas fue, precisamente, la consagración específica en materia de derechos políticos y más allá del sólo derecho al sufragio, del derecho a la participación política (arts. 62 y 70), incluso mediante nuevos mecanismos de democracia directa como son los referendos (consultivos, autorizatorios, aprobatorios, abrogatorios y revocatorios) (art. 71 y ss.).

Específicamente para garantizar el pleno ejercicio de dicho derecho constitucional, la Constitución de 1999 buscó crear y consolidar dos nuevas instituciones constitucionales en el marco de la separación orgánica del Poder Público: por una parte, configuró al Poder Electoral como una rama del Poder Público, y por la otra, instituyó a la Jurisdicción contencioso electoral a cargo de una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Electoral.

En esta forma, al establecer una *penta* división del Poder Público, la Constitución de 1999 creó el Poder Electoral como una rama específica del Poder Público establecida con autonomía e independencia plenas (art. 294) respecto de los otros cuatro Poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Ciudadano) (art. 136). Por ello, de la clásica separación tripartita de poderes, en Venezuela se pasó a una separación *penta partita* del Poder Público.

El órgano constitucional al cual corresponde el ejercicio de dicho Poder Electoral es el Consejo Nacional Electoral (art. 292), al cual la Constitución garantiza la mencionada autonomía e independencia. Es el Poder Electoral, por tanto, el llamado a garantizar el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos al sufragio y a la participación política mediante los referendos.

182 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002; y Ediciones Goberna & Derecho, Guayaquil, 2007.

Pero además, como se dijo, la Constitución de 1999 también creó un órgano judicial específico con competencia exclusiva para garantizarle a los ciudadanos el control de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos emanados del Consejo Nacional Electoral. Se trata de una Sala específica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Electoral (art. 262), establecida en forma separada y autónoma respecto de las otras Salas (Plena, Constitucional, Contencioso-Administrativa, Penal y Social) a la cual se atribuyó el conocimiento exclusivo de la Jurisdicción contencioso electoral (art. 297).

Para vigilar la efectiva vigencia del Estado de derecho conforme al principio de la separación de poderes y el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales, la Constitución además, configuró a la Jurisdicción Constitucional a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo, la realidad ha sido que a pesar de todo ese andamiaje institucional para preservar la Constitución, durante sus más de cuatro años de vigencia, el Poder Electoral ha sido sucesivamente secuestrado, al haberse intervenido su autonomía e independencia; y el ejercicio ciudadano del derecho a la participación política ha sido sucesivamente confiscado.

El secuestro del Poder Electoral se perpetró, primero, en 1999 y 2000, por la propia Asamblea Nacional Constituyente que lo había concebido; segundo, en 2001 y 2002, por la Asamblea Nacional que lo reguló legislativamente; tercero, en 2003, por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia que bloqueó su actividad; y cuarto, en 2004, por la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo de Justicia.

Por otra parte, la autonomía e independencia de la propia Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia fue también secuestrada en 2004 por la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo de Justicia, con lo cual, como se ha dicho, este órgano, en lugar de actuar como el garante último de la efectiva vigencia de la Constitución y del Estado de derecho, se ha convertido en el instrumento del poder político instalado en el Poder Ejecutivo, para impedir el funcionamiento autónomo de los Poderes Públicos, y para frustrar toda posibilidad del ejercicio del derecho ciudadano a la participación política mediante referendos, el cual, en definitiva, ha sido confiscado por el poder político.

Este libro, como se dijo, tiene por objeto, precisamente, estudiar este proceso de secuestro institucional y de confiscación política ocurrido en los últimos cuatro años en Venezuela, con graves consecuencias para la vigencia efectiva del Estado democrático y social de derecho y de justicia que la propia Constitución proclama (art. 2).

Por supuesto, el atentado que ha perpetrado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia contra el Poder Electoral y contra la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo, así como contra el derecho a la participación política, no es sino una muestra más de la crisis generalizada del sistema político venezolano que lejos de haberse solucionado a partir del proceso constituyente de 1999, al contrario se ha agravado, afectando gravemente la gobernabilidad de la propia democracia.

La representatividad democrática en Venezuela, en 2004, sigue siendo exclusivamente de unos pocos partidos políticos, ahora en menor número que antes, y a pesar de las previsiones constitucionales y del discurso gubernamental, la democracia no es nada participativa y el Estado ha quedado al servicio de un solo bloque de partidos. La excepcional oportunidad histórica que tuvo en sus manos el Presidente Hugo Chávez Frías para realizar los cambios que la democracia requería y hacerla más representativa y participativa, puede considerarse que se perdió y ya es irreparable bajo su conducción. Bajo ese ángulo puede decirse que Chávez fracasó estruendosamente¹⁸³ como gobernante. Por supuesto, si su proyecto político era dismantelar el Estado de derecho y destruir la democracia como régimen político como parece evidenciarse de sus ejecutorias, no podría hablarse de fracaso ya que lo ha estado logrando, pero por supuesto, a costa de una irresponsabilidad gubernamental y un despilfarro de recursos nunca antes visto, cuyas consecuencias institucionales, económicas y sociales las estamos sufriendo todos los venezolanos, y lamentablemente las seguiremos sufriendo por unos lustros más, independiente de su permanencia en el poder.

Debe destacarse, por otra parte, que a pesar de todos los esfuerzos por conculcar la democracia desarrollados por el desgobierno de Chávez y de todos los problemas derivados del asalto que ha efectuado al poder, los venezolanos estoicamente continuamos habitua-

183 V. Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela*, cit., pp. 7 y ss.

dos a la democracia que, como régimen político, fue implantada desde finales de los años cincuenta del Siglo pasado; y no otra conclusión resulta del empeinado empeño de la mayoría de los ciudadanos por ejercer su derecho a la participación política mediante la convocatoria de un referendo revocatorio del Presidente de la República, sorteando todos los obstáculos imaginables¹⁸⁴, enfrentándose al también sistemático empeño por impedirlo de parte de quienes controlan el poder, y quienes han venido utilizado como su instrumento, cual marionetas, a diversos órganos del Estado.

Por ello, el secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y la confiscación del derecho a la participación política que se ha producido en los últimos cuatro años, lo que ha puesto en evidencia es que el gobierno de Chávez, antes que haber hecho realidad cambio democrático alguno en el sistema político, en realidad se configura como el signo del agotamiento definitivo del proyecto político y del liderazgo que a partir de 1958 implementó el sistema de Estado Democrático Centralizado en Partidos del cual, con suerte y quizás, como también lo hemos señalado¹⁸⁵, su último representante podría ser Hugo Chávez Frías. Su gobierno ha resultado ser el producto más acabado de todos los vicios del sistema: partidismo a ultranza; centralismo avasallante; ausencia de efectivo control del poder; sumisión del Poder Legislativo al Ejecutivo; avasallamiento del Tribunal Supremo de Justicia y control político generali-

184 La Coordinadora Democrática de Venezuela, en *Comunicado* del 05-04-2004, resumía así el camino recorrido en el empeño de buscar una salida democrática y electoral a la crisis política: "En los últimos años, hemos recorrido las diferentes opciones electorales que nos brinda nuestra Constitución. Se recogieron y entregaron suficientes firmas para activar el Referendo Consultivo y luego de que este fue convocado por el Consejo Nacional Electoral, el proceso fue abortado por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, la misma a la que hoy el gobierno le niega competencia para decidir sobre temas electorales. Luego se realizó el Firmazo; las firmas recogidas en esa oportunidad fueron suficientes otra vez para activar el Referéndum, pero quedaron invalidadas por el CNE por considerarlas extemporáneas. Finalmente, se realizó el Reafirmazo y por tercera vez se recogieron suficientes firmas siguiendo un procedimiento sumamente estricto y blindado en el cual participaron funcionarios del propio CNE, efectivos del Plan República, testigos del oficialismo y Observadores Nacionales e Internacionales. Sin embargo, a pesar de todo esto, la Directiva del CNE ha puesto en duda la validez de la voluntad popular expresada durante esa histórica jornada". V. en *Globovisión.com*, Caracas 05-04-2004

185 V. Allan R. Brewer-Carías, "Venezuela: Historia y crisis política" en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, n° 3, Caracas, Abril 2002, pp. 217-244; y Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela, cit.*, p. 8

zado de los tribunales; inexistencia del Poder Ciudadano; e impunidad y corrupción rampantes.

Lamentablemente, entonces, a pesar de todo lo ocurrido, prometido y hablado, en estos últimos cinco años la crisis política se ha agravado, constituyendo la destrucción institucional el principal objetivo de la política gubernamental, al punto que hoy, definitivamente, nadie cree ni confía en la Asamblea Nacional, ni en el Poder Judicial, ni en el Poder Ciudadano, ni en el Poder Electoral, ni en la Administración Pública. Además, la material inexistencia de un efectivo sistema de separación de poderes, donde el poder controle al poder en un sistema de balances y contrapesos, incluso se ha evidenciado en la propia expresión dicha públicamente por el Presidente de la República, al señalar sin ningún rubor que “la ley soy yo. El Estado soy yo”¹⁸⁶.

Ante esa situación, puede decirse que a comienzos de 2004 sólo existía como contrapeso al poder político centralizado y centralizante que ejercía el Presidente de la República: por una parte, el poder regional (estadal) y local (municipal) representado por los Gobernadores y Alcaldes electos opuestos al Gobierno del Presidente Chávez, que luchaban incluso por preservar sus propias instituciones; y por otra parte, el poder soberano del pueblo con posibilidad de expresarse a través de los mecanismos de democracia directa como los referendos previstos en la Constitución. Además, en estos últimos tiempos, la lucha por la preservación de la democracia ha estado unida a la sobrevivencia de la libertad de manifestación y de expresión, también como contrapeso al poder. Precisamente por ello es que se explica, por una parte, los esfuerzos del poder central por perseguir y acorralar, personal e institucionalmente a los Gobernadores y Alcaldes de oposición; por la otra, la confiscación del derecho a la participación política perpetrada con la complicidad de los poderes del Estado; y además, la despiadada persecución del gobierno contra los medios de comunicación y la brutal represión policial contra las manifestaciones públicas de la oposición, lo cual se ha acrecentado en 2004.

186 V. en *El Universal*, Caracas 04-12-01, pp. 1-1 y 2-1 V. en general, los trabajos publicados en la Edición Especial aniversaria (95 años) de *El Universal*, bajo el título *Control Total (El Estado soy yo)*, Caracas, 01-04-2004.

La mayoría de nuestro país, sin duda, quería cambios radicales, pero no para que un Presidente pretendiera encarnar, él sólo, la ley y el Estado, iniciando a un proceso de violaciones constitucionales desde el mismo momento en el cual asumió el poder; violaciones que no han cesado. Lo cierto es que lo que pudo haber sido un gobierno de cambio para profundizar la democracia que permitiera iniciar con el propio Siglo XXI un nuevo ciclo histórico político de democracia descentralizada y participativa, no ha resultado otra cosa que una deformación y caricatura de todos los vicios del ciclo iniciado en 1945, el cual, por tanto, no ha concluido. En el cuadro de la historia ese será el mayor castigo que tendrá el Presidente Chávez y sus tropas de asalto: haberse constituido en lo peor del ciclo del partidismo centralista, con todos los problemas económicos y sociales agravados. Además, como también lo hemos expresado en otro lugar¹⁸⁷, estamos en presencia de un gobernante que gobierna basado en el arte del desconcierto, lo que contribuye a impedir que el país pueda fijar la atención sobre sus problemas más graves. Pero todo indica que por su fracaso, cuando tome realmente conciencia del mismo, terminará desconcertándose a su mismo; y con ello, originará su propio desmoronamiento.

En ese momento, entonces, se abrirá la posibilidad de iniciar la reconstrucción institucional de la democracia en Venezuela, con fundamento en una efectiva separación de poderes que evite cualquier secuestro institucional como el que se produjo en relación con el Poder Electoral y la Sala Electoral del Tribunal Supremo, con la consiguiente confiscación del derecho a la participación política.

I. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL PODER ELECTORAL

1. *La separación de poderes y el Poder Electoral*

La Constitución de 1999, en su artículo 136, además de organizar al Estado en Venezuela conforme al principio de la distribución vertical del Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal), establece el régimen del Poder Público Nacional conforme al principio de la *sepa-*

187 V. Allan R. Brewer-Carías, "Venezuela: Historia y crisis política" en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, n° 3, Caracas, Abril 2002, pp. 217-244; y Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela*, cit., p. 9.

ración orgánica de poderes, rompiendo con la tradicional división tripartita del Poder Público (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y agregando dos más (Ciudadano y Electoral)¹⁸⁸ en la siguiente forma:

“El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

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

Sobre esta innovación constitucional, la Sala Electoral del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 10 de febrero de 2000, la justificó de la siguiente manera:

“[...] La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, modificó sustancialmente las bases del sistema político y del ordenamiento jurídico venezolano transformando las Instituciones que integran el Poder Público en sus diversas ramas. Una de las principales reformas concierne a la regulación de los derechos políticos (Titulo III, Capitulo IV, Sección Primera), tanto en lo que se refiere a la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante diversas modalidades especificadas en el correspondiente precepto constitucional (artículo 70), como respecto a la conformación orgánica de las Instituciones encargadas de instrumentar dicha participación (Cap. V del Poder Electoral). Es así como siguiendo esa línea transformadora, a la clásica trilogía de las ramas del Poder Público Nacional, esto es, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, se adicionó el Poder Ciudadano y el Poder Electoral (artículo 136 de la Constitución de 1961). Cabe destacar que esta modificación no ha obedecido a meras razones de técnica legislativa o de racionalidad en la distribución orgánica del Poder, sino que refleja -se insiste- en una concepción del Estado, y ello explica que se hayan consagrado sendos capítulos del Título referido a la organización del Poder

188 V. en general, sobre la organización del Poder nacional, Cecilia Sosa Gómez, “La organización política del Estado venezolano: El Poder Público Nacional”, *Revista de Derecho Público*, n° 82 (abril-Junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 71-83; C. Kiriadis Iongui, “Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I. Editorial Torino, Caracas, 2002, pp.1031-1082; e Hildegard Rondón de Sansó, “Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 619-643.

Público Nacional destinados a regular esos dos nuevos Poderes, regulación constitucional que en el caso del Poder Electoral, expresa coherente y sistemáticamente la nueva concepción, pues supera claramente la tesis de la Constitución de 1961, que aludía genéricamente a unos órganos electorales, que debían ser contemplados en la Ley, con la finalidad exclusiva de permitir el ejercicio periódico (cada tres o cinco años) del derecho al sufragio activo y pasivo...”¹⁸⁹.

Por tanto, los órganos estatales encargados en Venezuela de garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional¹⁹⁰, conforme al artículo 293 de la Constitución, de 1999, son los que conforman el “Poder Electoral”. Esta fue, precisamente, como se ha dicho, una de las innovaciones de la Constitución de 1999, la de elevar a rango constitucional al órgano de control electoral, el Consejo Nacional Electoral, como órgano del Poder Electoral, el cual conforme a la Constitución de 1961 (art. 113) sólo tenía rango legal. En 2002 se sancionó la Ley Orgánica del Poder Electoral¹⁹¹ que regula en detalle su organización y funcionamiento.

Ahora bien, la consecuencia fundamental de la división pentapartita del Poder Público es que todos los Poderes Públicos gozan de la misma autonomía e independencia. Por ello, en cuanto al Poder Electoral, el artículo 294 de la Constitución establece que sus órganos se rigen por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios.

189 Sentencia citada en la sentencia n° 94 de 02-12-03 (Caso: *Robert Osuna y otros*) del Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

190 V. María A. Correa de Baumeister, “El Poder Ciudadano y el Poder Electoral en la Constitución de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I. Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 982-995; Rafael Méndez García, “Estudio del Poder Electoral (controles)”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen II, pp. 355-383.

191 G.O. n° 37.573 del 19 de noviembre de 2002

2. *La autonomía del Poder Electoral*

La autonomía de los órganos del Poder Electoral persigue básicamente asegurar su sujeción exclusivamente a la Constitución y a la ley, y garantizar su no sujeción respecto de los partidos políticos o respecto de las mayorías parlamentarias. Para garantizar la autonomía de los órganos del Poder Electoral de los partidos políticos, como se dijo, la Constitución estableció el principio de la “despartidización” de los mismos. Ello llevó, por ejemplo, a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia a considerar en sentencia n° 71 de 23 de junio de 2000, que los artículos 75 y 76 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política habían quedado tácitamente derogados por la Constitución en lo que se refiere al derecho que tenían los partidos políticos para designar representantes ante el máximo organismo electoral¹⁹². En esa misma sentencia y en otras anteriores y posteriores, la Sala sin embargo, aclaró que esa despartidización “no comporta la necesaria exclusión de todo tipo de mecanismo de participación de los partidos políticos en los procesos electorales”¹⁹³.

Para garantizar la autonomía de los órganos del Poder Electoral respecto de las mayorías parlamentarias y de los propios partidos políticos a través de ellas, la Constitución limitó el poder discrecional que había tenido el anterior Congreso, quitándole entonces a la Asamblea Nacional toda discrecionalidad para efectuar los nombramientos de los titulares de dichos órganos del Poder Electoral.

En efecto, el artículo 296 de la Constitución exige que el Consejo Nacional Electoral debe estar integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; exigiendo que tres de ellos sean postulados por la sociedad civil, uno por las Facultades de ciencias jurídicas y políticas de las Universidades nacionales, y uno por el Poder Ciudadano. Los tres integrantes postulados por la sociedad civil deben tener seis suplentes en secuencia ordinal, y cada designado por las Universidades y el Poder Ciudadano tendrá dos suplentes, respectivamente.

192 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Caracas, 2000, pp. 236 y ss

193 V. la sentencias de la Sala Electoral n° 10 de 25-02-2000 en *Revista de Derecho Público*, n° 81, (enero-marzo) Caracas, 2000, pp. 170 y ss. y n° 7 de 05-2-2001 en *Revista de Derecho Público*, n° 85-86, Caracas, 2001, pp. 188 y ss .

Se estableció así, una primera limitación al poder de designación por parte de la Asamblea Nacional, al exigirse que la misma no pueda libremente escoger a los designados, sino que los mismos deben necesariamente ser postulados por los sectores e instituciones indicados. Pero la Constitución fue más limitante aún al crear en el artículo 295, un “Comité de Postulaciones Electorales de candidatos a integrantes del Consejo Nacional Electoral”, el cual debe estar “integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley”.

Es decir, que los candidatos postulados por la sociedad civil, las Facultades de derecho y el Poder Ciudadano, tienen que ser presentados por ante el Comité de Postulaciones Electorales, y es este Comité el que debe hacer la selección y, en definitiva, hacer la propuesta a la Asamblea. La Asamblea Nacional, por tanto, no puede designar persona alguna que no venga incluida en las propuestas del Comité de Postulaciones. En esta forma se quiso garantizar en el propio texto de la Constitución un mecanismo de participación de la sociedad civil en la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral: primero, al indicar que necesariamente tres de los cinco miembros del órgano electoral deben ser postulados “por la sociedad civil” y segundo, al exigir que todas las postulaciones se deban presentar necesariamente ante un Comité de Postulaciones Electorales, que tiene que estar integrado exclusivamente “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley”.

3. *La independencia del Poder Electoral y el germen de su limitación*

En cuanto a la independencia del Poder Electoral, el principio tiene por objeto garantizar la no sujeción de los órganos del Poder Electoral respecto de los otros Poderes del Estado, es decir, respecto de los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Ciudadano, en el sentido de que no pueden recibir órdenes ni presiones. El principio de la independencia incluso estaba garantizado en la legislación preconstitucional, al disponerse que una vez nombrados los integrantes del Consejo Nacional Electoral por el antiguo Congreso, los mismos no podía ser removidos en forma alguna por dicho Congreso. Lamentablemente, este principio fue gravemente minimizado en el propio texto constitucional al establecerse que los integrantes del Consejo

Nacional Electoral pueden ser removidos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia (art. 296). Aún cuando se precise en la Ley, como efectivamente ha ocurrido en la Ley Orgánica del Poder Electoral dictada en 2002, las posibles causales de remoción; el sólo hecho de prever dicha posibilidad de remoción por la Asamblea, sin límite alguno respecto de causales previstas en la propia Constitución sino conforme a una ley que dicte la propia Asamblea, implica una sujeción del Consejo a la Asamblea Nacional (y por tanto a las mayorías parlamentarias)) y una grave contradicción con el principio de la independencia de los Poderes del Estado.

Como se ha indicado, la independencia del Poder Electoral que garantiza la Constitución se encuentra neutralizada y minimizada en la propia Constitución. Pero ello en relación con la autonomía, puede decirse que el principio no encuentra limitación ni restricción alguna en el propio texto de la Constitución. Sin embargo, a pesar de estar garantizada en la Constitución, en la práctica política el principio de la autonomía con todas sus implicaciones antes señaladas, ha sido minimizada, y además, puede decirse que ha sido secuestrado por la Asamblea Nacional Constituyente al dictar un régimen transitorio fuera de la Constitución, por la Asamblea Nacional al sancionar la Ley Orgánica del Poder Electoral de noviembre de 2002¹⁹⁴, desnaturalizando el Comité de Postulaciones Electorales y, por tanto, violando el derecho a la participación política; y por las Salas Electoral y Constitucional del Tribunal Supremo al impedir el funcionamiento del Consejo Nacional Electoral.

II. EL SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL PERPETRADO POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

El secuestro del Poder Electoral comenzó a ser ejecutado por la propia Asamblea Nacional que había sancionado la Constitución de 1999, la cual había sido aprobada por el pueblo en referendo de 15 de diciembre de 1999. En las Disposiciones Transitorias de la Constitución nada se regulaba sobre la posible designación inmediata de los titulares de los órganos del Poder Electoral, por lo que los miembros del Consejo Supremo Electoral, debían permanecer en sus cargos, hasta tanto la nueva *Asamblea Nacional* que se eligiese, y designara sus

194 *Gaceta Oficial* n° 37573 de 19-11-2002.

sustitutos conforme al procedimiento y criterios de transparencia de postulación y selección previstos en la nueva Constitución. Nada en contrario se disponía en la Constitución aprobada por el pueblo. En realidad, la única previsión del texto constitucional sobre designación inmediata de algún funcionario público fue la relativa al Defensor del Pueblo, cargo que era creación de la nueva Constitución. Por ello fue la única solución constitucional que con razón se previó en las Disposiciones Transitorias (Novena) aprobadas por el pueblo, atribuyéndole expresamente a la Asamblea Nacional Constituyente su nombramiento provisional, hasta tanto la nueva Asamblea Nacional que se eligiese designare definitivamente a dicho funcionario.

La primera manifestación de secuestro del Poder Electoral por el poder político, y la primera violación de la Constitución de 1999, luego de su aprobación por el pueblo en el referendo de 15 de diciembre de 1999, y antes de su publicación el 30 de diciembre de 1999, fue realizada por la propia Asamblea Nacional Constituyente en los días posteriores al referendo aprobatorio, mediante la emisión de un Decreto de “Régimen de Transición del Poder Público”, el 22 de diciembre de 1999¹⁹⁵, dos días después de la “proclamación” de la Constitución y como se dijo, antes de su entrada en vigencia, cuya publicación fue deliberadamente demorada hasta el 30-12-99¹⁹⁶. Así, ante la ausencia de alguna regulación en las Disposiciones Transitorias de la nueva Constitución que se refiriera a cesación en sus cargos de los titulares de los órganos del Poder Público y al nombramiento de nuevos funcionarios para ello, el afán sobrevenido de quienes controlaban el Poder del Estado de asaltar todos los poderes mediante la sustitución de todos los titulares de los órganos del Estado sin esperar la elección de la nueva Asamblea Nacional; la Asamblea Nacional Constituyente, sin tener competencia constitucional alguna para ello y, por tanto, en forma ilegítima, dictó el mencionado Decreto de Régimen de Transición, destituyendo a todos los titulares del Poder Público constituido (excepto el Presidente de la República), creando entonces un “vacío institucional” que la propia Asamblea luego se encargaría de llenar a su gusto y discreción. Así se nombró en el mismo Decre-

195 V. en *Gaceta Oficial* n° 36.859 de 29-12-99.

196 V. en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit. Sesión de 22-12-99, n° 51, pp. 2 y ss. V. *Gaceta Oficial* n° 36.859 de 29-12-99; y *Gaceta Oficial* n° 36.860 de 30-12-99.

to a los miembros del primer Consejo Nacional Electoral post constitucional, pero por supuesto, sin que la Asamblea Constituyente respetara las precisas normas que ella misma había diseñado para garantizar la autonomía e independencia del Poder Electoral y las normas que regulaban el derecho a la participación política de la sociedad civil.

En esta forma la Asamblea Nacional Constituyente, careciendo totalmente de competencia para ello, y en forma ilegítima, en el Decreto del 22-12-99 se auto atribuyó competencia para designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 40), designaciones que realizó días después, con carácter provisorio, al nombrar a personas, todas vinculadas al nuevo poder y a los partidos que apoyaban al gobierno, lo que incluso no garantizaba la imparcialidad electoral necesaria, burlándose del artículo 296 de la nueva Constitución. Así, el nuevo Poder Electoral inició sus funciones, “dejando sin efecto las elecciones efectuadas en los gremios profesionales a partir del 30 de diciembre de 1999” y suspendiendo “todos los procesos electorales en curso en los gremios profesionales” disponiendo que los mismos sólo podían realizarse a partir del segundo semestre de 2000¹⁹⁷.

Pero además, la Asamblea Nacional Constituyente en su Decreto de 22 de diciembre de 1999, se había auto atribuido competencia para fijar la oportunidad de las primeras elecciones para los cargos representativos previstos en la Constitución (art. 39), y para dictar un Estatuto Electoral del Poder Público que debería regir en los primeros comicios para la elección de todos los cuerpos representativos legislativos y los órganos ejecutivos del Poder Público, que sancionó el 30 de enero de 2000¹⁹⁸, con el cual se derogó parcialmente la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. En la misma fecha, la misma Asamblea Nacional Constituyente, sin autoridad alguna para ello, mediante otro Decreto fijó para el día 28 de mayo del 2000 la realización de las primeras elecciones nacionales, estatales y municipales y para representantes ante el Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano. En el Estatuto Electoral a fin de controlar sus decisiones, se dispuso que las relativas a “la organización de los comicios previstos en el presente Estatuto Electoral (los primeros procesos co-

197 Resolución n° 000204-25 de 04-02-2000, G.O. n° 36.892 de 15-02-2000.

198 V. en *Gaceta Oficial* n° 36.884 de 03-02-00.

miciales de 2000) requerirán del voto de una mayoría calificada de por lo menos cuatro (4) de sus integrantes” (art. 29).

Dichas elecciones, ante el fracaso del Consejo Nacional Electoral nombrado por la propia Asamblea Constituyente, tuvieron que ser suspendidas con la intervención de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (a la cual el Estatuto Electoral otorgaba la competencia exclusiva en materia de amparo contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral, art. 30, Parágrafo Primero), mediante sentencia n° 483 de 29 de mayo de 2000 (Caso: *Queremos Elegir y otros*) en la cual se declaró con lugar un amparo constitucional con efectos *erga omnes*¹⁹⁹, debiendo entonces realizarse varios meses después, en agosto de 2000. Ese fracaso el Consejo Nacional Electoral obligó a la destitución-renuncia de sus integrantes, razón por la cual la Comisión Legislativa Nacional, órgano legislativo también transitorio no regulado en la Constitución y por tanto ilegítimo, que había sido también nombrado a dedo por la misma Asamblea Nacional Constituyente el mismo 22 de diciembre de 1999, entonces designó un nuevo Consejo Nacional Electoral. Si bien para ello no respetó la estricta normativa constitucional sobre el Comité de Postulaciones y la participación de la sociedad civil, la Comisión parlamentaria respectiva oyó a diversos sectores de la misma, resultando el nombramiento de un grupo de personas la mayoría independientes²⁰⁰. Ese Consejo Nacional Electoral organizó las elecciones de agosto de 2000, y dada su composición, para fines del año 2002 aparecía con una mayoría de miembros independientes del poder político.

III. EL SECUESTRO DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL REALIZADO POR LA ASAMBLEA NACIONAL

La urgencia del poder político, para volver a controlar el Poder Electoral mediante el nombramiento definitivo de los integrantes del Consejo Nacional Electoral en sustitución de los transitoriamente nombrados con anterioridad, llevó a la Asamblea Nacional, aún cuando bien tardíamente, a sancionar la Ley Orgánica del Poder Electoral sancionada el 20 de septiembre de 2000 y promulgada el 19 de

199 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Caracas 2000, pp. 332 y ss.

200 V. Decreto publicado en G.O. n° 36.965 de 05-06-2000.

noviembre de 2002²⁰¹. Dicha Ley Orgánica, sin embargo, no respetó la exigencia constitucional respecto de la integración del Comité de Postulaciones Electorales con representantes de los diversos sectores de la sociedad, y en cambio lo que estableció fue una “comisión parlamentaria” ampliada con el nombre de Comité de Postulaciones. En efecto, el artículo 19 de la Ley Orgánica dispuso que el “Comité de Postulaciones Electorales está integrado por veintiún (21) miembros, de los cuales once (11) son Diputadas o Diputados designados por la plenaria de la Asamblea Nacional con las dos terceras (2/3) partes de los presentes, y diez (10) postuladas o postulados por los otros sectores de la sociedad”, con lo que se confiscó el derecho a la participación política de los diversos sectores de la sociedad civil de integrar en forma exclusiva el Comité de Postulaciones. Al contrario, violándose la norma constitucional, se conformó un “Comité” con mayoría de diputados los cuales por ser parte del Poder Legislativo, no son parte de la sociedad civil, tal y como la ha definido la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

En todo caso, en la Ley Orgánica del Poder Electoral se dispuso expresamente el quórum de constitución y de decisión del Consejo Nacional Electoral, al establecerse que requería de un mínimo de tres (3) Rectores para su funcionamiento, y que “las decisiones del órgano se tomarán con el voto favorable de por lo menos tres (3) de sus miembros, salvo los casos en que la ley exija cuatro (4) votos” (art. 15). El Estatuto Electoral de 2000 en todo caso, había cesado en su vigencia una vez cumplido se objeto que había sido regir sólo en los *primeros comicios* para la elección de todos los cuerpos representativos legislativos y los órganos ejecutivos del Poder Público, que se efectuaron en 2000. Además, la Ley Orgánica del Poder Electoral en su Disposición Final Quinta había dispuesto que “quedan derogadas todas las normas legales que colidan con la presente Ley”, entre las cuales, por supuesto, estaba la que establecía el quórum de decisión de cuatro votos sobre cinco de los miembros del Consejo Nacional Electoral que había establecido el mencionado Estatuto Electoral. La Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica, además, precisó que “Los integrantes de la Junta Directiva del actual Consejo Nacional Electoral continuarán en el ejercicio de las funciones inherentes al

201 V. en G.O. n° 37.573 de 19-11-2002.

cargo que desempeñan hasta tanto se designen y tomen posesión de sus cargos las nuevas autoridades de ese organismo, y sus decisiones se harán de conformidad con esta Ley”.

IV. EL PRIMER SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL EJECUTADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Dada la material imposibilidad política, por la correlación de fuerzas entre los partidos que apoyaban al gobierno y a la oposición, de la Asamblea Nacional de poder reunir la mayoría requerida de las 2/3 partes de sus integrantes (art. 296) para designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, y ante las manifestaciones de autonomía respecto del poder político que había evidenciado el viejo Consejo Nacional Electoral, le tocó el turno para secuestrar la autonomía del Poder Electoral, a la Sala Constitucional creada en el Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público de la Asamblea Nacional Constituyente de 22 de diciembre de 1999 y cuyos Magistrados, en su mayoría, también habían sido designados por dicha Asamblea Nacional Constituyente en el asalto al poder perpetrado con dicho Decreto.

En efecto, con ocasión de conocer de una solicitud de pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la antes mencionada Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Poder Electoral formulada por el Presidente de la República con ocasión de la promulgación de la referida Ley, la Sala Constitucional, mediante sentencia n° 2747 de 7 de noviembre de 2002 (Exp. 02-2736), declaró sin lugar la solicitud presidencial pero sentó el criterio de que si bien la Ley Orgánica, a la cual en definitiva se refiere el artículo 292 de la Constitución, es la Ley Orgánica del Poder Electoral, mientras se eligen los miembros del Consejo Nacional Electoral por la Asamblea Nacional,

“[...] régimen transitorio sobre los organismos del Poder Electoral, creado por el Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente que contiene el Régimen de Transición del Poder Público (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 36.920 del 28 de marzo de 2000), sigue vigente y con él no colide la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Poder Electoral, el cual más bien lo complementa, y así se declara.

Una vez en vigencia la Ley Orgánica del Poder Electoral, y mientras se designen los miembros del Consejo Nacional Electoral, quienes ostenten los cargos de dicho Consejo, en razón de la Disposición Transitoria impugnada, aplicarán la Ley Orgánica del Poder Electoral”.

A pesar de lo que se indica con toda claridad en el último párrafo de la sentencia antes citada (aplicación por el Consejo Nacional Electoral existente de la Ley Orgánica del Poder Electoral), a pesar de la posterior promulgación de la Ley Orgánica del Poder Electoral (19-11-2002) y de que ésta, expresamente disponía que hasta tanto no se nombraran por la Asamblea Nacional los miembros del Consejo Nacional Electoral es sustitución de los anteriores que seguían teniendo carácter provisorio, la Sala Constitucional en la misma sentencia también anunciaba que, sin embargo, el Régimen de Transición del Poder Público que había dictado la Asamblea Nacional Constituyente en diciembre de 1999, seguía vigente. Había, sin duda, una abierta contradicción en el mismo texto de la sentencia.

Pero adicionalmente, en la mencionada sentencia n° 2747, debe destacarse que la Sala Constitucional en respuesta a razones alegadas por el Presidente de la República en su carácter de impugnante, ya presagiaba que pudiera llegarse a producir un “vacío” institucional en el Poder Electoral, anunciando que de producirse tal situación, la misma Sala establecería los “correctivos” necesarios, así:

“El impugnante señala razones de hecho sobre el actual funcionamiento del Consejo Nacional Electoral, con la indicación de la existencia de un posible vacío institucional. Ello no es materia que regule el artículo 214 constitucional, y no es objeto de esta decisión. La Sala ha tratado el punto en fallo del 23 de septiembre de 2002 (Exp. 02-2050, Caso: *Fiscal General de la República*), por lo que de darse efectivamente el vacío, una vez que las instituciones incumplan los mandatos legítimos constitucionales, la Sala, a petición de cualquier interesado, tomará los correctivos necesarios”.

Ahora bien, en cuanto a la contradicción que contenía la sentencia sobre la aplicabilidad de la Ley Orgánica del Poder Electoral una vez que entrara en vigencia al Consejo Nacional Electoral existente, el sentido de la decisión sólo apareció clarificado 10 días después, cuando la misma Sala Constitucional, al decidir un recurso de interpretación que había sido introducido por el propio Consejo Nacional

Electoral el 9 de julio de 2002, para “determinar la vigencia del artículo 29 del Estatuto Electoral del Poder Público, relativo al quórum para la toma de decisiones del Directorio del Consejo Nacional Electoral, en aquellos asuntos distintos al ámbito de aplicación de ese Decreto”, mediante la sentencia n° 2816 de 18 de noviembre de 2002 (Caso: *Consejo Nacional Electoral*) concluyó señalado que si estaba vigente. Era evidente que no lo estaba pues el Estatuto Electoral se había dictado para regir en las primeras elecciones post constitucionales de 2000, por lo que una vez que estas se realizaron, sus normas habrían decaído. La verdad es que dada la integración del Consejo Nacional Electoral que había designado la Comisión Legislativa Nacional, que por estar conformado por una mayoría de independientes (3/2) que no seguían la línea política del gobierno, en el seno del cuerpo se había planteado la duda sobre el quórum, pues si la mayoría necesaria para decidir era la calificada entonces no se podrían, por ejemplo, convocar referendos.

La Sala Constitucional, sin embargo, para llegar a su absurda conclusión, revivió el régimen transitorio que la Asamblea Nacional había expresamente sustituido con la Ley Orgánica del Poder Electoral “estratégicamente” publicada en *Gaceta Oficial* el 19 de noviembre de 2002. Para hacer esto, en la sentencia n° 2816 del día anterior, 18 de noviembre de 2002 (Caso: *Consejo Nacional Electoral*), la Sala aparte de reconocer que el Estatuto Electoral del Poder Público había integrado el régimen constitucional nacido del proceso constituyente (“dado el carácter constitucional que esta Sala le ha reconocido... tienen un valor superior a cualquier normativa preconstitucional), concluyó que sólo perdería “validez en tanto en cuanto los órganos transitorios se adapten, en su organización y funcionamiento, a las leyes que dicte la Asamblea Nacional, de tal forma que, mientras ello no suceda, dicha transitoriedad sigue en vigor, en lo que no haya sido derogado”. Constatado esto, en virtud de que “uno de los aspectos regulados por el Estatuto Electoral del Poder Público se refiere al mínimo requerido (*quórum*) para la toma de decisiones por parte de la Junta Directa del Consejo Nacional Electoral” (art. 29)”, la Sala consideró que “resulta desatinado pretender que el *quórum* especial a que hace referencia la norma antes transcrita, solamente se refiera a los primeros procesos comiciales”. La Sala consideró además, que el artículo 25 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998, al prever un

quórum de mayoría simple para la toma de decisiones por parte del Directorio del Consejo Nacional Electoral, había quedado necesariamente derogada, “no sólo porque el Régimen de Transición del Poder Público y, particularmente, el Estatuto Electoral del Poder Público señaló una mayoría calificada y no una mayoría simple, sino que cuando dicha norma legal establece el último *quórum* mencionado, lo hace con fundamento en el artículo 50 de la misma Ley Orgánica, que prevé una conformación del Consejo Nacional Electoral (siete miembros) que no concuerda con la nueva estructura del referido ente comicial, prevista en el artículo 296 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

En definitiva, luego de toda esta argumentación, la Sala, a pesar de que ya tenía conocimiento de que la Ley Orgánica del Poder Electoral ya había sido sancionada (pues había dictado sobre ella, diez días antes la sentencia n° 2747 antes citada), concluyó que el Estatuto Electoral del Poder Público, regiría:

“[...] los venideros procesos comiciales, especialmente en cuanto al mínimo requerido (*quórum*) de, por lo menos, cuatro de los cinco integrantes del Consejo Nacional Electoral, para la decisiones relativas a su organización, hasta tanto finalice la transición una vez promulgada la Ley Orgánica del Poder Electoral, que regulará su organización y funcionamiento, y sean designados por la Asamblea Nacional, conforme a la Constitución vigente, los nuevos integrantes del Consejo Nacional Electoral”.

Ello significaba, en definitiva, que a pesar de que al día siguiente (19-11-2002) entraría en vigencia la nueva Ley Orgánica del Poder Electoral, en cuanto al quórum de decisión del Consejo Nacional Electoral, hasta tanto se nombrasen los nuevos miembros del Cuerpo conforme a esa Ley, no regiría el artículo 14 de dicha Ley Orgánica (que establecía una mayoría simple de 3/5) sino el artículo 29 del mencionado Estatuto, que requería una mayoría calificada (4/5).

La razón política de esta decisión era clara: impedir que el Consejo Nacional Electoral pudiera funcionar con la mayoría simple de tres votos de cinco pues los miembros afectos al gobierno eran minoría, y sólo eran dos. Pero con el correr del tiempo, y ante la imposibilidad de la Asamblea Nacional de poder designar a los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral, la correlación de fuerzas internas en

el Consejo existente habrían variado aún más, contando el gobierno sólo con uno de los cinco votos del cuerpo. La única forma de impedir que el Consejo Nacional Electoral pudiera decidir, y por ejemplo, convocar referendos, era materialmente impedir que pudiera tomar decisiones, eliminando a uno de los miembros del Cuerpo no afecto al gobierno, de manera que sólo quedaran cuatro votos, en cuyo caso el Consejo sólo podría funcionar con decisiones unánimes, lo que era lo mismo que congelarlo.

V. EL SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL EJECUTADO POR LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

El Consejo Nacional Electoral, en efecto, en fecha 3 de diciembre de 2002, en una votación 4/1, mediante Resolución n° 021203-457 del 3 de diciembre de 2002²⁰² había resuelto aceptar la solicitud que le habían formulado un grupo de más de dos millones de electores para la convocatoria de un referendo consultivo (art. 71) con el objeto de preguntarle a los ciudadanos si estaban o no “de acuerdo con solicitar al Presidente de la República Ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías la renuncia voluntaria a su cargo”; fijando la fecha de realización del referendo para el 2 de febrero de 2003.

Un grupo de diputados a la Asamblea Nacional impugnó por ilegalidad la referida Resolución así como los actos dictados por el Consejo Nacional Electoral “...contenidos en el acta de la sesión del Directorio (...) de fecha 18 de noviembre de 2002, por el cual se acordó la incorporación del ciudadano Leonardo Pizani como miembro Suplente”. Esta fue la excusa para congelar el funcionamiento del órgano del Poder Electoral.

El turno para secuestrar el Poder Electoral esta vez correspondió a una Sala Electoral Accidental del Tribunal Supremo de Justicia. Al igual que la Sala Constitucional, la Sala Electoral había sido creada en el Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público de la Asamblea Nacional Constituyente de 22 de diciembre de 1999 y cuyos Magistrados, en su mayoría, también habían sido designados a

202 *Gaceta Electoral* n° 168 del 5 de diciembre de 2002.

dedo por dicha Asamblea Nacional Constituyente en el asalto al poder perpetrado con dicho Decreto.

Ahora bien, con ocasión del mencionado recurso de nulidad, se alegó que el 5 de junio de 2000, la Comisión Legislativa Nacional había designado a Leonardo Pizani como miembro Suplente del Consejo Nacional Electoral, y que sin embargo, éste había renunciado a su cargo por escrito ante el Presidente de la Asamblea Nacional en octubre del mismo año; renuncia que no había sido tramitada ni aceptada. No obstante, luego de transcurridos más de dos (2) años de la consignación de la renuncia, el día 11 de noviembre de 2002 el Presidente de la Asamblea Nacional recibió comunicación mediante la cual Leonardo Pizani manifestó su voluntad de “retirar” su renuncia, bajo la justificación de la “necesidad imperiosa de conformar un Consejo Nacional Electoral”. El Directorio del Consejo Nacional Electoral, mediante la decisión impugnada del 18 de noviembre de 2002, procedió a admitir la incorporación del mencionado ciudadano en su condición de Suplente, conformándose la mayoría de miembros y adoptando una serie de decisiones que los recurrentes también procedieron “a impugnar toda vez que no fueron dictadas por el órgano competente, al no estar debidamente integrado”, interponiendo además un amparo constitucional en representación de los intereses difusos y colectivos de los electores. La Sala Electoral Accidental, entonces, mediante sentencia n° 3 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Darío Vivas y otros*) luego de analizar los efectos de las renunciaciones de funcionarios públicos concluyó señalando que en el caso del Sr. Pizani no había razón que justificara “la exigencia adicional de la aceptación por parte del órgano competente, para que pueda considerarse válida y eficaz la renuncia”, de lo cual, para acordar el amparo cautelar que se le había solicitado, la Sala Electoral consideró “procedente presumir que en la actualidad la integración del Directorio del Consejo Nacional Electoral no resulta apegada a la legalidad, al haberse procedido a incorporar como miembro Principal de éste a un ciudadano que no ostentaba el cargo de Suplente, condición *sine qua non* para que exista la posibilidad de su incorporación como Principal”.

Por ello, la Sala Electoral Accidental decidió, entonces, ordenar “a la actual Directiva del Consejo Nacional Electoral abstenerse de sesionar con la presencia y participación como Miembro Principal, del ciudadano Leonardo Pizani”, suspendiendo a la vez “los efectos de la

Resolución emanada del Consejo Nacional Electoral distinguida con el n° 021203-457 del 3 de diciembre de 2002, publicada en la *Gaceta Electoral* n° 168 del 5 de diciembre de 2002” mediante la cual se había convocado al referendo consultivo sobre la renuncia del Presidente de la República. En esta forma, el Poder Electoral, con sólo cuatro miembros, fue compelido ilegítimamente a actuar con la mayoría calificada de cuatro miembros derivada de la interpretación del régimen constitucional transitorio que había hecho la Sala Constitucional en sentencia antes comentada, es decir, por unanimidad. Ello fue lo mismo que haber decretado el secuestro del Poder Electoral, el cual no pudo adoptar ninguna nueva decisión, dada la correlación de fuerzas en su seno.

Pero lo más destacado e insólito de esta decisión de la Sala Electoral Accidental, fue la parte en la cual:

- “1) Se ordena a la actual Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral, abstenerse de realizar aquellos actos que no resulten indispensables para garantizar el normal funcionamiento administrativo del referido órgano, y especialmente, abstenerse de iniciar la organización de procesos electorales, referendarios, u otros mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos, así como suspender los ya iniciados de ser el caso, hasta tanto se resuelva la presente controversia”.

En esta forma, de manera *extrapetita* pero expedita, la Sala Electoral en una sentencia de carácter cautelar redujo al Consejo Nacional Electoral a ser un simple conserje o guardián de sus bienes. Dos meses después, al dictar sentencia definitiva en el recurso de nulidad que había sido interpuesto, mediante sentencia n° 32 de 19 de marzo de 2003 (Caso: *Darío Vivas y otros*) pero publicada el 26 de marzo de 2003, la Sala Electoral declaró la nulidad “de los actos del Consejo Nacional Electoral atinentes a la realización del referendo consultivo cuya celebración estaba prevista para el 2 de febrero del presente año” (2003)... actos en cuya formación intervino el ciudadano Leonardo Pizani como miembro principal de la Directiva del referido órgano rector del Poder Electoral”. Adicionalmente, la Sala además de ordenar “la desincorporación del ciudadano Leonardo Pizani de la actual Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral” estableció:

[...] que la aludida Junta Directiva podrá, a partir de la publicación del presente fallo, sesionar y adoptar válidamente decisiones vinculadas con el ejercicio de las competencias atribuidas por el artículo 293 constitucional, siempre y cuando cumpla con el quórum exigido por el contenido del artículo 29 del Estatuto Electoral del Poder Público conforme a lo establecido por las sentencia n° 2816 del 18 de noviembre de 2003 emanada de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia”.

En consecuencia, las decisiones de la referida Directiva del Consejo Nacional Electoral deberán ser adoptadas de manera unánime por cuatro (4) de sus integrantes actuales, hasta tanto la Asamblea Nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución y desarrollado en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Poder Electoral, designe a los nuevos integrantes, principales y suplentes, de la Junta Directiva del referido órgano rector del Poder Electoral. Así se decide”.

Quedó así el Consejo Nacional Electoral completamente paralizado y secuestrado el Poder Electoral por la Sala Electoral del Tribunal Supremo.

Pero la situación de extrema polarización política del país impedía toda posibilidad de que los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral pudieran ser designados por la Asamblea Nacional. Lamentablemente, en dicho cuerpo representativo que es esencialmente político, se había pretendido designar el Consejo Electoral en la más pura tradición de los acuerdos parlamentarios que la Constitución quiso superar. Se pretendía volver a los intentos del “comercio de caballos” o a pretender utilizar la precaria mayoría parlamentaria que tenían los partidos que apoyaban al Presidente de la República, para designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral pero asegurando en él una mayoría controlada.

No era posible, por tanto, que se produjera la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral; no había un Consejo Nacional Electoral que pudiera tomar decisiones y la crisis política sólo podía tener una solución electoral, particularmente mediante un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Constitución. En efecto, con motivo del fallido intento de realizar un referendo consultivo para requerir la opinión del electorado sobre si estaba o no de acuerdo con solicitarle la renuncia al Presidente de la República, la Sala

Constitucional del Tribunal Supremo se había encargado de descartar esa vía de participación política para tal efecto. Así, en sentencia dictada coincidentalmente el mismo día 22 de enero de 2003 en el cual la Sala Electoral del Tribunal Supremo había dictado la medida cautelar (Sentencia n° 3) en el juicio de nulidad contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral, suspendiendo la realización del referendo consultivo convocado (Caso: *Darío Vivas y otros*), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo dictó la sentencia n° 23 (de 22 de enero de 2003) (caso: *Harry Gutiérrez Benavides y Johbing Richard Álvarez Andrade*), en la cual interpretó el artículo 71 de la Constitución en relación con el referendo consultivo que había sido convocado por el Consejo Nacional Electoral señalando que el mismo no tiene carácter vinculante, así:

“Ahora bien, el referendo consultivo es un mecanismo inspirado en el principio de participación, que otorga mayor legitimidad a las decisiones de especial trascendencia -las cuales competen a determinados órganos del Estado- y permite la realización -a posteriori- de una prueba de legitimidad a dichas decisiones asumidas por la elite política, de mandato revocable en nuestro ordenamiento constitucional, sea conforme a lo establecido en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o mediante su no reelección y, en ese sentido, el referendo consultivo legitima -directamente- la asunción de determinadas decisiones y, consecuentemente, a quienes ejercen las funciones de dirección política.

En consecuencia, con fundamento en los razonamientos precedentes, esta Sala considera que el resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no tiene carácter vinculante en términos jurídicos, respecto de las autoridades legítima y legalmente constituidas, por ser éste un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias”.

Descartada la vía del referendo consultivo como una decisión que pudiera tener algún efecto en relación con la renuncia del Presidente de la República, se planteó entonces la vía del referendo revocatorio de su mandato; y así quedó plasmado luego de arduas negociaciones en una Mesa de Negociación y Acuerdos que se estableció como con-

secuencia de la crisis del 12-13 de abril de 2002²⁰³, en el Acuerdo suscrito entre el gobierno y la oposición que firmaron el 23 de mayo de 2003, denominado “Acuerdo entre la representación del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los Factores Políticos y Sociales que lo apoyan y la Coordinadora Democrática y las Organizaciones Políticas y de la Sociedad Civil que la conforman”, en el cual entre, otros asuntos, se expresó lo siguiente:

“12. Las partes, en cumplimiento del objetivo establecido en la Síntesis Operativa para buscar acuerdos con el fin de contribuir a la *solución de la crisis del país por la vía electoral*, coincidimos en que dicha solución se logra con la aplicación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que se prevé la eventual celebración de referendos revocatorios del mandato de todos los cargos y magistraturas de elección popular que han arribado a la mitad del período para el cual fueron elegidos (Gobernadores, Alcaldes, Legisladores Regionales y Diputados a la Asamblea Nacional), o arribarán a dicha mitad en el transcurso de este año, como es el caso del Presidente de la República conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 13 de febrero del 2003. Tales referendos, incluyendo los ya solicitados y los que se solicitaren en adelante, serán posibles si son formalmente requeridos por el número exigido de electores y se aprueban por el nuevo Consejo Nacional Electoral, una vez que se establezca que se han cumplido los requisitos constitucionales y legales”.

VI. EL NUEVO SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL REALIZADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Quedaba entonces fijada la salida constitucional a la crisis política en la realización de un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República. Era necesario, sin embargo, que se designara el nuevo Consejo Nacional Electoral, lo que también se había plasmado en el Acuerdo antes mencionado suscrito en la Mesa de Negociación y Acuerdos entre el gobierno y la oposición, al declarar:

“Coincidimos en que resulta indispensable contar a la brevedad posible con un árbitro electoral confiable, transparente e imparcial, a ser

203 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Crisis de la democracia en Venezuela*, Caracas 2002

designado en la forma prevista en la Constitución. En este sentido, se considera muy importante el trabajo que se está adelantando en la Asamblea Nacional. Las dos partes manifestamos su disposición a coadyuvar como factor de entendimiento en todo lo referente a la conformación y operatividad del Árbitro Electoral, sin interferir en el proceso normal que se está llevando a cabo por el Poder Legislativo Nacional”.

La Asamblea Nacional había cumplido los pasos previos para la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral, mediante la recepción y selección de postulaciones conforme a lo que la Ley Orgánica del Poder Electoral establecía; sin embargo, dada la imposibilidad de lograr una decisión política de la Asamblea Nacional para la designación del nuevo Consejo Nacional Electoral que pudiera tomar decisiones, y dado que judicialmente se había prohibido al Consejo Nacional Electoral existente el poder tomar decisiones como la que se había acordado en la Mesa de Negociación y Acuerdos, ello condujo a que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, a tratar de remendar las consecuencias del secuestro anterior que junto con la Sala Electoral había realizado del Poder Electoral, procediendo de nuevo, a un nuevo secuestro del Poder Electoral, esta vez con motivo de conocer de un recurso de inconstitucionalidad por omisión que se había intentado contra la Asamblea Nacional, por no haber designado a los miembros del Consejo Nacional Electoral.

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la sentencia n° 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y otros*) para resolver sobre la omisión del órgano legislativo, comenzó por reconocer la realidad del funcionamiento político de los cuerpos deliberantes, descartando toda inconstitucionalidad en la situación, al señalar que:

“[...] el régimen parlamentario, en muchas oportunidades, exige la toma de decisiones por mayorías calificadas y no por mayorías absolutas o simples; y cuando ello sucede (lo que incluso puede ocurrir en el caso de la mayoría simple), si los integrantes de la Asamblea no logran el acuerdo necesario para llegar a la mayoría requerida, la elección no puede realizarse, sin que ello, en puridad de principios, pueda considerarse una omisión legislativa, ya que es de la naturaleza de este tipo de órganos y de sus votaciones, que puede existir disenso entre los miembros de los órganos legislativos nacionales, estadales o municipales, y que no puede lograrse el número de votos necesarios, sin que pueda

obligarse a quienes disienten, a lograr un acuerdo que iría contra la conciencia de los votantes. Desde este ángulo no puede considerarse que existe una omisión constitucional que involucra la responsabilidad de los órganos aludidos en el artículo 336.7 constitucional”.

Ahora bien, la falta de acuerdo parlamentario, si bien en algunas materias podría no producir efecto inmediato alguno, en lo concerniente a la designación del Poder Electoral respecto del cual la propia Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral ordenan a la Asamblea Nacional su designación, la Sala Constitucional consideró que la omisión en esta materia -aun sin ser ilegítima- podía conducir a que la propia Sala con base en el artículo 336,7 de la Constitución declarase la inconstitucionalidad de la omisión, y estableciera el plazo para corregirla y, de ser necesario, los lineamientos de esa concreción. Y eso fue lo que ocurrió, por lo que la Sala Constitucional le otorgó a la Asamblea Nacional omisa, un plazo de 10 días para que cumpliera con su obligación y, si no lo hacía dentro de dicho término, anunciaba que corregiría en lo que fuese posible la situación que naciera de la omisión concreta, que no era otra que “Si transcurrido el lapso aquí señalado, la Asamblea Nacional no ha procedido a nombrarlos, la Sala lo hará dentro de un término de diez (10) días continuos”. En la sentencia, a todo evento, la Sala hizo los siguientes razonamientos y dejó sentado los siguientes criterios, que enmarcaron la forma conforme a la cual se operaría el secuestro del Poder Electoral:

En *primer lugar*, que en caso de omisión de nombramientos, las designaciones que pudiera hacer la Sala no podían ser sino provisorias, pero “acompañadas o no de los lineamientos que según este sentenciador se consideren necesarios para el cumplimiento de la función”. Siendo provisorios los nombramientos, los nombrados cesarían en sus funciones cuando el órgano competente asumiera su competencia e hiciera los nombramientos, “en el tiempo que lo crea conveniente; o cuando la propia Sala -por motivos justificados- les revoca el cargo conferido”. La Sala Constitucional, así, anunciaba desde ya que como consecuencia de la omisión legislativa en hacer los nombramientos, para el caso de que la propia Sala lo hiciera, se arrogaba la potestad también de revocarlos.

En *segundo lugar*, la Sala consideró que para realizar los nombramientos provisorios, debía “adaptarse a las condiciones que la Ley exige al funcionario”, pero aclarando sin embargo, que “debido a la

naturaleza provisoria y a la necesidad de que el órgano funcione”, la Sala no requería “cumplir paso a paso las formalidades legales que exige la Ley al elector competente, ya que lo importante es llenar el vacío institucional, hasta cuando se formalice lo definitivo”. Se desligaba así la Sala, de las exigencias legales que en cambio sí debía cumplir el elector omiso, para llenar el “vacío institucional” que ella misma había contribuido a crear. Para ello dejó sentado el criterio de que “de corresponder a esta Sala llenar los vacíos, ella puede hacerlo con personas de la lista de postulados admitidos como aspirantes a rectores, o puede hacerlo con personas fuera de la lista, o combinando ambos grupos. Con respecto a las personas, a tomarse en cuenta, que no hayan sido presentadas por el Comité de Postulaciones, éstas deberán reunir los mismos requisitos legales que los postulados”.

Insistió la Sala sobre su desvinculación con la Ley para hacer las designaciones provisionales señalando que al ser “urgente y necesario el funcionamiento del Poder Electoral y por ello, y por ser provisorio, no aplica en todo su alcance la Ley Orgánica del Poder Electoral, sino lo establecido en el artículo 296 constitucional en cuanto a la procedencia de los rectores electorales, los cuales no deben tener vinculación con organizaciones políticas, lo que significa que no tienen militancia política pública, ni se hayan manifestado públicamente a favor de partidos políticos o grupos electorales favorables al gobierno, a la oposición, o a cualquier otra tendencia política”. La Sala Constitucional, sin embargo, consideró que los rectores que pudiese nombrar debían cumplir los requisitos del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

En *tercer lugar*, la Sala Constitucional constató la existencia del “vacío institucional”, a pesar de que existiera un Consejo Nacional Electoral, el cual conforme al Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público, consideró que tenía “carácter provisorio”. Consideró la Sala que “la falta de designación de los rectores, en el lapso legal, constituye un vacío que debe esta Sala llenar, si no lo hace la Asamblea Nacional”.

En *cuarto lugar*, la Sala Constitucional decidió que en virtud de que “el nombramiento de los rectores -así sean provisionales- se trata de un hecho que trasciende lo jurídico” ... “a partir de esta fecha, podrá oír a los Presidentes o Secretarios Generales de las organizaciones políticas representadas en la Asamblea, así como a los representantes

de la sociedad civil que ella escoja, utilizando para determinar quienes conforman a la sociedad civil, el criterio expuesto por la Sala en fallos del 23 de agosto de 2000 y 21 de noviembre de 2000 (Casos: *Ruth Capriles Méndez y William Dávila Barrios y otros*); e, igualmente, podrá consultar al Poder Ciudadano y a los representantes de las facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas que considere necesarios, a fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 296 constitucional". En esta forma, la Sala anunciaba que si suplía la omisión del Legislador, no sólo lo haría con criterio jurídico sino político. Se apartaba así, la Sala, de lo que había expresado en sentencia n° 457 de 5 de abril de 2001 (Caso: *Francisco Encinas Verde y otros*) en la cual había clarificado que si bien "la Jurisdicción Constitucional es *eo ipso*, jurisdicción sobre lo político... no es equiparable a jurisdicción política". La Sala, en las sentencia n° 2073 que comentamos, al contrario, anunciaba que actuaría como jurisdicción política.

En *quinto lugar*, en forma congruente con el anuncio de ingerencia en lo político, la Sala Constitucional anunció no sólo que "si la Asamblea no hace los nombramientos, los hará la Sala", sino que podía "señalar a los rectores algunas disposiciones -que sin alterar su independencia- sean por ellos cumplidas, y pudiendo, igualmente, proveer la integración de alguno o todos de los órganos subordinados, señalando quien los dirigirá, y decretando un cronograma de actuaciones para que el ente cumpla sus cometidos". Es decir, la Sala Constitucional anunciaba que iría mucho más allá que a suplir la omisión legislativa, y prescribiría lineamientos que los nombrados debían cumplir y haría nombramientos adicionales, quitándole tal potestad a los miembros del consejo nacional Electoral que nombrara. La salvedad respecto de la independencia del Poder Electoral, por tanto, no era más que un simple saludo a la bandera.

En *sexto lugar*, la Sala Constitucional, al reconocer el derecho de los ciudadanos a solicitar referendos consultivos y revocatorios, y constatar que para la fecha no existía una legislación sobre los mismos que garantizaran su ejercicio, prescribió que "a fin que no se haga nugatorio tal derecho, y para lograr la primacía de las normas constitucionales, la Sala estima que el Consejo Nacional Electoral puede dictar normas dirigidas al ejercicio de esos derechos políticos, los cuales perderán vigencia cuando se dicten las normas respectivas por la Asamblea Nacional; a objeto de garantizar el carácter normativo de la

Constitución". Es decir, la Sala Constitucional, al constatar ahora de oficio la omisión legislativa en dictar las leyes reguladoras de ese derecho ciudadano, también de oficio se pronunciaba sobre tal omisión, "autorizando" al Consejo Nacional Electoral nada menos que para suplir al Legislador y dictar "leyes orgánicas" que son las que pueden regular los derechos políticos conforme al artículo 203 de la Constitución, agregando en su decisión que "para lograr la consulta electoral, el Consejo Nacional Electoral provisorio, deberá regular los referendos, la autenticidad de quienes los solicitan, etc., a fin de dar cumplimiento a la Disposición Transitoria Tercera citada, que es del tenor siguiente: 'Tercera: El Consejo Nacional Electoral dentro del primer año siguiente a su instalación elaborará el Proyecto de Ley de Registro del Estado Civil de las Personas, el Proyecto de Ley de los Procesos Electorales y de Referendos, y lo presentará ante la Asamblea Nacional"'. Una cosa ciertamente era la competencia del Consejo Nacional Electoral para elaborar los proyectos de ley, y otra cosa era "regular" esas materias como lo "autorizaba" la Sala, al insistir que "La Sala estima que el Consejo Nacional Electoral puede dictar normas dirigidas al ejercicio de esos derechos políticos, los cuales perderán vigencia cuando se dicten las normas respectivas por la Asamblea Nacional".

La Sala Constitucional, transcurridos los 10 días que le había otorgado a la Asamblea Nacional para cumplir su obligación, al no haber logrado la mayoría de la Asamblea poder imponer su criterio y obtener el apoyo de las 3/4 partes de sus integrantes en el nombramiento de los miembros del Consejo Nacional Electoral, procedió a suplir la omisión de la Asamblea Nacional pero no sólo desde el punto de vista jurídico sino político, por lo que lo que no pudo lograr la mayoría de la Asamblea en su propio seno, lo lograría a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo: el control del Consejo Nacional Electoral. No en balde la propia Sala Constitucional había anunciado en su sentencia previa n° 2073 de 4 de agosto de 2003, que dichos nombramientos "trasciende lo jurídico".

El la sentencia n° 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermann Escarrá M. y otros*), la Sala Constitucional, en efecto, para adoptar las decisiones respecto de la omisión constatada, señaló lo siguiente:

En *primer lugar*, reiteró el criterio de que como se trataba de un nombramiento provisional no previsto en la Ley Orgánica del Poder

Electoral, pero, producto de la omisión del nombramiento de los rectores electorales, la Sala, “en lo posible, aplicará la Ley Orgánica del Poder Electoral con las variables necesarias derivadas de la naturaleza de las medidas provisorias”. Es decir, la Sala reiteraba que se desvinculaba de los términos de la Ley Orgánica, la cual aplicaría sólo “en lo posible”. Por ello precisó que “en las designaciones, la Sala nombrará rectores principales o suplentes a las personas que postuló la sociedad civil, el Poder Ciudadano y las Universidades Nacionales que podían hacerlo; ello sin menoscabo de su poder para la elección de personas fuera de los que fueron candidateados”. En tal sentido la Sala nombró a los miembros del Consejo Nacional Electoral y a sus suplentes “de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Electoral”.

En *segundo lugar*, la Sala declaró que garantizaría “al Poder Electoral que ella nombre en forma provisorio, la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos”; pero en la propia sentencia procedió “con el fin de facilitar la integración del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados”, a designarlos estableciendo “su composición, así como la del Consejo de Participación Política, el cual de manera provisorio y ante el vacío constitucional, funcionará como un ente consultivo del Poder Electoral. Para este último nombramiento, la Sala tomó en cuenta las consultas que se hicieron a los partidos políticos representados en la Asamblea Nacional y que se llevaron a cabo en el Tribunal”. En esta forma, en la sentencia, la Sala Constitucional procedió a limitar la autonomía del Cuerpo que nombraba, designando ella misma quién sería su Presidente y su Vicepresidente, violando lo establecido en el artículo 296 de la Constitución que expresamente establece que: “Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente o Presidenta, de conformidad con la Ley”. La Sala Constitucional, además, volvió a secuestrar y violar la autonomía del Poder Electoral al cercenarle al Consejo Nacional Electoral su potestad conforme a la Ley Orgánica del Poder Electoral, para designar a los titulares de los órganos del Poder Electoral; designando en la propia sentencia al Secretario y al Consultor Jurídico del Consejo Nacional Electoral; a los integrantes de los órganos subordinados (Junta Nacional Electoral; Comisión de Registro Civil y Electoral; Comisión de Participación Política y Financiamiento), integrándolos con miembros

principales y suplentes del organismo, en la forma como la propia Sala lo determinó; y a los miembros de un Consejo de Participación Política.

En *tercer lugar*, la Sala reiteró el criterio de que “podrá desarrollar la normativa que le asigna la Ley Orgánica del Poder Electoral”. El Consejo Nacional Electoral debía “elaborar los proyectos de leyes que le corresponden con exclusividad conforme a las Disposición Transitoria Tercera de la citada Ley, y presentarlas ante la Asamblea Nacional” así como dictar “la normativa tendente a la reglamentación de los procesos electorales y los referendos, en desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Electoral, en particular la que regula las peticiones sobre los procesos electorales y referendos, así como las condiciones para ellos, la autenticidad de los peticionarios, la propaganda electoral, etc, así como resolver las dudas y vacíos que susciten las leyes electorales”.

Los miembros del Consejo Nacional Electoral y todo los otros funcionarios nombrados por la Sala Constitucional, fueron juramentados por ella el día 27 de agosto de 2003; y a partir de entonces, ese Consejo Nacional Electoral secuestrado por la Sala Constitucional, comenzó a confiscarle a los ciudadanos el derecho a la participación política.

§7. *El derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio de mandatos y su confiscación por el Poder Electoral*

I. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL REFERENDO REVOCATORIO

El artículo 62 de la Constitución establece el derecho de los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos; y el artículo 70 de la Constitución define como “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros”.

Sobre estos mecanismos de participación, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 170 de 22 de diciembre de 2000 (Caso: *Club Social Layalina*) señaló que:

“La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela plantea un nuevo marco conceptual y teleológico en materia de participación política del ciudadano en los asuntos públicos. Es así que, los artículos 5 y 6 de la Carta Fundamental, consagran un nuevo modelo de democracia participativa, evolucionando de la clásica concepción de la democracia representativa, limitada al ejercicio de la soberanía popular únicamente por medio de la elección periódica de representantes. Por el contrario, la novel Carta Magna establece que la soberanía se ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y en las leyes, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder

Público. En consonancia con tales principios, el texto constitucional dedica una serie de normas a la consagración y regulación de las pautas fundamentales de novedosos mecanismos en el ordenamiento jurídico venezolano que permiten la participación política del soberano en los asuntos que le conciernen, mecanismos que enumera el artículo 70 de la Constitución, entre los cuales se encuentra el referendo, en sus distintas modalidades: revocatorio, abrogatorio, consultivo y aprobatorio. De igual manera, se prevé la participación soberana en el ejercicio de los mecanismos de enmienda y reforma constitucional, así como en la iniciativa de convocatoria en la Asamblea Nacional Constituyente.

De tal manera que, a la luz de tal regulación, y de los principios constitucionales de participación ciudadana protagónica en los asuntos de interés público, es evidente que la figura del referendo, u otras modalidades de consultas populares, que en el ordenamiento jurídico preconstitucional constituía prácticamente un mecanismo excepcional de participación ciudadana, el cual se encontraba regulado (si se quiere de una manera tímida) en diversas materias (electoral, municipal, urbanística y de ordenación territorial, etc.) ha pasado a ser uno de los más variados que prevé la Carta Magna. Esta consideración resulta ser de importancia fundamental al momento de interpretar el ordenamiento jurídico, puesto que, en virtud del principio de supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) el intérprete jurídico, mucho más el juez, está llamado a aprehender el sentido de las normas preconstitucionales, adaptándolas a los valores, principios y reglas que pauta el nuevo Texto Fundamental, que resulta ser la guía orientadora en toda labor hermenéutica progresiva y ajustada a los nuevos valores de nuestro ordenamiento”²⁰⁴.

En coincidencia con el artículo 70 de la Constitución, que identifica como uno de los medios de participación en lo político, “la revocación del mandato”; de acuerdo con el artículo 72, todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables (art. 6). A tal efecto, dispone dicha norma que transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido un funcionario, un número no menor del 20% de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción en el mo-

204 V. en *Revista de Derecho Público*, nº 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 49 y ss.

mento de formular la solicitud, puede solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato²⁰⁵.

Ahora bien, en ausencia de una normativa legal que desarrollara la norma del artículo 72 de la Constitución, el Consejo Supremo Electoral en septiembre de 2003, con motivo de rechazar una solicitud de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República (el “Firmazo”), mediante Resolución n° 030912-461 de fecha 12 de septiembre de 2003, resumió lo que consideró era la doctrina de la Sala Constitucional²⁰⁶ sobre los requisitos mínimos de orden formal que se requería para ejercer el derecho, los cuales a la vez pueden ser resumidos como sigue:

- a) Está sujeto a un límite de naturaleza temporal como es, sin duda, que el derecho al referendo revocatorio sólo puede ejercerse una vez que haya transcurrido la mitad del período del funcionario cuya revocación se persigue;
- b) Entre los requisitos formales de la solicitud, como formas esenciales que se deben cumplir inexorablemente, como “imprescindibles”, está la exigencia de que la petición o solicitud de revocación expre-

205 La materia ha sido regulada en la Resolución n° 030925-465, mediante la cual se dictan las “Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, en G.O. n° 37.784 del 26 de septiembre de 2003. Estas normas, en nuestro criterio, vulneraron el derecho a la participación política consagrado en la Constitución, pues antes que facilitar su ejercicio, establecieron trabas y requisitos que afectaron su ejercicio y lo limitaron más allá de lo permitido en la Constitución. Estas limitaciones afectaron la formulación de la petición por los electores, pues sin fundamento constitucional alguno establecieron que las firmas en respaldo de la petición de los referendos sólo podía estamparse en un formulario preestablecido en papel especial diseñado por el Consejo Nacional Electoral, que las dichas firmas sólo se podían estampar en unos lugares precisos y en un plazo de sólo unos días preestablecidos, eliminándose además, el derecho de los ciudadanos que estuviesen fuera del país de poder respaldar con su firma la petición. Al contrario, la manifestación de voluntad de respaldo a una solicitud de referendo revocatorio es un derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen a la participación política, el cual no puede restringirse ni siquiera por ley, por lo que menos aún puede restringirse mediante actos reglamentarios, como el contenido en la mencionada Resolución. Así, por lo demás, lo ha afirmado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 321 de 22-02-2002, en la cual señaló que las limitaciones a los derechos constitucionales “derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas”. La condición de ciudadano y el ejercicio de los derechos políticos de los mismos, por tanto, no puede restringirse a sólo unos días; y esa condición no se pierde, en forma alguna, por encontrarse la persona fuera del país.

206 Sentada en la sentencia n° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*).

se con precisión “el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo”;

- c) Teniendo el referendo revocatorio como único origen la *iniciativa popular*; el derecho al referendo revocatorio lo tiene como titulares a los ciudadanos integrantes del cuerpo electoral, por lo que la solicitud debe ir acompañada, “de los nombres y apellidos, números de cédula de identidad y las firmas respectivas”, para que sean verificadas por el Consejo Nacional Electoral, el cual debe constatar, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, “la debida inscripción de los electores y electoral que figuran como solicitantes de la revocación del mandato en el registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos”;
- d) La solicitud debe formularse ante el Consejo Nacional Electoral;
- e) La actividad del Consejo Nacional Electoral se ciñe a verificar las reglas del artículo 72 de la Constitución, con lo cual tiene prohibido cualquier “margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud”; y
- d) El Consejo Nacional Electoral no puede “establecer – en las normativas de carácter sub legal que dicte- nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente...” .

1. *Oportunidad en la cual se puede ejercer el derecho a solicitar la revocación del mandato*

Ahora bien, de acuerdo con el mencionado artículo 72 de la Constitución, el derecho político para solicitar la revocación del mandato nace una vez que transcurra la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario. En otras palabras, la revocación del mandato de un funcionario electo sólo puede solicitarse a partir del momento en el cual cumpla la mitad del período para el cual fue electo el funcionario²⁰⁷. En el caso del Presidente de la República el mandato es de

207 En el caso del Presidente de la República, al haberse juramentado el 18 de agosto de 2000 la mitad de su período fue el 18 de agosto de 2003. Era a partir de esa fecha cuando podía presentarse la solicitud de revocatoria de su mandato. La Sala Constitucional en sentencia n° 457 de 05-04-2001 (Caso: *Francisco Encinas Verde*) resolvió que: “a) el inicio del actual período del Presidente es la fecha de su toma de posesión, previa juramentación ante la

seis años (art. 230); en el caso de los Diputados a la Asamblea Nacional el mandato es de cinco (5) años (art. 192); y en el caso de los Gobernadores de Estado (art. 160), los Diputados a los Consejos Legislativos estatales (art. 162); los Alcaldes (174) y los miembros de los Concejos Municipales (art. 174) el mandato es de cuatro (4) años.

2. *La legitimación para formular la solicitud de iniciativa popular*

La manifestación de voluntad de respaldo a la solicitud de revocación del mandato, por ejemplo, del Presidente de la República, puede formularla cualquier ciudadano venezolano siempre que ello ocurra a partir del momento en el cual se puede formular, es decir, la mitad del período constitucional; solicitud que, incluso, podría formularse desde el exterior. Sin embargo, conforme al artículo 72 de la Constitución, no puede hacerse más de una solicitud de revocación del mandato, durante el período para el cual fue elegido el funcionario.

Ahora bien, la Sala Constitucional en sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) ha precisado sobre esto que:

“La frase “electores inscritos” tiene relación con el momento de la solicitud del referendo revocatorio, por lo que es en esa oportunidad que la mencionada Comisión de Registro Civil y Electoral verificará la “inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación del mandato”²⁰⁸.

Asamblea Nacional, el día 19-08-99, de acuerdo con los artículos 3 y 31 del Estatuto Electoral del Poder Público, y la duración es la de un período completo, es decir, por seis años, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 3 *eiusdem*; si se admitiera el acortamiento del actual período se violaría este artículo; b) el próximo período constitucional comienza el 10-01-07, según lo dispone el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; c) el Presidente de la República deberá continuar en el ejercicio de sus funciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, hasta el 10-01-07”. Este criterio fue ratificado en sentencia de la misma Sala n° 759 de 16-05-2001 (Caso: *Asamblea Nacional*), y por la Sala Constitucional en “Comunicado” de 04-02-2003 (V. la cita en sentencia n° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*)).

208 Criterio adoptado en la sentencia n° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*); y seguido en la sentencia n° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*).

A los efectos de la norma constitucional, por tanto, el derecho a formular la solicitud corresponde a todos los electores inscritos en ese momento en el cual se puede formularla solicitud, se encuentren o no en el país. Al respecto, la Sala Constitucional en sentencia n° 2432 del 29 de agosto de 2003 (caso: *Luis Eduardo Franceschi y otros*), precisó que quiénes pueden hacer la solicitud son los que estén inscritos para la fecha en la cual se puede formular, sin importar si estaban o no inscritos para el momento de la elección del funcionario cuyo mandato se pretende revocar. La Sala expresó en esa decisión que, "se entienden legitimados para la solicitud de convocatoria a referendo revocatorio los electores que estuvieron inscritos al momento del ejercicio de ese derecho electoral, es decir, al momento de su iniciativa, en la circunscripción electoral correspondiente"²⁰⁹.

Este criterio fue ratificado por la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza*) al considerar que el derecho de los electores inscritos en el registro electoral para el momento de la solicitud, lo tienen "cualquiera que haya sido la razón para no estar inscrito en el registro electoral en el momento de la elección o sin importar si la persona que pudo votar no lo hubiera hecho -por el motivo que fuese-"; agregando que:

"En realidad no importa si se votó o no, si se estaba inscrito o no. Ha sido el pueblo del momento el que confirió el mandato y es el pueblo de ese segundo momento el que puede revocarlo. La integración del pueblo puede haber variado, aumentando o disminuyendo en número, y el registro electoral de la fecha de que se trate debe ser la única referencia"²¹⁰.

En todo caso, dada la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional, en las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Elección Popular de septiembre de 2003 se estableció que la iniciativa para solicitar la convocatoria de un referendo revocatorio le corresponde a "un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el registro electoral para

209 Criterio ratificado en la sentencia n° 2750 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza*) de 21-10-2003

210 En sentido coincidente las sentencias de la Sala Constitucional n° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) y de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*)

el momento de la solicitud, en la correspondiente circunscripción electoral”.

Por otra parte, debe destacarse, que el derecho ciudadano a presentar la solicitud de revocatoria del mandato de un funcionario electo, corresponde a los ciudadanos inscritos en el registro electoral para el momento en que se pueda formular, y tal derecho, por su puesto, como la ciudadanía misma, no se pierde por el hecho de que el ciudadano se encuentre en el exterior, es decir, no se encuentre físicamente en el territorio nacional. Es decir, al igual que el derecho de voto se puede ejercer en el exterior, la firma para la solicitud de la revocatoria del mandato de un funcionario también se puede formular en el exterior.

3. *Los requisitos de la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio*

Como la legitimación para presentar la solicitud corresponde a los electores inscritos en el registro electoral para el momento de presentarla, los requisitos de la solicitud, como lo ha establecido la Sala Constitucional en la sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila Barrios*), son que la misma” debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral”²¹¹.

Por tanto, la solicitud debe indicar el nombre y apellido, la cédula de identidad y la firma del elector solicitante, así como la manifestación de voluntad dirigida al Consejo Nacional Electoral de solicitud de convocatoria de un referendo de revocación del mandato del funcionario respectivo, el cual debe también ser identificado, indicando el cargo que ocupa y la fecha de inicio de su mandato. Así también lo estableció la Sala Constitucional en la citada sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002, en el sentido de que resulta imprescindible “que la solicitud de revocación del mandato exprese con claridad el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo”... “tal solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas res-

211 Criterio ratificado por sentencias de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*); n° 2432 de 29-08-2003 (Caso: *Luis Eduardo Franseschi y otros*)

pectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral"..."la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio que reúna las condiciones anteriores, se formula ante el Consejo Nacional Electoral".

4. *La oportunidad para formular la solicitud*

La solicitud de referendo revocatorio conforme a la Constitución sólo puede formularse una vez transcurrida la mitad del período para el cual fue electo el funcionario cuyo mandato se requiere revocar; límite temporal que conforme lo indicó la Sala Constitucional en sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*), se justifica porque "representa un plazo prudencial que permite a los electores tener una visión del desempeño del representante"²¹².

La recolección de firmas que respaldan la solicitud, por tanto, debe hacerse a partir del momento en que se puede formular la solicitud, es decir, después de transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, y por supuesto, antes de que tal solicitud se presente, no autorizando la Constitución el establecimiento de un lapso único de tiempo durante el cual se puedan recoger las firmas. Tal como lo resolvió la Sala Constitucional en su sentencia n° 137 de 13 de febrero de 2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*) al señalar que "establecer un requisito temporal para la recolección de las mencionadas firmas conllevaría menoscabar dicho principio fundamental" (reserva legal)²¹³.

Por otra parte, una vez consignada la solicitud popular de revocatoria del mandato de un funcionario, el Consejo Nacional Electoral lo que debe verificar es que los solicitantes, identificados con su

212 Sentencia n° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*).

213 En nuestro criterio, por tanto, conforme a esa doctrina de la Sala Constitucional, la exigencia establecida en las "Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular" dictadas por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución n° 030925-465 de 25-09-2003 (G.O. n° 37.784 de fecha 26-09-2003), en el sentido de que las firmas de respaldo a una solicitud de referendo revocatorio sólo pueden plasmarse o recogerse durante unos días precisos sería contraria a la Constitución.

nombre y apellido, cédula de identidad y firma, estén inscritos en el Registro Electoral²¹⁴

5. *Quórum para la revocación*

Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*) :

“En el referido artículo 72 del Texto Fundamental se prevé que al menos el: a) 20% de electores inscritos en la circunscripción de que se trate solicite la convocatoria a referendo; b) que al menos participe en el referendo un 25% de los electores inscritos para que pueda ser válido.

Se establecen, así, un porcentaje mínimo para solicitar el referendo y uno para que pueda tomarse en cuenta el resultado del mismo, con lo que aunque hubiera sido convocado correctamente, no tendrá valor alguno si existe escasa participación. Esto último, sin duda, es una forma de evitar que pueda ser revocado el mandato de un funcionario electo con base en el resultado de un referendo con alta abstención.

El artículo 72 también dispone que sólo se revocará el mandato del funcionario si votan a favor de ello al menos una cantidad de personas igual al número de quienes lo eligieron en su momento, como una manera de impedir que funcionarios que alcanzaron su puesto con altos porcentajes de apoyo popular puedan perderlo por simple mayoría”.

214 Así lo resolvió la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en su sentencia n° 2432 de 29-08-2003 (Caso: *Luis Franceschi y otros*). Para ello, la solicitud, como se dijo, debe indicar el nombre y apellido del funcionario cuyo mandato se quiere revocar, el cargo que desempeña y la fecha de toma de posesión; y el nombre y apellido, cédula de identidad y firma del peticionario de la revocación; y nada autoriza para que, además, se exija la huella digital de los solicitantes, como se estableció en la mencionadas “Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular Normas”. Además, nada autoriza para que se pueda exigir que todos los datos antes indicados (nombre, apellido y número de cédula de identidad), con excepción de la firma por supuesto, tengan que ser manuscritos única y exclusivamente por los propios solicitantes, con su puño y letra, como lo anunció el Consejo Nacional Electoral el los días 28 y 29 de febrero de 2004 y lo decidió el día 3 de marzo de 2004 (Resolución n° 040302-131 de 02-03-2004), al objetar 876.017 solicitudes para el referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República de 3.086.013 de solicitudes que admitía habían sido efectivamente firmadas entre el 28 de noviembre y el 1° de diciembre de 2003, con el argumento, precisamente, de que los referidos datos (nombre, apellido y número de la cédula) habían sido estampados por la persona que gestionaba la firma en presencia del observador del Consejo Nacional Electoral y no de puño y letra del firmante. V. *El Universal*, Caracas, 3 de marzo de 2004, p. A-1.

En consecuencia, a los efectos de que se produzca la revocatoria del mandato, se requiere, en *primer lugar*, que se produzca un quórum de asistencia consistente en que concurran al referendo un número de electores igual o superior al 25% de los electores inscritos en el registro civil y electoral. Sobre esto, la Sala Constitucional en sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) ha interpretado:

“Que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente -por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios”²¹⁵.

En *segundo lugar*, se requiere que voten a favor de tal revocatoria un número de electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la celebración del referendo, igual o mayor de los que eligieron al funcionario²¹⁶. Sobre ello ha precisado la Sala Constitucional en la misma sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*) que:

“La revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempañado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral.

Siendo así las cosas, considera la Sala que el requerimiento del constituyente de 1999, cuando estableció en el segundo aparte del artículo 72, determinadas condiciones cuantitativas para que se considere revocado el mandato del funcionario electo, tiene como propósito demostrar fehacientemente la veracidad de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio ejecutado, de manera que no haya duda sobre la

215 Criterio adoptado en la sentencia n° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*); y seguido en la sentencia n° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*).

216 En el caso del Presidente de la República Hugo Chávez Frías, éste fue electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos.

pérdida tan grave de popularidad del funcionario que deviene en ilegítimo, y la desaprobación de su gestión, por lo que resulta lógico que se exija que su revocación se produzca en virtud de la misma cantidad de votos, e incluso uno más, de los que previamente lo favorecieron cuando quedó investido del cargo público que ejercía, siempre que un quórum mínimo considerable de electores inscritos en el Registro Electoral hayan concurrido a desaprobación la gestión del mandatario cuestionado.

Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente -por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno”.

Nada indica la Constitución para el caso de que si bien voten a favor de la revocación un número de electores superior al número de votos que obtuvo el funcionario cuando fue electo, sin embargo, en la votación se pronuncien por su permanencia un número mayor de votos²¹⁷.

6. *Efectos de la revocatoria del mandato*

En cuanto la revocación del mandato de los diputados a la Asamblea Nacional, la Constitución es explícita al señalar expresamente que el diputado revocado “no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período” (art. 198). Nada indica la Constitución sobre los efectos de la revocación del mandato en el caso del Pre-

217 En las referidas *Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular* dictadas por el Consejo Nacional Electoral en 25-09-2003 se estableció que se considerará revocado el mandato “si el número de votos a favor de la revocatoria es igual o superior al número de los electores que eligieron al funcionario, y no resulte inferior al número de electores que votaron en contra de la revocatoria” (Art. 60). Este criterio luego sería avalado por la Sala Constitucional en la sentencia n° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), en la cual señaló que “Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, debería seguir en él, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato”.

sidente de la República y de los otros funcionarios electos. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a la posibilidad de que un Presidente revocado pueda ser candidato en la elección que pueda hacerse como consecuencia de la revocatoria, dado el silencio de la Constitución, estableció en su sentencia n° 2404 de 28 de agosto de 2003 (Caso: *Exssel Alí Betancourt Orozco, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), que en la elección del nuevo Presidente:

“Evidentemente no podría participar dicho funcionario (revocado), pues cualquier falta absoluta del Presidente implica la separación del cargo y la consecuente sustitución del mismo. Lo contrario supondría una amenaza de fraude a la soberanía popular”²¹⁸.

Ahora bien, en caso de que se produzca la revocatoria del mandato de un funcionario electo, debe procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley. Si se trata de un Diputado a la Asamblea Nacional, debería realizarse una nueva elección, pero la Sala Constitucional ha determinado que lo sustituye su suplente por el resto del período²¹⁹.

En relación con el Presidente de la República, la forma de proceder para cubrir la falta absoluta que se produciría con la revocación del mandato, conforme al artículo 233, varía según que ésta ocurra durante los primeros cuatro años de los seis de su mandato o durante los dos últimos: en el primer caso, debe procederse a una nueva elección presidencial para que quien resulte electo complete el período constitucional; y en el segundo caso, el Vicepresidente Ejecutivo es quien debe asumir la Presidencia hasta completar dicho período.

218 La sentencia fue publicada en los medios de comunicación, pero no en la página web del Tribunal Supremo. La Sala Constitucional, en una inusual “Aclaratoria”, emitida de oficio en fecha 01-09-2003, desconoció lo expresado en el fallo, considerando el tema como no decidido. La “Aclaratoria”, sin embargo, también fue eliminada de la página web del Tribunal Supremo, y la única referencia relativa al asunto está en un “Auto” de la Sala Constitucional del mismo día 01-09-2003 ordenando abrir una averiguación para establecer responsabilidades sobre el contenido de la sentencia que supuestamente no se correspondía con el texto del fallo aprobado por los Magistrados. Todo este incidente fue calificado, con razón, como una polémica “con características escandalosas”. V. Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 04-01-2004, p. A-2

219 Sentencia de 05-06-2003 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila*).

II. LA CONFISCACIÓN DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA MEDIANTE LA SOLICITUD DE REFERENDO REVOCATORIO

Como se ha dicho, en el caso del Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 72 de la Constitución, los electores podían solicitar la convocatoria de la celebración de un referendo revocatorio de sus mandatos, una vez transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido. Como se ha dicho, la Sala Constitucional ya había establecido desde 2001 que habiendo sido electo el Presidente de la República el 19 de agosto de 2000, la mitad del período constitucional se cumplía el 18 de agosto de 2003²²⁰, pudiendo por tanto, a partir del 19 de agosto de 2003, presentarse la solicitud de revocatoria de su mandato; solicitud que siempre es de iniciativa popular.

1. *La discusión sobre el momento para recolectar las firmas: el "Firmazo"*

La Constitución, como lo dijo la Sala Constitucional, "nada menciona respecto del momento en el cual puede iniciarse la recolección de firmas al objeto de solicitar la realización del referendo revocatorio"²²¹, pero es evidente que si el derecho para presentar la solicitud nace una vez transcurrida la mitad del período constitucional, entonces las firmas, que son la expresión concreta de la manifestación de voluntad, deben recogerse con posterioridad a esa fecha.

En todo caso, el tema es de reserva legal, en el sentido de que el legislador es quien puede regular la materia. La Sala Constitucional, en todo caso, así lo reconoció en la sentencia n° 137 de fecha 13 de febrero de 2003 (caso: *Freddy Lepage y otros*), pero agregando lo que era obvio, es decir, que "las firmas deben preceder a una solicitud". La Sala en efecto, dijo "que el artículo 72 se limitaba a señalar la oportunidad a partir de la cual podía efectuarse la solicitud de referendo revocatorio ante el Consejo Nacional Electoral, esto es, una vez transcurrida la mitad del período, pero "nada señala respecto de la oportunidad para recolectar las firmas, las cuales, lógicamente deben pre-

220 Sentencias de la Sala Constitucional n° 457 de 05-04-2001 (Caso: *Francisco Encinas Verde*); y n° 759 de 16-05-2001 (Caso: *Asamblea Nacional*).

221 Sentencia n° 137 de fecha 13 de febrero de 2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*)

ceder a la solicitud, sólo podrían recolectarse en el término establecido en dicho precepto constitucional.” En todo caso, señaló también la Sala “establecer un requisito temporal para la recolección de las mencionadas firmas conllevaría menoscabar dicho principio de técnica fundamental”.

La expresión de esta sentencia en el sentido de que las firmas “lógicamente deben preceder a la solicitud”, condujo a que se llegase a interpretar que ese proceso podía ejecutarse aún antes de transcurrida la mitad del período del mandato del Presidente Chávez, para presentar la solicitud posteriormente, una vez transcurrido ese lapso.

En tal sentido, la oposición al Presidente de la República convocó a un proceso de recolección de firmas para respaldar una declaración sobre la revocación del mandato del Presidente²²², denominado el “Firmazo”, el cual se realizó el 2 de febrero de 2003, es decir, más de seis meses antes de que hubiera transcurrido la mitad del período constitucional del Presidente²²³. Las firmas fueron presentadas ante el Consejo Nacional Electoral el día 20 de agosto de 2003 por un grupo de partidos políticos y organizaciones con fines políticos, pero la presentación estuvo signada por la discusión sobre la oportunidad para recoger las firmas en respaldo de la solicitud de referendo y la forma cómo debió haberse formulado la petición, solicitud pregunta.

La discusión y la interpretación que se había hecho de la frase antes mencionada de que las firmas lógicamente debían preceder a la solicitud contenida en la sentencia de la Sala Constitucional n° 137 de fecha 13 de febrero de 2003 (caso: *Freddy Lepage y otros*), había llegado al mismo Tribunal Supremo, por lo que la Sala Constitucional una semana antes de la consignación de las firmas ante el Consejo Nacional Electoral, se vio en la necesidad de publicar una “nota de prensa”,

222 El texto del encabezamiento de las planillas rezaba así: “INICIATIVA DE CONVOCATORIA A UN REFERENDO REVOCATORIO DEL MANDATO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA”. Nosotros, los firmantes de esta Planilla, inscritos en el registro Electoral, tomamos la iniciativa de convocar a un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la república, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Constitución. A tal efecto, sugerimos la siguiente pregunta: ¿De conformidad con lo previsto en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, está usted de acuerdo con revocar el mandato al Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías?

223 En esa oportunidad se informó que se habían recogido en respaldo de la solicitud, 3.236.320 firmas de electores inscritos en el registro electoral

el 14 de agosto de 2003, en la cual informaba que la Sala no se había pronunciado sobre el tema de la oportunidad para la recolección de las firmas, ni tampoco sobre “lo relacionado con la validez de dichas firmas, todo lo cual es competencia del Consejo Nacional Electoral, según las normas que rigen su funcionamiento”.

En respuesta a la documentación y firmas sobre la revocatoria del mandato del Presidente de la República, que se habían consignado ante el Consejo Nacional Electoral el 20 de agosto de 2003, dicho organismo, mediante Resolución n° 030912-461 de fecha 12 de septiembre de 2003, después de constatar la incertidumbre que originaba la ausencia de regulación legal sobre la materia²²⁴, declaró inadmisibles las solicitudes presentadas al considerar, entre otros aspectos²²⁵, que las firmas que respaldaban las solicitudes “fueron suscritas de manera extemporánea por anticipada, esto es, antes de que naciera la titularidad del derecho del referendo revocatorio”. El Consejo Nacional Electoral señaló, en efecto, que:

“[...] no es un ejercicio legítimo del derecho previsto en el artículo 72 de la Constitución solicitar el referendo revocatorio de un funcionario electivo mediante peticiones que sean anteriores al momento en que nace o se origina el derecho. Así como no se puede cursar solicitud ante el Poder Electoral antes de que se cumpla el momento constitucional fi-

224 El Consejo expuso en la Resolución lo siguiente: “estos medios de participación política como derechos constitucionales que son, pueden ser ejercitados desde su sola regulación constitucional, pero la ausencia de desarrollo legislativo de los mismos hace que su ejercicio esté sujeto a un contexto de altísima incertidumbre. Por consiguiente, a los fines de completar el régimen del derecho constitucional, se harán necesarias la intervención del legislador por vía general o bien la intervención pretoriana del juez, caso por caso, como fuentes de desarrollo y complementación del derecho tal y como aparece regulado en la Constitución”.

225 La Resolución expresó sobre la forma de la solicitud, lo siguiente: “En estricto sentido, pues, el texto firmado por quienes participaron el “Firmazo” no es expresión de una solicitud o petición dirigida a este Organismo Electoral del que se prescinde totalmente y, de otro lado, se omiten datos formales, estimados por la Sala Constitucional como formas esenciales que las solicitudes deben cumplir inexorablemente, tales como la indicación de la “fecha de toma de posesión efectiva” del cargo del funcionario cuestionado y la mención del Poder Electoral como destinatario de la solicitud”. Por ello, el Consejo Nacional Electoral la declaró “inadmisibles...porque las planillas cuyas firmas respaldarían la solicitud de los presentantes no contienen una manifestación de voluntad que llene los requisitos del artículo 72 de la Constitución, según la jurisprudencia citada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y, en todo caso, tales planillas no contienen una solicitud o petición dirigida a este Poder Electoral”.

jado, en el cual se consolida la titularidad del derecho y puede ejercer el derecho de solicitarlo; de esa misma manera no pueden recabarse las firmas para acompañar una solicitud para cuyo objeto el firmante no tiene derecho todavía”.

Ello se regula ahora en forma expresa, en las Normas de Referendos Revocatorios que habían sido dictadas por el Consejo Nacional Electoral, estableciéndose que la recolección de firmas para la solicitud de los referendos revocatorios, sólo puede tener lugar una vez que haya transcurrido la mitad del período del funcionario electo.

2. *La confiscación del derecho de petición para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio por el Consejo Nacional Electoral*

Como antes se ha dicho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia n° 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá M. y otros*) designó por la inconstitucional omisión legislativa en hacerlo, a los miembros del Consejo Nacional Electoral, quienes fueron juramentados el 27 de agosto de 2003. Al mes de esta decisión, el nuevo Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución n° 030925-465 de 25 de septiembre de 2003, dictó las “Normas para regular los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”²²⁶. Con estas normas puede decirse que el Poder Electoral, cuya autonomía había sido secuestrada por los Poderes del estado, a su vez inició la confiscación del derecho ciudadano a la participación política mediante la iniciativa popular de solicitud de convocatoria de referendos revocatorios, al encasillar de tal manera el ejercicio del derecho, que lo ha hecho de casi imposible ejercicio, en contradicción incluso con las declaraciones iniciales de la misma Resolución (art. 3) en el sentido de las mismas supuestamente tenían como propósito:

- “1. Garantizar el derecho del elector a solicitar la convocatoria de referendo revocatorio de mandato de los funcionarios electos popularmente.

226 La Resolución fue modificada en cuanto al artículo 24 mediante Resolución n° 031030-717 de 30-10-2003.

2. Garantizar que los procesos de referendos revocatorios de mandatos se realicen en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.
3. Garantizar la imparcialidad, transparencia, celeridad, confiabilidad y oportunidad de los actos relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos.
4. Garantizar el respeto a la voluntad del elector, así como los derechos del funcionario público electo popularmente a quien se le pretende revocar su mandato.
5. Garantizar el respeto de la voluntad de los electores expresada a través del ejercicio del voto”.

Al contrario, con las normas dictadas, no se ha garantizado el derecho del elector a solicitar la convocatoria de referendos revocatorios; no se ha garantizado que estos se realicen en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna; ni se ha garantizar la imparcialidad, transparencia, celeridad, confiabilidad y oportunidad de los actos relativos a los procesos de referendos revocatorios.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en la citada sentencia nº 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*), había establecido el criterio de que el referendo revocatorio “se encuentra sometido a las reglas previstas en el artículo 72 de la Constitución, sin que deje ningún margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud formulada, ni a establecer -en las normativas de carácter sub legal que dicte-, nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente”. El Consejo Nacional Electoral en las normas antes citadas, que son de carácter sub legal, precisamente estableció nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato no contempladas en el marco constitucional vigente. Estimamos que no es posible que se pueda sostener que estas normas puedan tener carácter y rango de Ley, y menos de ley orgánica que son las únicas que pueden regular los derechos constitucionales, especialmente los derechos políticos (art. 203).

En todo caso, los requisitos y formalidades establecidos en las citadas normas para ejercer el derecho ciudadano de peticionar o solicitar la convocatoria de un referendo revocatorio son de tal naturaleza,

que casi se confunden con el derecho mismo de revocar el mandato del funcionario electo.

A. *El control estatal del derecho ciudadano de peticionar*

Ante todo, el Consejo Nacional Electoral mediante las Normas, ha asumido el control total del derecho de petición a los efectos de solicitar la convocatoria de un referendo revocatorio, el cual sólo puede ejercerse en la forma y con las formalidades fijadas por la autoridad electoral y bajo su estricta supervisión mediante observadores del Consejo Nacional Electoral. Se trata de una limitación al derecho de petición que la propia Constitución garantiza en forma general, no admitida en su texto (art. 51).

B. *La participación de inicio del procedimiento y la admisión oficial del mismo*

Las Normas convirtieron el simple derecho de peticionar, el cual puede ejercerse en cualquier tiempo y lugar después de que se cumpla la mitad del período del funcionario cuyo mandato se quiere revocar, en todo un complejo procedimiento, que se tiene que iniciar necesariamente con una participación por escrito a la autoridad electoral por parte de las organizaciones con fines políticos o las agrupaciones de ciudadanos debidamente inscritas, sobre “el inicio del procedimiento de convocatoria de referendo revocatorio del mandato”. (art. 17).

El escrito de participación del inicio del procedimiento conforme al artículo 16 de las Normas debe contener:

- “1. Nombre, apellido y cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como indicación de la fecha de la toma de posesión efectiva del mismo.
2. Nombre, apellido, cédula de identidad, fecha de nacimiento, nombre de la entidad o de la circunscripción electoral, domicilio y firma o, en su defecto, huella dactilar de los ciudadanos presentantes de la participación.
3. Objeto de la participación.
4. El número de lugares y su distribución por cada entidad federal en los cuales se recolectarán las firmas como respaldo de la solicitud de referendo”.

Con este último requisito se estableció una limitación intolerable al derecho de petición, el cual en estos casos se debería poder ejercer en cualquier parte y forma siempre que sea después de que se cumpla la mitad del período del funcionario sujeto a revocación y obviamente, antes de que se presente la solicitud, y siempre que conste la manifestación de voluntad con la firma de la persona. Se trata de un derecho ciudadano que incluso puede ejercer el elector encontrándose fuera del país. Incluso la manifestación de voluntad podría manifestarse individualmente por los ciudadanos en forma auténtica ante Notario, en el país y en los Consulados en el exterior. Pero no; las Normas desde que se inicia el procedimiento prescriben que los que deben participar dicho inicio, tienen que indicar los lugares donde se recolectarán las firmas, es decir, donde los ciudadanos tienen que acudir para manifestar su derecho de peticionar. Un ciudadano residente en el exterior, por tanto, no podría ejercer su derecho de petición para solicitar la convocatoria de un referendo para la revocación del mandato de un funcionario, pero contradictoriamente sí podría votar en el referendo respectivo conforme lo indica el artículo 51 de las Normas.

En todo caso, la participación de apertura del procedimiento debe ser revisada por un funcionario receptor, quién debe constatar inmediatamente que cumple con los requisitos antes indicados; debiendo observar si faltare cualquiera de los requisitos exigidos, a fin de que sean subsanar las omisiones (art. 17). Solo cuando la participación cumpla con los requisitos exigidos, el funcionario receptor debe entregar un recibo a los presentantes (art. 18).

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos anteriores, entonces las Normas exigen que, el Consejo Nacional Electoral en el plazo de dos días continuos siguientes dicté una Resolución de admisión del inicio del procedimiento (art. 19). El único supuesto en el cual las Normas prevén la posibilidad de negar la admisión del inicio del procedimiento, a fin de garantizar el ejercicio del derecho y de impedir fraude a la Constitución y la ley, es cuando las participaciones formuladas se presenten por organizaciones de ciudadanos que ostenten una manifiesta identificación o apoyo con el funcionario susceptible de revocación (art. 19).

C. *El apoderamiento estatal del proceso de recolección de firmas*

Como se dijo, la firma de una solicitud o petición, cualquiera que sea su contenido, es un derecho ciudadano, de ejercicio personal. Ello sin embargo, en el caso de las peticiones para los referendos revocatorios, se ha convertido en un acto público a ser realizado en unos lugares predeterminados, en unas planillas preestablecidas, en unos días fijos y bajo la vigilancia del Estado. Por ello, lo primero que el Consejo Nacional Electoral debe hacer conforme a las Normas es dentro de los veinte (20) días continuos siguientes, seleccionar a los ciudadanos que desempeñarán el papel de *observadores* de la recolección de firmas (art. 21).

Estos observadores del Consejo Nacional Electoral deben precisamente “observar” todo el proceso de recolección de firmas, y firmar las actas respectivas que deben levantarse. Las Normas disponen que “en caso de que en el día de la recolección de firmas faltaren los observadores del Consejo Nacional Electoral y sus suplentes, los agentes de recolección solicitarán el correspondiente reemplazo sin perjuicio de que el acta pueda levantarse con la firma de tres (3) testigos presentes en el acto de recolección” (art. 24). Estos observadores del Consejo Nacional Electoral, conforme al artículo 25 de la Normas, deben “limitarán su actuación a presenciar la recolección de firmas en los lugares destinados para ello y además a suscribir y elaborar el acta... con las observaciones pertinentes, si las hubiere”.

Por otra parte, en la fase preparatoria para la recolección de las firmas, los presentantes deben señalar al Consejo Nacional Electoral la lista de los *lugares y las fechas* en los cuales proyectan hacer la recolección de firmas, respecto de lo cual el Consejo Nacional Electoral debe “decidir lo conducente para establecer las condiciones de seguridad y logística correspondiente”. Agrega el artículo 23 que “Sin perjuicio de su recolección itinerante, el número de lugares que los presentantes aspiren establecer como sitios de recolección de firmas no podrá exceder de dos mil setecientos”.

Las firmas, por otra parte, sólo pueden recolectarse en las fechas establecidas en los centros de recolección establecidos para tal fin y en *planillas, debidamente numeradas y foliadas*, en las cuales sólo se permitirá la recolección de diez firmas (art. 21).

Estas planillas, que constituyen la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio, conforme al artículo 22 de las Normas deben necesariamente contener:

- “1. Nombre, apellido y cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como indicación de la fecha de la toma de posesión efectiva del mismo.
2. Nombre, apellido, cédula de identidad, fecha de nacimiento, nombre de la entidad o de la circunscripción electoral, firma manuscrita original y huella dactilar, de los electores solicitantes de la convocatoria de referendo revocatorio de mandato, en forma legible”.

Es inconcebible, por supuesto, que se exija estampar una huella dactilar para una petición ciudadana, lo que contraría las normas legales en materia de identificación que remiten a la Cédula de Identidad, y la posibilidad legal misma de hacerse representar en los procedimientos administrativos. La norma agrega, por otra parte, que “La solicitud de convocatoria de referendo es un acto personalísimo, por lo que no se admitirá poder de representación o autorización para firmar por otro”. Esta disposición también contraría las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de aplicación supletoria en materia de procedimientos administrativos, y las de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre representación. No se puede negar a las personas, su derecho a ser representadas en un procedimiento administrativo de petición. El Consejo Nacional Electoral en realidad, confundió ilegalmente el ejercicio del derecho de petición con el derecho al sufragio o acto de votación en si mismo, el cual sí podría considerarse como ese acto “personalísimo” que no admite la posibilidad de que se pueda ejercer a través de apoderados o representantes.

Por otra parte, la recolección de firmas sólo debe hacerse en un *lapso de cuatro (4) días* continuos en los lugares señalados por los presentantes y con la observación del Consejo Nacional Electoral; y a cada elector que firme la planilla, se le informará sobre el número de ésta y el renglón donde ha estampado su rúbrica a fin de garantizar el ejercicio de su derecho al reparo (art. 23).

Por último, el artículo 24 de las Normas dispone que al cierre de cada día de recolección de firmas, se levantará *acta original* y tres copias, en la cual se debe dejar expresa mención del lugar y fecha en

que se inició y cerró el proceso de recolección de firmas, el número de planillas y su serial, el número de firmas recogidas ese día y los datos legibles de los observadores y de los agentes de recolección de los presentantes”; y en cuanto a la recolección de firmas para los agentes de recolección de firmas itinerantes el horario se estableció “de seis de la mañana a seis de la tarde, debiendo entregar las planillas el mismo día en un lapso que no exceda de las seis y treinta de la tarde”.

Las Normas imponen a los observadores y a los agentes de recolección de los presentantes la *obligación de firmar* el acta original y las copias, las cuales una vez firmadas, el original debe ser remitido al Consejo Nacional Electoral; y las copias se distribuirán así: una debe quedar en poder del agente de recolección; y la segunda y la tercera deben entregarse a cada uno de los observadores (art. 24). Estas actas, conforme al artículo 26 de las Normas, deben ser distribuidas por los observadores del Consejo Nacional Electoral de la siguiente forma:

- “1. Al cierre de cada día de recolección de firmas, las actas originales correspondientes a los lugares ubicados en el Distrito Metropolitano de Caracas, serán entregadas por los observadores en la Dirección de Correspondencia de la sede principal del Consejo Nacional Electoral.
2. Al cierre de cada día de recolección de firmas, las actas originales correspondientes a los lugares de recolección ubicados en los municipios cercanos a las capitales de los estados, serán entregadas por los observadores en las Oficinas Regionales Electorales de la entidad respectiva, con acuse de recibo.
3. En aquellos casos en los cuales los lugares de recolección estén ubicados en municipios lejanos de las capitales de los estados, los observadores se trasladarán al cierre del último día de recolección a la Oficina Regional Electoral de la entidad respectiva y entregarán las actas con acuse de recibo”.

En definitiva, es imposible concebir mayor control estatal para el ejercicio de un derecho de petición.

Además, para asegurar aún más la autenticidad del procedimiento, las Normas establecen que “sin excepción las planillas de recolección de firmas quedarán en posesión y bajo la custodia de los agentes de recolección, los cuales quedarán obligados a consignar al Consejo

Nacional Electoral las planillas en blanco que no hayan sido utilizadas”.

D. *La verificación de los requisitos y el rechazo de firmas*

Las organizaciones con fines políticos o las agrupaciones de ciudadanos que promovieron la iniciativa, deben consignar las planillas firmadas ante el Consejo Nacional Electoral, el cual debe entonces proceder “a efectuar la verificación de los requisitos previstos en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (art. 27). Por tanto, sólo los requisitos establecidos en dicha norma constitucional deben ser los que han de verificarse, y ellos sólo son, básicamente, la inscripción de los electores firmantes en el registro electoral.

A tal efecto, el artículo 28 de las Normas dispone que en un plazo no mayor de treinta días continuos contados a partir de la presentación de las planillas, el Consejo Nacional Electoral debe proceder a la verificación de los datos de los electores contenidos en la solicitud de convocatoria, de acuerdo al siguiente procedimiento:

- “1. Se transcribirán los datos correspondientes a la cédula de identidad, nombres, apellidos y fecha de nacimiento de los solicitantes de la convocatoria.
2. Los datos de los solicitantes serán confrontados con los datos del Registro Electoral, a los fines de establecer su condición de elector en la circunscripción correspondiente.
3. Del proceso de validación se discriminará entre cantidad y porcentaje de solicitantes validados, aceptados y rechazados.
4. Una vez realizada la transcripción, se procederá a verificar si las firmas y datos que contienen las planillas son fidedignos de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 29 de las presentes normas. La revisión abarcará la totalidad del número de planillas presentadas al Consejo Nacional Electoral”.

De acuerdo con el artículo 29 de las Normas, las firmas o solicitudes *no se considerarán fidedignas y en consecuencia se estimarán como solicitudes inválidas*, en cualquiera de los siguientes supuestos:

- “1. Si existe incongruencia entre el nombre, apellido, fecha de nacimiento y cédula de identidad del firmante.

2. Si el firmante no está inscrito en la circunscripción electoral correspondiente al referendo de que se trate.
3. Si la firma no es manuscrita.
4. Si la firma es producto de fotocopias o cualquier otro medio de reproducción.
5. Si se determina que más de una firma proviene de la misma persona”.

Debe observarse, que conforme a esta norma, no se considerarán fidedignas y en consecuencia se estimarán como solicitudes inválidas cuando las firmas no sean manuscritas por el solicitante. Nada se indica en las Normas respecto de que los datos de identificación (nombre y apellido y número de cédula) deban ser manuscritos de puño y letra de los solicitantes, por lo que si éstos se estamparon por otra persona no puede considerarse la firma como no fidedigna e inválida.

Ahora bien, con fecha 20 de noviembre de 2003, el Consejo Nacional Electoral dictó la Resolución nº 031120-794, contentiva de las “Normas sobre los criterios de validación de las firmas y de las planillas de recolección de firmas para los procesos de referendo revocatorio de mandatos de cargos de elección popular”, en la cual se fijaron los siguientes criterios:

a). A los fines de la verificación de las firmas, sólo se considerarán fidedignas aquellas rúbricas que se encuentren recogidas en las Planillas para la Recolección de Firmas debidamente numeradas y seriadas expedidas por el Consejo Nacional Electoral (art. 1).

b) Conforme al artículo 3 de las Normas sobre los criterios, se estableció que *una firma no se considerará válida* en cualquiera de los siguientes supuestos:

- “1. Cuando no contenga por lo menos uno de los nombres y uno de los apellidos; no contenga el número de cédula de identidad y de la fecha de nacimiento o si los datos antes indicados son ilegibles.
2. Cuando carezca de la firma o de la huella dactilar del elector.
3. Cuando el renglón en el cual está estampada la firma y la huella dactilar presenta tachaduras o enmendaduras o la huella haya sido estampada indebidamente, según criterios técnicos.
4. Cuando los datos y las firmas aparezcan repetidas, caso en el cual quedarán todas invalidadas.

5. Cuando las huellas hayan sido superpuestas totalmente, y no en forma tangencial o unidas por los extremos de los bordes”.
- c) Conforme al artículo 4 de las “Normas sobre criterios” *no se considerarán válidas las Planillas de Recolección de Firmas que adolezcan de las siguientes omisiones:*

- “1. Cuando la Planilla no contenga el nombre, apellido y la indicación del cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como la Entidad Federal o Circunscripción Electoral de que se trate.
2. Cuando el número de la Planilla entregada por el Observador del Consejo Nacional Electoral al Agente de Recolección no coincida con los números contenidos en la base de dato elaborada por el Consejo Nacional Electoral.
3. Cuando los datos del funcionario cuyo mandato se pretenda revocar que aparecen en la Planilla no coincidan con el destino de las Planillas que fueron entregadas para tal fin por el Observador del Consejo Nacional Electoral al Recolector de Firmas mediante la respectiva Acta de Entrega.
4. Cuando el número de la Planilla no aparece reflejado en el Acta del Cierre del mismo día en el cual fue entregada al Agente de Recolección por parte del Observador del Consejo Nacional Electoral.
5. Cuando el número de la Planilla de carácter itinerante no aparece reflejado en el Acta del Cierre del mismo día en el cual le fue entregada al Agente de Recolección por parte del Observador del Consejo Nacional Electoral.
6. Cuando la Planilla de Recolección de Firmas presente evidencias de haber sido borrada alterando los elementos de seguridad, tales como el tramado o el serial de la Planilla.
7. Cuando esté mutilada de tal manera que afecte la inteligibilidad de los datos recogidos en la misma”.

Ahora bien, como consecuencia de la verificación, el órgano encargado del Poder Electoral debe elaborar un informe a los efectos de ser sometido a la consideración del Directorio del Consejo Nacional Electoral, en el cual conforme a los ordinales 5 y 6 del artículo 28 de las Normas, se debe dejar constancia de “ si el porcentaje de los solicitantes aceptados es mayor o igual al porcentaje de los electores previsto en el artículo 72 de la Constitución”; o “si efectuada la valida-

ción, la solicitud no cumpliera con el porcentaje exigido por el artículo 72 de la Constitución”. El Directorio del Consejo Nacional Electoral aprobará o rechazará el informe presentado en los dos días siguientes cumplida como sea la verificación (art. 29).

Debe observarse que esta disposición excede la potestad que puede tener el Consejo Nacional Electoral. Este no tiene por tanto potestad discrecional alguna en la materia: si se cumplen los requisitos, el informe tiene que ser aprobado, no pudiendo ser rechazado. Ello había sido clarificado por la Sala Constitucional en su citada sentencia de fecha 5 de junio de 2002 (caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila*), al establecer que el artículo 72 de la Constitución, no deja margen alguno “de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud formulada”, agregando que:

“Una vez que el Consejo Nacional Electoral verifica el cumplimiento irrestricto de las condiciones mencionadas *ut supra* -referentes a que haya transcurrido, al menos, la mitad del período para el cual se había elegido al funcionario o funcionaria, y que un número no inferior del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción así lo pidiesen-, y por ende, declare que las mismas se encuentran satisfechas, correspondería a dicho órgano comicial convocar al referéndum revocatorio solicitado, fijando la oportunidad de su celebración, y organizando, dirigiendo y supervisando los comicios correspondientes”.

El artículo 31 de las Normas dispone que el Consejo Nacional Electoral debe publicar en al menos un medio impreso de circulación nacional los resultados del proceso de validación a que se refiere el numeral 3 del artículo 28 (cantidad y porcentaje de solicitantes validados, aceptados y rechazados) mediante la mención de los números de cédula de identidad de los solicitantes del referendo. En el plazo de cinco días continuos siguientes a la publicación, “el elector firmante que fuera rechazado, podrá acudir personalmente ante el Consejo Nacional Electoral, a los fines de subsanar cualquier error material en que haya incurrido la Administración Electoral durante la verificación de sus datos. En caso contrario, quedará firme su rechazo. Asimismo, el elector que alegue que no firmó la planilla, podrá acudir al Consejo Nacional Electoral a los fines de solicitar su exclusión inmediata del cómputo de las firmas. En ambos supuestos, el Consejo Na-

cional Electoral publicará el formato de las comunicaciones mediante las cuales los electores harán sus solicitudes”.

3. *Las vicisitudes de la petición de convocatoria a referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, o “El Reafirmazo”*

Una vez dictadas las Normas antes reseñadas de 23 de septiembre de 2003, y a pesar de su carácter extremadamente limitante para el ejercicio del derecho de petición, organizaciones políticas de oposición formularon ante el Consejo Nacional Electoral la participación correspondiente sobre el inicio del procedimiento para la solicitud de revocatoria del mandato del Presidente de la República conocida como El Reafirmazo. El Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución n° 031015-529 de fecha 15 de octubre de 2003 fijó como fecha para efectuar la recolección de firmas relativas a la solicitud para la convocatoria, el día 28 de noviembre de 2003, con un plazo de cuatro días hasta el día 1° de diciembre de ese año. A tal efecto, el Consejo Nacional Electoral publicó en a prensa la información sobre los Centros de recolección de firmas²²⁷.

Después de cumplirse todas las formalidades y los muy engorrosos requisitos que conforman el procedimiento para la obtención de firmas, antes de que terminara el plazo para ello ya el Presidente de la República calificaba el proceso como un “megafraude”²²⁸. En todo caso, las organizaciones promotoras de la solicitud, anunciaron haber consignado el 19 de diciembre de 2003 ante el Consejo Nacional Electoral un total de planillas con 3.467.050 firmas²²⁹. Aún antes de la consignación de las firmas, sin embargo, se había iniciado una polémica en el seno del Consejo Nacional Electoral sobre los criterios, no para validarlas sino para anularlas, y si ello se refería a las firmas o a las

227 V. por ejemplo, *El Nacional*, Caracas 27-11-200, p. A-7; *El Nacional*, Caracas 30-11-200, p. A-9.

228 V. *El Nacional*, Caracas 01-12-2003, p. A-4, y en particular, las declaraciones sobre ello de Cesar Gaviria, Secretario General de la OEA. Miembros del Consejo Nacional Electoral, en respuesta, solicitaban que cualquier denuncia se presentara ante el organismo. *Idem*. V. la declaración del Presidente del Consejo Nacional Electoral en *El Nacional*, Caracas 01-12-2003, p. A-4.

229 V. *El Nacional*, Caracas 17-12-2003, p. A-1 y A-4. V. también *El Nacional*, Caracas 19-12-2003, p. A-2.

planillas²³⁰. Sólo fue en la segunda semana de enero de 2004 cuando se comenzó a realizar la verificación de las firmas, mediante un instructivo relativo a la validación de planillas y actas²³¹. El excesivo formalismo que comenzó a aplicarse en la revisión fue advertido por los observadores internacionales²³²; y el 7 de febrero de 2004 uno de los Ministros del Poder Ejecutivo ya indicaba la necesidad de invalidar muchas firmas, lo que fue protestado por miembros del Poder Electoral considerando las declaraciones como irrespeto a la autonomía de dicho Poder²³³.

En todo caso, en materia de validación de las firmas y planillas, para el 9 de febrero de 2004, la discusión en el propio Consejo Nacional Electoral comenzó a centrarse sobre las objeciones que se habían formulado respecto de las planillas con firmas en las cuales los nombres y apellidos de las personas firmantes y sus números de cédulas de identidad, se habían escrito en caligrafía similar por personas distinta. En las Normas que regían el procedimiento de verificación y validación nada se decía al respecto, y más bien lo único que se exigía fuera manuscrita era la firma (art. 29,3) pero no los datos de identificación (nombre, apellido y número de cédula de identidad), respecto de los cuales no se exigía que fueran de puño y letra de los peticionantes²³⁴. Por ello, en medio de denuncias varias²³⁵, los observadores internacionales en el proceso advertían, con razón, que el Consejo Nacional Electoral en el proceso de verificación de las firmas, debía

230 V. *El Nacional*, Caracas 13-12-2003, p. A-1; *El Nacional*, Caracas 16-12-2003, p. A-2

231 V. *El Nacional*, Caracas 09-01-2004, p. A-3; *El Nacional*, Caracas 13-01-2004, p. A-2.

232 V. las observaciones de los representantes del Centro Carter y de la OEA en *El Nacional*, Caracas 03-02-2004, p. A-1

233 V. en *El Nacional*, Caracas 08-01-2004, p. A-2

234 Solamente en unas "Normas para Regular las Actividades de los Observadores del Consejo Nacional Electoral en la Recolección de Firmas y de los Agentes de Recolección de Firmas de los Presentantes de las solicitudes de Convocatorias de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular" (Resolución nº 031030-74 de 30-10-2003) se disponía que los observadores debían "Entregar a los firmantes formato en el cual estos mismos plasmarán, con base a la información que le suministre el Agente de Recolección de Firmas, los datos de la Planilla de Recolección de Firmas en la cual han manifestado su voluntad" (Art. 4). V. el reportaje de Alfredo Meza, *El Nacional*, Caracas 09-02-2004.

235 V. las declaraciones del Diputado Carlos Berrisbeitia, denunciando que "se está gestando un fraude con la anulación de las planillas tipo planas" en *El Nacional*, Caracas 09-02-2004, p. A-2.

privilegiar la voluntad del firmante sobre los tecnicismos²³⁶. Ello por lo demás es lo que derivaba del principio del Estado de Justicia, que conforme al artículo 26 de la Constitución debe ser “sin formalismos”.

Pero para el 17 de febrero de 2004, ya la prensa anunciaba que de las casi 3 millones y medio de firmas entregadas respaldando la petición de convocatoria de un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, sólo algo más de un millón de firmas no tenían observaciones²³⁷; y a la vez, que se había intentado ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia una acción de amparo para proteger el derecho a la participación política contra el supuesto criterio de validación sobrevenido que se anunciaba respecto de las planillas de firmas donde los datos de identificación de los firmantes se habían escrito con la misma caligrafía²³⁸. El 20 de febrero de 2004 ya el Presidente del Consejo Nacional Electoral anunciaba sobre la objeción que se habían formulado a 213.190 planillas, de las cuales 148.190 era por presentar similar caligrafía²³⁹.

Entre el 21 y 23 de febrero de 2004 se discutió en el Consejo Nacional Electoral sobre un “instructivo” que debía guiar el trabajo del Comité Técnico Superior mediante el cual se formalizaría el rechazo de las planillas con similar caligrafía (planillas planas) que afectaba 148.000 planillas, pero el mismo no pudo ser aprobado²⁴⁰ hasta el día 24 de febrero de 2004²⁴¹ en una votación de tres a dos. Al día siguiente

236 V. las declaraciones de los representantes del Centro Carter y de la OEA, en *El Nacional*, Caracas 14-02-2004, p. A-2

237 V. *El Nacional*, Caracas 17-02-2004, p. A-1 y A-2

238 V. las declaraciones Enrique Ochoa Antich, accionante del amparo, en *El Nacional*, Caracas 17-02-2004, p. A-2. V. la información sobre el criterio de la Consultoría Jurídica del Consejo Nacional Electoral en *El Nacional*, Caracas 19-02-2004, p. A-1.

239 Reconocía, además, que si bien el tema de las “planillas planas” no estaba contemplado en las Normas, se trataba de “hechos sobrevenidos que provocan duda que debe resolver el directorio”. V. reportaje de Marianela Palacios, *El Nacional*, Caracas 20-02-2004, p. A-2.

240 V. *El Universal*, Caracas 21-02-2004, p. 1-1; *El Universal*, Caracas 22-02-2004, p. 11-1; *El Nacional*, Caracas 24-02-2004, p. 1-3.

241 Según lo informó el periodista Alfredo Meza, había triunfado la propuesta “que sostenía que era una violación de la norma que los agentes que recogieron las firmas transcribieran el nombre y el número de cédula de los participantes, por lo que había que colocar en observación todas aquellas rúbricas que se derivaron de esa mecánica”. *El Nacional*, Caracas 25-02-2004, p. A-2. La “norma” sin embargo, no aparece en Resolución alguna del Poder Electoral y sólo se adoptaría *ex post facto* en un “Instructivo” el día 24-02-2004, denomina-

te, el Vicepresidente de la República se apresuró a señalar que la decisión adoptada era “impecable desde el punto de vista jurídico y procedimental”, y el Ministro de la Defensa diría que la haría respetar²⁴².

Los dos miembros del Consejo Nacional Electoral que habían salvado su voto en la decisión adoptada, destacaron la crisis institucional que se había abierto en el Cuerpo con la decisión. Uno de ellos expresó que “Aquí no se están respetando las normas establecidas. El nuevo criterio de planillas planas no estaba en las normas. Choca contra todo lo que estaba establecido. Es un grave golpe el que se ha dado al referendo revocatorio”²⁴³; la otra rectora miembro del Consejo “consideró la decisión como una abierta violación de la Constitución y de las normas del referéndum revocatorio aprobadas por el directorio”. Se ha confundido el acto personalísimo que establecen las normas con la transcripción de datos. La normativa decía que sólo la firma y la huella. La manifestación de la voluntad debe respetarse”²⁴⁴.

En todo caso, con la decisión tomada se terminaba de confiscar el derecho ciudadano a la participación política mediante la solicitud de convocatoria de un referendo revocatorio. El día 28 de febrero ya se leía en la prensa un “aviso” del Consejo Nacional Electoral donde informaba “en relación a las solicitudes del referéndum revocatorio” que “Tu firma será reconocida en los siguientes casos: A) Cuando llenaste legalmente tus datos de identidad con tu puño y letra, firmaste y colocaste tu huella dactilar”²⁴⁵, con lo que se formulaban normas de invalidación de firmas que no estaban en vigencia para cuando se inició el procedimiento, aplicándoseles, además, retroactivamente.

do “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la misma Persona”, el cual tampoco fue publicado ni en Gaceta Oficial ni siquiera en la página web del Consejo Nacional Electoral. V. las referencias al “Instructivo” en la sentencia de la Sala Electoral n° 24 del 15-032994, en la cual suspendió los efectos de dicho Instructivo.

242 V. *El Nacional*, Caracas 26-02-2004, p. A-6

243 V. lo expresado por Ezequiel Zamora al periodista Alfredo Meza en *El Nacional*, Caracas 25-02-2004, p. A-2.

244 V. lo expresado por Sobella Mejías, en *El Nacional*, Caracas 25-02-2004, p. A-2.

245 V. en *El Nacional*, Caracas 28-02-2004, p. A-9; *El Nacional*, Caracas 29-02-2004, p. A-11.

El proceso confiscatorio del derecho ciudadano concluyó con la adopción de la Resolución n° 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004²⁴⁶, en la cual el organismo hizo “del conocimiento público que en el procedimiento revocatorio iniciado en relación con el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, Presidente de la República, la actividad de verificación de las solicitudes y firmas adelantada por este Poder Electoral”, había arrojado los siguientes “resultados preliminares”:

a) 388.108 planillas procesadas sometidas a la verificación física por el Organismo.

b) 7.297 planillas vacías y/o inutilizadas en la jornada de recolección de firmas.

c) 39.060 planillas invalidadas en razón del incumplimiento de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de recolección de firmas para los proceso de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, en especial, “los numerales 2; 3; 4 y 5”.

Se entiende que los numerales citados son los del artículo 29 de las citadas Normas que establecen que las firmas o solicitudes *no se considerarán fidedignas y en consecuencia se estimarán como solicitudes inválidas*, en cualquiera de los siguientes supuestos:

“2. Si el firmante no está inscrito en la circunscripción electoral correspondiente al referendo de que se trate; 3. Si la firma no es manuscrita; 4. Si la firma es producto de fotocopias o cualquier otro medio de reproducción; 5. Si se determina que más de una firma proviene de la misma persona”.

d) 3.086.013 solicitudes procesadas del universo de planillas validadas según actas.

e) 1.832.493 solicitudes validadas para la convocatoria del referendo revocatorio.

246 V. en *El Nacional*, Caracas 03-02-2004, p. A-2. La Resolución se publicó en la página web del Consejo Nacional Electoral, indicándose erradamente como fecha de la misma el “8 de enero de 2004”, cuando al final del texto se afirma que fue aprobada el 02-03-2004.

f) 143.930 solicitudes rechazadas en razón del Registro Electoral (no inscritos; menores de edad; extranjeros; fallecidos; inhabilitación electoral e incongruencia de datos de la solicitud con el registro).

g) 233.573 solicitudes rechazadas en razón del artículo 3 y los numerales 1, 6 y 7 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de recolección de firmas para los proceso de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, ratificadas por la opinión unánime de los cinco supervisores del Comité Técnico Superior.

En cuanto al artículo 3 de las Normas sobre criterios que se cita en este literal, el mismo establece que *“no se considerarán válidas las Planillas de Recolección de Firmas que adolezcan de las siguientes omisiones:*

- “1. Cuando la Planilla no contenga el nombre, apellido y la indicación del cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como la Entidad Federal o Circunscripción Electoral de que se trate; 2. Cuando el número de la Planilla entregada por el Observador del Consejo Nacional Electoral al Agente de Recolección no coincida con los números contenidos en la base de dato elaborada por el Consejo Nacional Electoral. 3. Cuando los datos del funcionario cuyo mandato se pretenda revocar que aparecen en la Planilla no coincidan con el destino de las Planillas que fueron entregadas para tal fin por el Observador del Consejo Nacional Electoral al Recolector de Firmas mediante la respectiva Acta de Entrega. 4. Cuando el número de la Planilla no aparece reflejado en el Acta del Cierre del mismo día en el cual fue entregada al Agente de Recolección por parte del Observador del Consejo Nacional Electoral; 5. Cuando el número de la Planilla de carácter itinerante no aparece reflejado en el Acta del Cierre del mismo día en el cual le fue entregada al Agente de Recolección por parte del Observador del Consejo Nacional Electoral. 6. Cuando la Planilla de Recolección de Firmas presente evidencias de haber sido borrada alterando los elementos de seguridad, tales como el tramado o el serial de la Planilla. 7. Cuando esté mutilada de tal manera que afecte la inteligibilidad de los datos recogidos en la misma”.

En cuanto a los “numerales 1, 6 y 7” que se citan en la Resolución, se presumen que son los del artículo 4 de las “Normas sobre criterios” que establece que *“no se considerarán válidas las Planillas de Recolección de Firmas que adolezcan de las siguientes omisiones:*

“1. Cuando la Planilla no contenga el nombre, apellido y la indicación del cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como la Entidad Federal o Circunscripción Electoral de que se trate. 6. Cuando la Planilla de Recolección de Firmas presente evidencias de haber sido borrada alterando los elementos de seguridad, tales como el tramado o el serial de la Planilla.7. Cuando esté mutilada de tal manera que afecte la inteligibilidad de los datos recogidos en la misma”.

h) 876.017 solicitudes se colocaron “bajo observación, calificadas por la opinión unánime de los cinco supervisores del Comité Técnico Superior, susceptibles de ser ratificadas por la vía del reparo, en razón de constituir solicitudes o firmas de similar caligrafía, de acuerdo a lo previsto en el artículo 31, Capítulo V, de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, instrumento publicado en la *Gaceta Electoral* n° 181, de fecha 20 de noviembre de 2003”.

Esta norma del artículo 31 que se cita en este literal, sin embargo, a diferencia de los anteriores literales de la Resolución, no es ni puede ser el fundamento o causa de la decisión que contiene, pues en la norma lo que regula es la consecuencia de la invalidación y no su causa. Allí lo que se establece, en efecto, es el procedimiento de los “reparos” así:

“El Consejo Nacional Electoral publicará en al menos un medio impreso de circulación nacional los resultados del proceso de validación a que se refiere el numeral 3 del artículo 28 mediante la mención de los números de cédula de identidad de los solicitantes del referendo.

En el plazo de cinco días continuos siguientes a la publicación, el elector firmante que fuera rechazado podrá acudir personalmente ante el Consejo Nacional Electoral, a los fines de subsanar cualquier error material en que haya incurrido la Administración Electoral durante la verificación de sus datos. En caso contrario, quedará firme su rechazo.

Asimismo, el elector que alegue que no firmó la planilla, podrá acudir al Consejo Nacional Electoral a los fines de solicitar su exclusión inmediata del cómputo de las firmas.

En ambos supuestos, el Consejo Nacional Electoral publicará el formato de las comunicaciones mediante las cuales los electores harán sus solicitudes”.

Como puede apreciarse de lo antes expuesto, la Resolución n° 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004 en su último literal g) era completamente ilegal, por carecer de motivación al no indicar el motivo o fundamento legal de la misma, pues el Consejo no indicó con base en cuál norma jurídica decidió pasar 876.017 peticiones o solicitudes de convocatoria de referendo revocatorio al procedimiento de reparo, el cual sólo se aplicaba como resultado del proceso de validación de firmas cuando se las considerara que no son válidas. El único motivo que se indicó en la Resolución para colocar “bajo observación” las peticiones susceptibles de ser ratificadas por la vía del reparo, era que constituían “solicitudes o firmas de similar caligrafía”. Como se ha dicho, este hecho no aparecía en norma alguna reguladora de los procesos de referendo revocatorio. La Resolución, por tanto, estaba viciada de inmotivación por ausencia de fundamentos de derecho y, por tanto, de ausencia de base legal. Por supuesto, además la Resolución era inconstitucional por violar el derecho constitucional a la participación política y violar el derecho constitucional al debido proceso que rige también para los procedimientos administrativos, al violentar el principio de la presunción de inocencia e invertir la carga de la prueba. El principio de la progresividad que conforme al artículo 19 de la Constitución debe regir en materia de derechos constitucionales exigía, al contrario, interpretar las normas a favor del ejercicio del derecho a la participación política y no para negarlo. La Resolución violaba, además, los principios más elementales del procedimiento administrativo, como los de la buena fe y de la confianza legítima,

Por lo demás, debe observarse que los propios observadores internacionales que estuvieron presentes en el transcurso de todo el procedimiento, sobre este último literal de la Resolución expresaron lo siguiente:

“Hemos tenido algunas discrepancias con el CNE sobre criterios utilizados en el proceso de validación. En el caso de las planillas planas, en el que los datos del firmante, aunque no las firmas, fueron aparentemente llenadas con una caligrafía similar, no compartimos el criterio de

separar esas firmas para que sean ratificadas por el ciudadano; esta decisión podría cambiar el resultado final del proceso”²⁴⁷.

Y en efecto, la Resolución adoptada lo cambió todo. Terminó de confiscar el derecho ciudadano a formular una petición para la convocatoria de un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República. Los solicitantes de la convocatoria del referendo informaron habían consignado 3.467.050 firmas; el Consejo Nacional Electoral admitía en su Resolución que después del proceso de validación, existían 1.832.493 solicitudes validadas para la convocatoria del referendo revocatorio. Si a esa cifra se le sumaban las 876.017 firmas que se colocaron bajo observación, el total era de 2.708.510 firmas. Para solicitar el referendo revocatorio en el caso del Presidente de la República²⁴⁸ bastaban 2.405.856 de firmas. La Resolución había cambiado todo: con ella se le había confiscado a los ciudadanos su derecho ciudadano a solicitar o formular una petición para convocar un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República. Nada menos se podía esperar de un Poder Electoral secuestrado por el poder político, a través de decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Efectivamente, la Resolución había cambiado todo: llevó al país a una situación de violencia generalizada nunca antes conocida, precisamente porque el ciudadano sintió que le había sido impunemente arrebatado su derecho.

4. *La confiscación de las solicitudes de “El Reafirmazo” al exigirse la “ratificación” de parte de las peticiones en un impreciso procedimiento de “reparo”*

El Consejo Nacional Electoral, en su Resolución n° 040302-131 del 2 de marzo de 2004, indicó que había recibido de las organizaciones promotoras del referendo revocatorio presidencial, 388.108 planillas las cuales fueron “procesadas sometidas a la verificación física por el Organismo”. Si estas planillas hubieran tenido 10 firmas cada una, el número de solicitudes para la convocatoria del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República hubiera sido de 3.881.080

247 V. en *El Nacional*, Caracas, 02-03-2004, p. A-2

248 El Presidente de la República, fue electo en 2000 con 3.757.774 votos.

peticiones. Pero la Asociación Civil Súmate que coordinó el proceso de la obtención de las firmas y todos los aspectos técnicos que rodearon su procesamiento, informó que se habían entregado al Consejo Nacional Electoral, 388.400 planillas, en las cuales, como antes se ha dicho, había 3.448.747 solicitudes, de las cuales la propia Asociación Súmate reconocía que 407.310 no cumplían con los criterios originales que habían sido establecidos para la validación de las firmas. Ello significa que los promotores de la convocatoria del referendo revocatorio presidencial habrían consignado ante el Consejo Nacional Electoral, 3.041.437 solicitudes²⁴⁹. El Consejo Nacional Electoral, en cambio, en su Resolución estimó que de las solicitudes presentadas, 740.237 eran las que no cumplían con los mencionados criterios originales; y adicionalmente, sin apearse a los criterios originales establecidos para la validación, determinó que 876.017 solicitudes “pasaban a observación”, es decir, no se aceptaban, por presentar los datos sobre identidad de los solicitantes “caligrafía similar”, exigiendo sobre las mismas que fueran “reparadas”, es decir, que los firmantes acudieran ante los centros que se establecerían, en los días precisos para ello, a ratificar sus firmas o a objetarlas.

Esto, en efecto, desde el 28 de febrero de 2004, es decir, varios días antes de que la Resolución fuera aprobada por el Consejo Nacional Electoral, era lo que el mismo organismo ya anunciaba en “Avisos” publicados en la prensa. En ellos, como se ha dicho antes, se afirmaba que *sólo serían reconocidas las firmas* de los solicitantes, cuando éstos hubieran llenado “legalmente los datos de identidad con tu puño y letra, firmaste y colocaste tu huella dactilar”, o cuando las personas hubieran sido “asistidos para llenar la planilla con tus datos, debido a algún impedimento y quedó constancia de ello”. El no “reconocimiento” de las firmas conforme a esos criterios, significaba que las mismas entonces pasarían a “observación”; y entonces:

- “2) En el supuesto de que tu firma haya pasado a observación, por errores en los recolectores al no cumplir con las Normas de Referendo, éstos podrán ser subsanados en las jornadas de reparación a realizarse próximamente, de acuerdo al Artículo 31 de las Normas

249 V. “Comunicado” de la Asociación Civil Súmate, en *El Nacional*, Caracas 05-03-2004, p. A-17.

para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios, si acudes personalmente al centro de reparo para tal fin.

- 3) En el supuesto de que tus datos de identificación aparezcan en las planillas, sin que ésta haya sido tu voluntad o no firmaste, igualmente podrás acudir a las jornadas de reparación para solicitar ser excluido automáticamente de la solicitud de referendo²⁵⁰.

Esto fue, precisamente, lo que luego “decidió” o ratificó el Consejo Nacional Electoral en su Resolución, al indicar que:

“SEGUNDO: El Consejo Nacional Electoral participa a la colectividad la próxima publicación, en los medios masivos de comunicación, del total de números de cédula de identidad de los firmantes participantes en el presente procedimiento revocatorio, con indicación de su condición a los fines de que los ciudadanos expresen su voluntad en la siguiente fase del procedimiento previsto en el artículo 31, Capítulo V, de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, instrumento publicado en la *Gaceta Electoral* n° 181, de fecha 20 de noviembre de 2003”.

Esta decisión del organismo electoral, adoptada después de que una gran marcha de protesta organizada por la oposición el día 27 de febrero de 2004, precisamente en defensa de las firmas y solicitudes consignadas, fuera brutalmente reprimida por las fuerzas de seguridad del Estado, aún antes de que se pretendiera entregar un documento en la reunión de Presidentes del “Grupo de los 15” en Caracas²⁵¹; fue precisamente la que originó una ola de protestas cívicas generalizadas en todo el país²⁵², la mayoría de ellas de carácter espontáneo. Estas fueron de nuevo y en forma continuada, brutalmente reprimidas por la Guardia Nacional, en una forma nunca antes vista en el país (por la nueva tecnología de represión existente y por el odio demostrado por la fuerza pública en la represión), originando detenciones ilegales y violaciones generalizadas a los derechos a la vida,

250 V. en *El Nacional*, Caracas 28-02-2004, p. A-9.

251 V. *El Nacional*, Caracas 28-02-2004, p. A-1 y A-2. Dos semanas antes, otra multitudinaria marcha de la oposición con el mismo fin se había realizado en Caracas, V. *El Universal*, Caracas, 15-02-2004, p.1-1; *El Nacional*, Caracas 1-02-2004, p. A-1.

252 V. por ejemplo, *El Universal*, Caracas 28-02-2004, p. 1-1; *El Nacional*, Caracas 01-03-2004, p. A-1; *El Nacional*, Caracas 02-03-2004, p. A-1.

libertad, seguridad e integridad personales²⁵³. La protesta contra la brutal represión fue nacional²⁵⁴ y mundialmente²⁵⁵ expresada, y el 6 de marzo de 2004 se efectuó en Caracas una extraordinaria y multitudinaria manifestación de rechazo contra la represión del gobierno²⁵⁶.

Sin embargo, el secuestro del Poder Judicial por el poder político que ha ocurrido en Venezuela desde 1999²⁵⁷, llevó con razón a Pedro Nikken, ex Presidente y Consejero Permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, a dudar que el Estado venezolano cumpliera con su “deber de investigar, juzgar y sancionar los excesos en la represión de las más recientes manifestaciones públicas contra la obstaculización del referéndum revocatorio del mandato del presidente Hugo Chávez, los cuales han generado homicidios, torturas y detenciones arbitrarias”²⁵⁸. El secuestro del Poder Judicial en Venezuela había sido de tal naturaleza, que cuando dos juezas penales dieron libertad a algunos detenidos en las manifestaciones de protesta (el principio procesal penal vigente en el país es el derecho a ser juzgado en libertad, siendo la excepción la privación de la libertad del procesado) fueron inmediatamente destituidas por el Tribunal Supremo de Justicia, sin respetarse, por supuesto el derecho al debido proceso, lo que originó nuevas protestas públicas²⁵⁹ y jurídicas²⁶⁰.

La decisión del Consejo Nacional Electoral, en todo caso, era un acto administrativo definitivo, cuya revisión, si bien lo plantearon en

253 V. *El Nacional*, Caracas 04-03-2004, p. A-1; *El Nacional*, Caracas 06-03-2004, p. A-1.

254 V. por ejemplo la declaración de los decanos de las facultades de derecho y miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *El Nacional*, Caracas 06-03-2004, p. A-4.

255 V. por ejemplo la manifestación de la Sociedad Internacional para los Derechos Humanos, firmada entre otros por los Presidentes de Polonia, Lituania y República Checa, Lech Wałęsa, Vitautas Landsbergis y Vaclav Havel. V. en *El Nacional*, Caracas 06-03-2004, p. A-2.

256 V. *El Nacional*, Caracas, 07-03-2004, pp. A-1; A-2; A-3

257 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, pp. 224 y ss. y 395 y ss.

258 V. en *El Nacional*, Caracas 05-03-2004, p. A-2.

259 V. sobre la manifestación ante la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, en *El Nacional*, Caracas, 05-03-2004, p. A-4.

260 V. la declaración de los decanos de las facultades de derecho y miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *El Nacional*, Caracas 06-03-2004, p. A-4.

una u otra forma diversos sectores de la oposición²⁶¹, parecía difícil que fuera el propio Consejo Nacional Electoral el que fuera a reformarlo, salvo por lo que se refería a la “flexibilización” del procedimiento de “reparo” de las firmas que habían sido colocadas en “observación”²⁶², con el objeto, entre otros factores, de que el referido procedimiento de “reparo” no se convirtiera en un “tercer firmazo con menos posibilidades y con menos días”²⁶³.

Ahora bien, siendo la decisión del Consejo Nacional Electoral un acto administrativo definitivo, el mismo estaba sujeto a impugnación por ante la Jurisdicción contencioso electoral, es decir, por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que un nuevo frente de lucha se abría por el control de la decisión judicial por parte del poder político. La Sala Electoral, en efecto, conocería de un recurso de nulidad con pretensión de amparo contra dicha decisión, suspendiendo sus efectos en medida cautelar de amparo dictada mediante sentencia n° 24 del 15 de marzo de 2004; pero dicha sentencia, una semana después, sería anulada a su vez por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo mediante sentencia n° 442 del 23 de marzo de 2004, produciéndose en este caso, el secuestro de la Sala Electoral del Tribunal Supremo por parte de la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo.

La Sala Electoral, a pesar de los intentos de la Sala Constitucional por impedir que llegara a tomar decisión definitiva sobre el asunto en virtud de estar estudiando una solicitud de avocamiento que se le había formulada a esta última, rechazó las pretensiones de la Sala Constitucional mediante sentencia n° 27 del 29 de marzo de 2004, en la cual no sólo afirmó su competencia para ejercer la Jurisdicción contencioso electoral, reiterando el principio de la igualdad de todas Salas del Tribunal Supremo”, sino que rechazando toda posibilidad de avocamiento por parte de la Sala Constitucional, resolvió elevar al conocimiento de la Sala Plena la resolución del “conflicto de funcionamiento” que se estaba planteando entre las dos Salas. Posterior-

261 V. la posición de la Coordinadora Democrática en; *El Nacional*, Caracas, 04-03-2004, p. A-4; *El Universal*, Caracas, 04-03-2004, p. 1-2.

262 V. las declaraciones de los representantes de dos partidos políticos de la oposición (La Causa R y Primero Justicia) en *El Nacional*, Caracas, 2004, p. A-6.

263 V. en *El Nacional*, Caracas, 03-03-2004, p. A-3

mente, además, resistiendo las presiones de la Sala Constitucional, la Sala Electoral dictó sin embargo su decisión definitiva en el juicio de nulidad mediante sentencia n° 37 de 12 de abril de 2004, anulando los actos del Consejo Nacional Electoral. El mismo día, sin embargo, la Sala Constitucional mediante sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004 (la cual había sido supuestamente anunciada el día 31 de marzo de 2004), decidiría avocarse al conocimiento de la causa, y posteriormente, al resolver una solicitud de aclaratoria de dicha sentencia n° 566, mediante sentencia n° 628 de 23 de abril de 2004, declarar la sentencia n° 37 de la Sala Electoral como nula de nulidad absoluta. Con ello, de nuevo y por segunda vez se produciría el secuestro de la Sala Electoral del Tribunal Supremo por parte de la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo.

Con esta decisión de la Sala Constitucional, quedaba entonces confirmada la confiscación del derecho a la participación política mediante la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, que había quedado consolidada con la Resolución n° 040302-131 del 2 de marzo de 2004 del Consejo Nacional Electoral. Ello significa que los promotores de la convocatoria del referéndum en la cual se había resuelto de que las, 3.041.437 de solicitudes consignadas ante el organismo electoral, 740.237 no cumplían con los criterios originales establecidos para la validación, y que además, 876.017 solicitudes “pasaban a observación”, es decir, no se aceptaban, por presentar los datos sobre identidad de los solicitantes en “caligrafía similar”, exigiendo sobre las mismas que fueran “reparadas”, es decir, que los firmantes acudieran ante los centros que se establecerían, en los días precisos para ello, a ratificar sus firmas o a objetarlas.

5. *La ratificación de la confiscación de las solicitudes de “El Reafirmazo” con las Normas establecidas para los “reparos” de las solicitudes*

Paralelamente a la adopción de las decisiones judiciales que consolidaron el secuestro de la Sala Electoral, el Consejo nacional Electoral había estado elaborando en discusiones con los “actores” de las solicitudes de referendos revocatorios²⁶⁴, las *Normas que tienen por*

264 La Coordinadora Democrática, en comunicado de 05-04-2004 y en representación de la oposición, señaló que a pesar de que estaba convencida de que la razón le asistía, sin em-

objeto regular la fase de reparo las cuales fueron aprobadas el 20 de abril de 2004, con los votos salvados de dos de los cinco rectores del organismo, Ezequiel Zamora y Sobilla Mejías en relación con los artículos 6, 7, 13 y 23²⁶⁵.

En dichas normas se estableció un procedimiento de reparo no sólo para subsanar las solicitudes o firmas que hubieran sido rechazadas (susceptibles de subsanación), sino las validadas (art. 1), a los efectos de subsanar la razón del reparo o excluirse de los listados de firmantes publicados por el Consejo Nacional Electoral (art. 2,1). A tal

bargo, estaba dispuesta a hacer pública una propuesta de reparos que consideró haría factible la realización del Referendo Revocatorio Presidencial en el corto plazo, que contempló los siguientes 4 puntos:

“1. Garantizar la transparencia de los resultados. Ello comienza por convocar a los ciudadanos que participarán en el proceso de reparos para que acudan al Centro de Votación Electoral más cercano al sitio donde firmaron. De esa forma los funcionarios del CNE, los testigos y los observadores nacionales e internacionales acreditados podrán efectuar su labor en establecimientos debidamente acondicionados. Igualmente los procesos deben ser auditables previo al evento y los observadores podrán realizar sus conteos muestrales para emitir sus resultados al finalizar cada jornada de los 5 días fijados en las normas para efectuar los reparos.

2. Garantizar un procedimiento eficaz de reparo. Esto parte por establecer un mecanismo sencillo según el cual los firmantes que acudan a su Centro de Reparación puedan confirmar su voluntad o demostrar que no firmaron, con solo presentar su Cédula de Identidad laminada y firmar en el cuaderno electoral correspondiente preimpreso con los datos del firmante y subdividido en 10 tomos separados por el último dígito de su cédula, para que de esta forma las colas puedan fluir adecuadamente. Igualmente, una totalización diaria basada en los cuadernos de firmas que permita tener la cifra de firmas al final de cada jornada (muerte súbita). En este sentido, es vital que los actores del proceso puedan colocar en la parte externa del Centro de Votación, los mecanismos de información al elector sin restricciones. (afiches, computadoras, teléfonos, etc.).

3. Garantizar un punto de partida adecuado. Ello implica partir de una cifra de firmantes válidos y de firmas a reparo suficientes para hacer viable el proceso de reparos. Es de destacar que pueden ser reparadas firmas pertenecientes al conjunto de solicitudes objetadas como planas más las firmas válidas encontradas en planillas que según el CNE no estaban debidamente relacionadas en las actas

4. Las fechas para el mecanismo de reparos y la celebración del Referendo Revocatorio debería establecerse de manera tal que el RR estuviera convocado a más tardar en los primeros días de agosto. En este sentido, nos oponemos a la celebración del RR de los diputados de oposición, antes de que se efectúe el RR presidencial. Ese cronograma no tiene lógica, dado las importancias relativas de ambos eventos y la fecha tope del 19 de agosto 2004, que afecta el RR Presidencial y no, al de los diputados”. V. la posición de la Coordinadora Democrática en *El Nacional*, Caracas, 04-03-2004, p. A-4; *El Universal*, Caracas, 04-03-2004, p. 12-; y en *Globovisión.com* (Documentos).

265 V. el texto en *Globovisión.com* (Documentos).

efecto, el artículo 12 de las Normas estableció que el Consejo Nacional Electoral debía elaborar y publicar con 20 días continuos de antelación, la base de datos de los ciudadanos que participaron en el evento de recolección de firmas correspondiente al evento de reparo (solicitudes validada y rechazadas susceptibles de subsanación), “ordenados por entidad federal y número de cédula de identidad de manera consecutiva de menor a mayor y que servirá para que los mismo verifiquen la condición o tipo de su reparo, así como también, para la elaboración de los Cuadernos de Reparación”.

A los efectos del reparo, se estableció que los interesados debían acudir personalmente (no admitiéndose representación alguna) a los Centros de Reparación establecidos (en los Centros de Votación) para manifestar su voluntad atendiendo al tipo de reparo (arts. 5 y 6). Las Mesas en dichos Centros de Reparación estarían integradas por Agentes designados por el Consejo Nacional Electoral, y debían funcionar durante un período de 5 días continuos por un lapso de 12 horas continuas para cada día, entre las 6:00 am y 6:00 pm (art. 7), pudiendo los actores de los procedimientos revocatorios nombrar un testigo por cada Mesa (art. 10).

El artículo 13 de las Normas reiteró que el procedimiento de reparo se debía realizar durante un lapso de 5 días continuos, pero precisando que el primer día correspondería a la instalación de las Mesas y el último día correspondería a las actividades relativas al cierre definitivo del evento, con lo cual sólo 3 días estarían efectivamente destinados al ejercicio del derecho de los ciudadanos titulares a reparar (art. 13).

Este mecanismo, en todo caso, desvirtuaba una vez más el derecho ciudadano de peticionar, convirtiendo una solicitud para convocar un referendo revocatorio en un procedimiento más complejo que el de una propia votación.

§8. *La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y su secuestro por la Sala Constitucional*

I. LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La Constitución de 1999 estableció expresamente la división del Tribunal Supremo de Justicia en Salas, de manera que el mismo funciona en Sala Plena y en Salas Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, Casación Penal y de Casación Social, remitiendo la regulación de su integración y competencia a lo que determine la ley orgánica (art. 262).

En relación con la Sala Constitucional y su relación con las otras Salas del Tribunal Supremo en el sentido de que no puede conocer de recursos contra las sentencias de estas, la propia Sala Constitucional en sentencia n° 158 de 28 de marzo de 2000 (Caso: *Impugnación del artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*), precisó que “dentro de la estructura del Alto Tribunal, no se encuentra una Sala que tenga preeminencia sobre el resto de las mismas, ya que tal como quedó expuesto, todas las Salas conservan el mismo grado de jerarquía dentro de dicho órgano, atendiendo a las materias que le competen a cada una de ellas”. Agregó la Sala Constitucional en dicha sentencia, “con el fin de sustentar aún más lo dispuesto anteriormente”, que ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica Corte Suprema de Justicia “se encuentra facultad alguna de dicha Sala (Constitucional) para controlar las decisiones del resto de las Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia”. En definitiva, la Sala Constitucional precisó que “el Tribunal Supremo de Justicia se encuentra conformado por las Salas que lo integran, las cuales conservan el mismo grado jerárquico y todas representan en el ámbito de sus competencias al Tribu-

nal Supremo de Justicia como máximo representante del Poder Judicial”²⁶⁶.

Con posterioridad, sin embargo, la Sala Constitucional estimó que la previsión del artículo 1º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que impedía todo recurso contra las decisiones de las Salas del Tribunal Supremo, sólo se aplicaba a los recursos existentes antes de la entrada en vigencia de la Constitución, por lo que mediante sentencia n° 33 de 25 de enero de 2001 (Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de mayo de 2001, interpuesta por Baker Hugher S.R.L.*) admitió conocer del recurso de revisión constitucional previsto en la nueva Constitución (art. 336, 10), ejercido contra sentencias de las otras Salas del Tribunal Supremo, argumentando que al vincular la Constitución a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia a la doctrina de la Sala Constitucional (artículo 334, primer párrafo, y artículo 335, segundo párrafo), según el principio de supremacía de la Constitución, y al darle potestad a esa Sala para tutelar la Carta Magna como cúspide de la jurisdicción constitucional, estaba autorizada para revisar tanto las decisiones que dicten las demás Salas en contravención de la norma fundamental, como en oposición a las interpretaciones que de la Constitución ella hubiera establecido. La Sala, en efecto, señaló respecto a la igualdad jerárquica de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que en el fallo n° 158 de 28 de marzo de 2000 antes indicado, había dejado “sentada la igualdad jerárquica entre las Salas que componen al Tribunal Supremo”, estimado que en definitiva:

“El ejercicio de la jurisdicción constitucional, conforme lo prevé el artículo 266.1 y el Título VIII sobre la Protección de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no implica superioridad jerárquica de la Sala Constitucional, sino potestad para garantizar la supremacía Constitucional, conforme al Estado de derecho y de justicia, proclamado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La doctrina constitucional clásica ha asignado al Máximo Tribunal la atribución de dirimir los conflictos dentro de los poderes públicos *ex auctoritate*, pese al principio de la división del poder y la propiedad de las potestades que corresponden a cada rama del poder público. De modo que

266 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 109. V. igualmente la sentencia de la misma Sala Constitucional n° 100 de 15-03-2000, en *Idem*, pp. 108 y ss.

cuando el artículo 335 *eiusdem* atribuye a la Sala competencia para revisar las sentencias de las otras Salas, conforme a las disposiciones constitucionales citadas, no afecta el artículo 136 *eiusdem*, sino que consagra una atribución exigida por la racionalidad del sistema democrático, a saber, la de la garantía jurisdiccional de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo dispone el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En suma, la competencia revisora de la Sala Constitucional no es jerárquica sino potestativa, y así se declara²⁶⁷.

Pero en cuanto al Tribunal Supremo de Justicia en materia de justicia constitucional, debe señalarse que todas sus Salas tienen expresamente como competencia garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, correspondiéndoles *a todas* ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (art. 335). No es cierto, por tanto, como se ha afirmado, que la Sala Constitucional sea “el máximo y último intérprete de la Constitución”²⁶⁸, o como lo ha señalado la propia Sala Constitucional de tener “el monopolio interpretativo último de la Constitución”²⁶⁹. Esta es una apreciación completamente errada, que no deriva del texto de la Constitución, de cuyo artículo 335, al contrario, se deriva que *todas las Salas* ejercen la justicia constitucional conforme a sus respectivas competencias y son el máximo y último intérprete de la Constitución. También lo es la Sala Constitucional, mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia, concentra la Jurisdicción Constitucional (arts. 266, ord. 1º y 336).

Conforme al marco competencial antes indicado, una de las innovaciones más destacadas de la Constitución de 1999 en materia judicial, fue la creación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (art. 262), como Jurisdicción Electoral, con competencia exclu-

267 V. sentencia de la Sala Constitucional nº 33 de 25-01-2001 (Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de mayo de 2001, interpuesta por Baker Hugher SRL*), en *Revista de Derecho Público*, nº 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 405.

268 V. en José Vicente Haro G., “La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999” en *Revista de Derecho Constitucional*, Editorial Sherwood, nº 1, Caracas, sep-dic. 1999, pp. 137 y 146.

269 V. sentencia nº 1374 de 09-11-2000, en *Revista de Derecho Público*, nº 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 267.

siva en materia contencioso electoral (art. 297); como una rama aparte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁷⁰, especializada en conocer de la nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos administrativos emanados de los órganos del Poder Electoral.

Ello implica que las decisiones del Consejo Nacional Electoral sólo pueden ser revisadas por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y por más ninguna otra de sus Salas. Tal como lo ha precisado el Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 94 de 2 de diciembre de 2003 (Caso: *Robert Osuna y otros*), al hacer suya la sentencia de la propia Sala Electoral de 10 de febrero de 2000, mientras se dicta la ley Orgánica del Tribunal Supremo, le corresponde a la Sala Electoral conocer:

- “1) Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los vinculados con los procesos comiciales, como aquellos relacionados con su organización, administración y funcionamiento. 2) Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos de naturaleza electoral emanados de sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales, y de otras organizaciones de la sociedad civil. 3) Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra actos, actuaciones u omisiones relacionados con los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en lo político. 4) Los recursos de interpretación que se interpongan con el objeto de determinar el sentido y el alcance de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de otras leyes que regulen la materia electoral y la organización, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, en cuanto sean compatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”.

270 Hasta su creación por la Constitución, el control inconstitucionalidad de ilegalidad de los actos administrativos del Consejo Nacional Electoral correspondió a la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia.

II. EL NUEVO FRENTE JUDICIAL DEL CONFLICTO POLÍTICO EN TORNO AL REFERENDO REVOCATORIO Y LOS INTENTOS DE SECUESTRO DE LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL MISMO TRIBUNAL

Ahora bien, conforme a las competencias propias y exclusivas de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, varios diputados a la Asamblea Nacional actuando además como representantes de varios partidos de oposición, con fecha 8 de marzo de 2004 intentaron un recurso de nulidad por legalidad e inconstitucionalidad con pretensión de amparo cautelar tanto contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral n° 131 del 2 de marzo de 2004 como del “Instructivo” de fecha 24 de febrero de 2004 mediante los cuales se había colocado las solicitudes de convocatoria de referendo revocatorio presidencial “en observación”.

La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, contrariamente a lo que había sucedido en años anteriores, puede decirse que en marzo de 2004 no estaba controlada por el poder político gubernamental, como lo había estado en el pasado. Por ello, la acción del gobierno se dirigió, a través de sus dirigentes político partidistas, a recusar a los dos de los tres Magistrados de la Sala Electoral que consideraban podían votar en contra de la posición oficialista²⁷¹ y a su vez, la de la oposición, se dirigió a recusar el tercer Magistrado. Además, adicionalmente, y en forma totalmente incomprensible en el ámbito de la jurisdicción contencioso electoral, el propio Consultor Jurídico del Consejo Nacional Electoral, cuyos actos eran precisamente los impugnados ante la Sala, también recusaría a los mismos Magistrados²⁷².

Por su parte, los representantes de los partidos de gobierno, y a todo evento, también acudieron ante la Sala Constitucional del Tri-

271 V. las informaciones sobre las recusaciones interpuestas por Ismael García del Comando Ayacucho, de las fuerzas políticas del gobierno, y por William Dávila, Diputado del partido de gobierno contra los Magistrados Alberto Martini Urdaneta y Rafael Hernández Uzcátegui, en *El Universal*, Caracas, 04-03-2004, p. 1-5; *El Nacional*, Caracas, 04-03-2004, p. A-7; y *El Nacional*, Caracas, 05-03-2004, p. 1-4.

272 V. la referencia en Juan M. Raffalli, “Portazos en la cara”, en *El Universal*, Caracas 14-03-2004.

bunal Supremo solicitándole, que aún no teniendo competencia específica en la materia, se avocara al conocimiento de los recursos que habían sido intentados por ante la Sala Electoral, e impedir, así, que ésta pudiera decidir dichos recursos²⁷³. Por su parte, un diputado de la oposición había, a su vez, recusado a dos Magistrados de esta Sala Constitucional en la solicitud de avocamiento de los juicios sobre el referendo revocatorio²⁷⁴.

La Sala Constitucional había sido la que había secuestrado al Poder Electoral al haber designado a los miembros (rectores) del Consejo Nacional Electoral, con toda la lesión a la autonomía de dicho organismo, como antes se ha analizado. En consecuencia, en fecha 11 de marzo de 2004, declararía inadmisibles las recusaciones intentadas contra sus Magistrados, por haberse formulado antes de que la solicitud de avocamiento fuera admitida²⁷⁵; y además, en una decisión que según anunciaba la prensa, se habría adoptado por tres de los cinco Magistrados de la Sala y sin el quórum necesario para constituirse (de cuatro magistrados) requerido en el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, habría ordenado a la Sala Electoral que se inhibiera de tomar decisiones en los casos relacionados con el referendo revocatorio, hasta tanto la Sala Constitucional se pronunciara sobre si se avocaba o no a conocer de dichos asuntos²⁷⁶. En un “comunicado” público inusitado, el presidente de la Sala Constitucional,

273 V. la información, corroborada por el Magistrado Iván Rincón, Presidente de la Sala Constitucional, en el reportaje de Edgar López, en *El Nacional*, Caracas, 04-03-2004, p. A-7; 1-5; y la información publicada en *El Nacional*, Caracas, 06-03-2004, p. A-2.

274 La recusación fue presentada por el diputado Gerardo Blyde. V. la referencia en Sentencia de la Sala Constitucional n° 347 de 11-03-2004, Exp. 04-0475.

275 Sentencia n° 347 de 11-03-2004, Exp. 04-0475. La Sala Electoral, a su vez, también habría declarado inadmisibles las recusaciones intentadas contra sus Magistrados. V. la información en *El Universal*, Caracas 12-03-2004. Dicha decisión, a su vez, fue objeto de un recurso de revisión por ante la Sala Constitucional, ante la cual los representantes de los sectores oficiales insistieron en recusar a los Magistrados de dicha Sala Electoral. V. la información en *Globovisión.com*, Caracas 12-03-2004.

276 V. la información en *El Universal*, Caracas 12-03-2004; y *Globovisión.com*, Caracas 12-03-2004. Esta irregular situación la constataría posteriormente el Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional en su Voto Salvado a la sentencia n° 566 de la Sala Constitucional de 12-04-2004 en la cual se avocaría al conocimiento de las causas que cursaban ante la Sala Electoral, señalando que el 11-03-2004 “tres Magistrados habrían llamado a otro para informarle que habían tomado una decisión (“se le explico -sic- y se le advirtió que quedaba aprobada con el voto de los tres magistrados”)..”.

días después, el 15 de marzo de 2004, “explicaría” sus argumentos sobre la “legalidad” de la forma como se habría tomado la decisión²⁷⁷, y sólo el 16 de marzo de 2004 se ordenaría publicar la decisión adoptada por los tres Magistrados²⁷⁸.

Con esta decisión de impedir que la Sala Electoral pudiera dictar las decisiones en materias de su exclusiva competencia (contencioso-electoral), se intentaba un nuevo secuestro institucional por parte de la Sala Constitucional, pero esta vez respecto de otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia, de igual jerarquía en el orden judicial, lo que por supuesto no podría tener otra explicación que no fuera la de orden político. La figura del “avocamiento”, mediante el cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo podría asumir (se podría avocar) al conocimiento de una causa que curse ante un tribunal inferior,

277 En efecto en el “Comunicado” hecho público el 15-03-2004 “donde ratifica la validez de la decisión de la Sala Constitucional que impide a la Sala Electoral pronunciarse sobre el referéndum revocatorio”, el Presidente de la Sala Constitucional señaló que vista la diligencia que habían formulado los dos Magistrados quienes no participaron en la decisión, que en una reunión convocada el 11-03-2004 aclarando dicho hecho, que “Presentes los cuatro magistrados Iván Rincón, José Manuel Delgado Ocando, Jesús Eduardo Cabrera (ponente) y Antonio García García se le explicó la grave situación que se estaba presentando en la Sala Electoral, el avocamiento que cursaba ante la Sala Constitucional y además el contenido de la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera con la urgencia de la decisión que el caso ameritaba y se le explicó que el Poder Electoral había actuado con la potestad normativa que le delegó la Sala Constitucional y la que esta misma Sala dictó por excepción para el funcionamiento del Poder Electoral y que a fin de resolver sobre la procedencia o no del avocamiento se le estaba ordenando a la Sala Electoral paralizar cualquier acción de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoados contra los actos del Poder Electoral referidos a los procedimientos de referéndum revocatorio de cargos de elección popular e igualmente se le ordenaba abstenerse de decidir los mismos, paralizarlos y remitirlos a la Sala Constitucional al igual que todas las acciones que incoasen en este sentido. Los magistrados Iván Rincón Urdaneta, Jesús Eduardo Cabrera y José Manuel Delgado Ocando manifestaron estar de acuerdo con la sentencia y se le advirtió al magistrado Antonio García García que quedaba aprobada; *el cual exigió el texto escrito; se le entregó firmado ya por los tres magistrados que lo aprobaron y se retiró del despacho*” (cursivas agregadas). No es difícil deducir de este “comunicado” cómo el Presidente de la Sala Constitucional lo que hizo en él fue confesar que la decisión la tomaron tres Magistrados y así se la presentaron firmada al cuarto, el cual por tanto no pudo haber “participado” en la toma de la misma. V. el texto en *Globovisión.com*. Caracas 15-03-2004.

278 En una “diligencia” que se estampó en el expediente por la propia Sala, se dejaría constancia que “en el día de hoy, 16 de marzo de 2004, siendo las 4:50 de la tarde, se recibió del despacho del Magistrado Antonio García García ... la sentencia aprobada en la sesión del 11 de marzo de 2004 a las 2:30 p.m. en el expediente n° 04-0475, la cual fue devuelta sin la firma del mencionado Magistrado” por lo que entonces, la Sala lo remitía a la Secretaría para su publicación.

respecto de lo cual la Sala Constitucional, en su propia jurisprudencia se había “auto creado” su propia competencia, en ningún caso podría proceder en relación con causas que se pudieran estar ventilando en otras Salas del propio Tribunal Supremo de Justicia conforme a sus propias competencias constitucionales, sino eventualmente ante tribunales inferiores en materias en las cuales la Sala Constitucional pudiera tener competencia²⁷⁹; y además, el solicitante del avocamiento al menos debía ser parte en el proceso judicial respecto del cual se requería que la Sala asumiera el conocimiento.

En todo caso, con esta solicitud, de nuevo se planteaba el reto institucional que con frecuencia debe enfrentar toda jurisdicción constitucional, y que simplemente es el del deber-poder de actuar ante el hecho político, como juez constitucional imparcial ante el poder político, enfrentando las presiones que este ejerce y apartándose de sus tentaciones. Lo contrario, es decir, actuar con una máscara de juez, pero como diabólico instrumento al servicio de dicho poder político, como lamentablemente ya había ocurrido antes en la historia reciente venezolana, parecía que se repetía.

III. LA DECISIÓN CAUTELAR DE LA SALA ELECTORAL Y LAS REACCIONES DEL PODER POLÍTICO CONTRA SU AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA

Pero la Sala Electoral del Tribunal Supremo, sin embargo, reaccionó contra la pretensión de la Sala Constitucional como lo hace un órgano judicial al servicio de la justicia, rebelándose ante el intento de secuestro. Fue la primera vez que una Sala del mismo Tribunal Supremo pondría en duda el rol de la Sala Constitucional, la cual lejos de haber sido el pilar de la construcción del Estado de Derecho, en muchas de sus actuaciones había sido un instrumento del autoritarismo.

Así, el 15 de marzo de 2004 el Presidente de la Sala Electoral respondió el “memorando” que le había remitido la Sala Constitucional

279 El profesor José Peña Solís, ex Magistrado de la Sala Electoral y quien había sido Presidente de la misma sobre esto recordó, en declaraciones dadas a María Lilibeth da Corte, que la figura del avocamiento está prevista “sólo para tribunales inferiores. Una Sala no es un tribunal, todas constituyen el TSJ. No se puede pretender que una Sala pueda avocarse a lo de otra Sala, porque eso crea una crisis institucional de incalculables dimensiones”, en *El Universal*, Caracas 13-03-2004.

acusando a dicha Sala de haber intentado “violentar el Estado de Derecho” al querer impedir que la Sala Electoral decidiera en las causas de su propia competencia²⁸⁰, anunciando que ejercería sus competencias constitucionales en la decisión del recurso de nulidad y amparo que se había intentado contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral.

Y así lo hizo, además, declarando con lugar el amparo cautelar que se le había solicitado en protección del derecho constitucional a la participación política en el juicio de nulidad contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral, mediante sentencia n° 24 del 15 de marzo de 2004²⁸¹ (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*). En esta decisión, el Tribunal Supremo estimó que los efectos de la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, dictada con fundamento en el *Instructivo sobre el tratamiento por el comité técnico superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona*, colocando “bajo observación”, la cantidad de 876.017 firmas o solicitudes de revocatoria de mandato presidencial, sometiéndolas, al denominado “procedimiento de reparo”, por considerar que los datos de identificación habían sido escritos con “caligrafía similar”, debían suspenderse a cuyo efecto, la Sala Electoral argumentó que:

“Se denuncia la creación de nuevos criterios de validación, que podrían impedir alcanzar el número de firmas necesarias para convocar el referéndum revocatorio presidencial, y de ser ello así, existe una pre-

280 En un inusitado “Comunicado” leído por el Presidente de la Sala Electoral y dirigido a los Magistrados de la Sala Constitucional, según el resumen hecho por la periodista Irma Álvarez, aquél cuestionó las comunicaciones que los días 11-03-2004 y 12-03-2004 se habían recibido de ésta, a través de las cuales le participaba a la Sala Electoral que estaba impedida de actuar en los casos relacionados con el referendo, en virtud de la solicitud de avocamiento formulada ante la Sala Constitucional; manifestándoles que “las referidas comunicaciones pretenden constituirse en una orden dictada, sin estar respaldada por sentencia alguna, razón por la cual la Sala Electoral ostenta todo el poder necesario para sustanciar y pronunciarse, de acuerdo a lo previsto en el artículo 297 de la Constitución y la jurisprudencia”. Además dijo no entender cuál es la motivación que tuvieron estos magistrados “al pretender sustraer de su juez natural los recursos” o “al participar que hubo una sesión de Sala que no se efectuó, como lo hacen constar los magistrados Antonio García y Pedro Rondón”. Sus preguntas fueron pues: ¿qué pretenden? ¿Violentar el Estado de Derecho?. V. en *El Universal*, caracas 16-03-2004.

281 Exp. AA70-E 2004-000021 (Exp. x-04-00006)

sunción grave de violación del mencionado derecho fundamental, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y garantizado en el artículo 70 *ejusdem*, por tanto, considera la Sala en el presente caso, satisfecho el requisito de procedencia de esta acción de amparo cautelar, constituido por el *fumus boni iuris*, que en este caso lo constituye la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Así se decide”.

La Sala consideró además, en cuanto al *periculum in mora*, que también resultaba igualmente evidente “por ser un hecho notorio comunicacional la inminencia del establecimiento de la fecha destinada al procedimiento de los reparos por parte del Consejo Nacional Electoral, que conforme a los actos cuya nulidad ha sido solicitada” al cual debían:

“Acudir los ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017) ciudadanos cuyas firmas fueron colocadas “bajo observación” por el máximo órgano electoral, por una parte, y por la otra, impide a los electores firmantes contenidos en las 39.060 planillas que han sido invalidadas por el Consejo Nacional Electoral, con fundamento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular, acudir a tal procedimiento de reparo a ratificar su voluntad de suscribir la solicitud de convocatoria del referéndum revocatorio presidencial, lo cual, a juicio de la Sala, reitera la necesidad de suspensión de los efectos de los actos impugnados, que de no acordarse podrían hacer ilusoria la ejecución del fallo definitivo de ser éste declarado con lugar. Así se decide”.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, la Sala, a los fines de restablecer la situación jurídica lesionada al estado en que se encontraba antes de que ocurriera la violación, y mientras se dictaba la sentencia de fondo, ordenó al Consejo Nacional Electoral que *desaplicara* a las 876.017 firmas colocadas “bajo observación” en la Resolución impugnada el criterio contenido en el Instructivo antes mencionado, que también había sido impugnado, que imponía la exigencia de ratificación de la manifestación de voluntad de los titulares de esas firmas (denominado reparo negativo). La Sala Electoral, además, con el mismo fin restablecedor de la situación jurídica infringida, *acordó incluir o sumar* a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional

Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio que alcanzaba a 1.832.493 de solicitudes las 876.017 firmas o solicitudes antes indicadas, operación ésta que arrojaba “la cifra total de 2.708.510 de solicitudes o firmas”. Como consecuencia de dicha operación aritmética la Sala Electoral ordenó al Consejo Nacional Electoral *aplicar*, a tales solicitudes, el procedimiento de reparo de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de las “Normas para regular los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”, a los fines de que los ciudadanos que manifiesten no haber firmado soliciten su exclusión.

En cuanto a las planillas que habían sido invalidadas por el Consejo Nacional Electoral, en razón del incumplimiento de los numerales 2; 3; 4 y 5 del artículo 4 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, y que alcanzaba la suma de 39.060, la Sala Electoral *ordenó* al Consejo Nacional Electoral “permitir a los electores firmantes contenidos en ellas acudir al procedimiento de reparo establecido en el artículo 31 de las mencionadas Normas”.

Por último, la Sala, en su sentencia, ordenó al Consejo Nacional Electoral procediera a *efectuar el procedimiento de reparo* en el lapso establecido en el artículo 31 de las Normas citadas y luego de realizado éste procedimiento, y de existir al menos el veinte por ciento (20%) de solicitudes válidas, “proceda a convocar el referéndum revocatorio a que se refiere el presente fallo, en el lapso establecido en el artículo 33 de dichas Normas”.

Con esta importante decisión²⁸², la solicitud popular del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, se encontraba entonces con un camino libre de obstáculos, pero no exento de consecuencias políticas ni de que en el mismo se colocaran nuevos obstáculos políticos, los cuales se anunciaron el mismo día de la decisión.

282 En un inusitado “comunicado” público de fecha 16-03-2004, sin embargo, el Magistrado Luis Martínez de la Sala Electoral, quien no había firmado la decisión, pondría en entredicho “la honorabilidad de sus colegas Martini y Hernández, quienes con su decisión -dijo- “ponen en duda, no sólo su falta de objetividad e imparcialidad para conocer y decidir del presente recurso, sino su idoneidad ética para desempeñarse como jueces de la República”. V. *Globovisión.com*, Caracas 16-03-2004.

En cuanto a las consecuencias políticas, en un sistema constitucional donde la separación de poderes no garantiza totalmente su independencia, dado que la Asamblea Nacional tiene la potestad de remover a los titulares de los Poderes Públicos no electos (Poder Judicial, Poder Electoral, Poder Ciudadano: arts. 265, 279, 296) las reacciones y amenazas no se hicieron esperar, tanto de parte del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo, e incluso, de órganos del Poder Ciudadano²⁸³.

En cuanto al Poder Legislativo, fue primero la Junta directiva de la Asamblea Nacional, y después, la plenaria de la misma, el 16 de marzo de 2004, las que adoptarían un “acuerdo” donde se “condena enfáticamente” el fallo por considerarlo “absolutamente irrito y nulo”, y lo más grave, exhortaban al Poder Ciudadano para que calificara la conducta de los magistrados como “falta grave” a los efectos de poder ser removidos por la propia Asamblea Nacional, señalando entre otras cosas que:

“De conformidad con el artículo 265 de la Constitución, en virtud de la gravedad de las faltas éticas, morales e institucionales de los magistrados, doctores Alberto Martini Urdaneta, Rafael Hernández Uzcátegui y Orlando Gravina Alvarado, insta al Poder Ciudadano a que inicie el procedimiento de calificación de la conducta de los magistrados, como falta grave, a los fines de que el pleno de la Asamblea Nacional decida con la votación correspondiente la remoción de sus cargos”²⁸⁴.

La sugerencia de la Asamblea Nacional, por supuesto, surtió efectos de inmediato, y en mismo día 16 de marzo de 2004, por una parte, representantes del partido de gobierno solicitarían ante el Tribunal

283 La decisión fue públicamente cuestionada por el Fiscal General de la República, Isaías Rodríguez, quien estimó que más que una medida cautelar lo que había dictado la Sala Electoral había sido una decisión de fondo. Señaló que el contenido de la decisión: “hace de la cautelar una decisión de fondo y no una medida provisoria, y se corre el riesgo de que cause en sí misma el agravio o el daño que pretende evitar, desnaturalizándose el contenido de ella. Es decir, pasa a ser una decisión de fondo mas no provisoria”...Por lo demás, la cautelar adelanta opinión sobre la nulidad y pudiéramos estar ante una extralimitación de atribuciones. La decisión de la Sala Electoral ha incurrido en un evidente desorden procesal, puesto que pareciera que con una medida provisional se pretende anular un acto administrativo que para los promotores del amparo constituye el verdadero fondo de la acción. V. en *El Universal*, Caracas 16-03-2004.

284 V. en *Globovisión.com*, Caracas 16-03-2004.

Supremo de Justicia en Pleno, el inicio de un antejudio de mérito para enjuiciar a los Magistrados Alberto Martini Urdaneta, Rafael Hernández Uzcátegui y Orlando Gravina Alvarado de la Sala Electoral²⁸⁵, seguramente por el “delito” de haber sido independientes y autónomos como jueces; y por la otra, el Consejo Moral Republicano (Poder Ciudadano), como consecuencia de la solicitud de la Asamblea Nacional, acordaría con base en el artículo 275 de la Constitución y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, iniciar el procedimiento de calificación de las presuntas faltas atribuidas a los mismos Magistrados de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, en relación con la decisión anunciada por esa instancia del máximo Tribunal sobre el proceso referendario²⁸⁶.

Pero también se produciría la reacción del Poder Ejecutivo contra una Sala del Tribunal Supremo, a través del Vice Presidente Ejecutivo de la República, quién calificaría a la sentencia como inconstitucional, subversiva, mafiosa e inmoral, reivindicando además un supuesto tutelaje de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el Consejo Nacional Electoral y en general sobre la materia electoral, en razón que haber sido esa Sala la que había nombrado al Consejo Nacional Electoral por la omisión de la Asamblea Nacional, lo que en criterio del representante Poder Ejecutivo “significa que todo lo relativo a la cuestión electoral corresponde estrictamente al CNE, y vía recurso a la Sala Constitucional”, a cuyas decisiones se acogerían por supuestamente ser la única con “jurisdicción en esta materia, y que es la que resguarda precisamente a la Constitución de 1999”²⁸⁷.

285 *Idem*.

286 *Ibidem*. En dicho procedimiento, con fecha 18-03-2004, el Consejo Moral Republicano requeriría de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia copia del Expediente de la solicitud de avocamiento que cursaba ante la misma. V. *El Universal*, Caracas 19-03-2004.

287 V. en *El Universal*, Caracas, 17-03-2004. Incluso, en un inusitado “Comunicado” emitido por la Embajada de Venezuela en Washington el día anterior, 15-03-2004, su afirmaba tajantemente que: “La decisión de la Sala Electoral es contraria a los artículos 335 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Bajo la Constitución, esta Sala no tiene la competencia para tomar decisiones en materia constitucional. En cambio, el árbitro final de la interpretación constitucional es la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Por lo tanto, la decisión de la Sala Electoral está en contra de los principios del debido proceso y en contra de la Ley”. V. también en *Globovisión.com*, Caracas 16-03-2004.

En efecto, como hemos analizado, la Sala Constitucional había secuestrado al Poder Electoral, cuyo órgano, entonces, se pretendía que quedara sometido sólo al control de dicha Sala y no al de su juez natural que era la Sala Electoral.

En todo caso, todas las manifestaciones de los Poderes Legislativo, Ciudadano y Ejecutivo en contra de la decisión adoptada por la Sala Electoral al suspender los efectos de la decisión del Consejo Nacional Electoral, lo que evidenciaban una vez más, en general, era la reacción del poder político contra un órgano del Poder Judicial, cuando se sintió que podía actuar con autonomía e independencia, es decir, que escapaba de su control y que no lo tenían totalmente a su servicio. Así estaba, en marzo de 2004, la flamante “penta separación” del Poder Público en Venezuela.

IV. EL SECUESTRO DE LA SALA ELECTORAL POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO CON OCA-SIÓN DE SU DECISIÓN CAUTELAR

No había, por tanto, otra forma de callar a la Sala Electoral del Tribunal Supremo y de impedirle que siguiera ejerciendo sus competencias constitucionales y siguiera decidiendo sobre ellas, que no fuera inhabilitándola para ello, en definitiva, secuestrándola.

Y a ese objetivo se dirigieron todas las acciones imaginables, siendo la Sala Constitucional el instrumento para el secuestro y, por tanto, para de nuevo obstaculizar el camino del referendo revocatorio.

1. *El abanico de recursos intentados ante la Sala Constitucional*

En esta forma, el mismo día de la decisión de la Sala Electoral, el Alcalde del Municipio Libertador del Distrito Capital en nombre del partido de gobierno intentaría por ante la Sala Constitucional, según se informaba en nota de prensa emitida por el propio Tribunal Supremo de Justicia, un supuesto “recurso de protección” contra la referida decisión de la Sala Electoral, alegando que la misma era supuestamente ilegal “por violatoria del artículo 135 (*sic*) de la Constitución... en cuanto a que la decisión de la Sala Constitucional del viernes pasado es vinculante o sea es de uso obligatorio por el resto de las Sala. Es así que la Sala Electoral no podía, en el día de hoy, emitir ninguna decisión con respecto al recurso de amparo porque la Sala

Constitucional se había avocado al respecto". La inconstitucional tesis de que la Sala Constitucional supuestamente sería la única que podía resolver sobre la materia, se concretaba así en un recurso que, en definitiva sería un recurso de revisión de sentencias (art. 336,10 de la Constitución), en el cual se solicitaba se suspendieran "los efectos del fallo de la Sala Electoral hasta tanto se produzca una decisión firme de la Sala Constitucional"²⁸⁸.

En esta forma, de nuevo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia volvía a tener en sus manos el destino del referendo revocatorio del mandato presidencial, y la posibilidad de reaccionar, a través de una decisión judicial, contra la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia que había "osado" cuestionar públicamente sus pretensiones hegemónicas y la había acusado, incluso, de haber querido "violentar el Estado de Derecho"; y que además, había tenido el "atrevimiento" de asumir las competencias que tenía conforme a la Constitución y había decidido el recurso que se había interpuesto ante ella.

El primer paso para asumir el control político sobre la materia que daría la Sala Constitucional, se produjo el 16 de marzo de 2004, cuando la Sala consignó en el expediente de la solicitud de avocamiento que para impedir que la Sala Electoral decidiera en el recurso de nulidad contra la decisión del Consejo Nacional Electoral había formulado por el Sr. Ismael García, como representante del denominado Comando Nacional de Campaña Ayacucho, de los partidos que apoyaban al gobierno (aún no siendo "parte" en proceso judicial alguno que cursara ante la Sala Electoral para poder "solicitar" el avocamiento de una causa por parte de la Sala Constitucional), un "auto" con las siguientes motivaciones:

"Visto que en sentencia de esta Sala n° 2748 de 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Javier Elechiguerra*), la Sala se declaró competente para conocer de los recursos de nulidad por inconstitucionalidad de actos emanados del Poder Electoral.

Visto que es esta Sala quien dictó, por excepción, la normativa para el funcionamiento del Poder Electoral, y delegó en él, la potestad normativa para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos políticos".

288 V. la información en *El Universal*, Caracas 16-03-2004.

Con base en ello, la Sala Constitucional resolvió entonces paralizar toda actividad judicial de la Sala Electoral en la materia “a fin de resolver si es procedente o no el avocamiento solicitado”, ordenándole, “que envíe todos los expedientes contentivos de las acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”, resolviendo que:

“En consecuencia, desde el momento en que la Sala Electoral de este Tribunal Supremo reciba la comunicación respectiva, deberá paralizar todos los procesos y se abstendrá de decidir los mismo, debiendo remitir -de inmediato- a esta Sala, hasta que se resuelva el avocamiento, cualquier acción que se incoase en dicho sentido”²⁸⁹.

Debe destacarse en la motivación de este “auto” la aparentemente innecesaria referencia a que había sido la Sala Constitucional la que había dictado “la normativa para el funcionamiento del Poder Electoral” y que había sido la que había “delegado” en el Consejo Nacional Electoral “la potestad normativa para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos políticos”. Ello, sin duda, permitía vislumbrar el argumento de que la Sala Constitucional se podía considerar como una especie de “tutor” del Poder Electoral al cual le había secuestrado y limitado su autonomía, para entonces asumir en exclusividad el control jurisdiccional sobre sus actos (durante el régimen transitorio *sine die*, por supuesto!), quitándole sus competencias en la materia a la Sala Electoral. Y ello fue precisamente lo que ocurrió, el

289 V. en *El Universal*, Caracas 17-03-2004. Para el día 18-03-2004, el Presidente de la Sala Electoral seguía argumentando que se trataba de una decisión inexistente, como lo reseña la periodista Irma Álvarez: “Por otra parte, el presidente de la Sala Electoral cuestionó el hecho de que le estén solicitando remitir, a la mayor brevedad posible, los expedientes en curso y las acciones que sean ejercidas con relación a los referendos revocatorios, partiendo para ello de una “sentencia inexistente”.

En este sentido recordó que los magistrados Antonio García García y Pedro Rondón Haaz estamparon una diligencia, en el expediente en el cual el Comando Ayacucho requirió el avocamiento presto de la Sala Constitucional.

En dicha diligencia denunciaron que no estuvieron presentes en sesión alguna en la que se hubiera publicado una sentencia sobre el revocatorio.

Por ello acotó que según el art. 246 del Código de Procedimiento Civil: “no se considerará como sentencia, ni se ejecutará, la decisión a cuyo pronunciamiento aparezca que no han concurrido todos los jueces llamados por ley ni la que no esté firmada por todos”. V. en *El Universal*, 19-03-2004.

31 de marzo de 2004, cuando la Sala Constitucional finalmente anunciaría que se avocaría al conocimiento de la causa.

En esta forma, el secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional se comenzaba a consolidar, aún cuando *ex post facto*, pues como se ha dicho, ya para el 16 de marzo de 2004 la Sala Electoral había adoptado la decisión cautelar de suspender los efectos de la Resolución del Consejo Nacional Electoral en las materias del referendo revocatorio presidencial. El paso siguiente para impedir el referendo revocatorio, por tanto, no podía ser otro que no fuera anular dicha decisión de la Sala Electoral del Tribunal Supremo e impedirle que siguiera conociendo del asunto.

Con la decisión de la Sala Constitucional, en efecto, se buscaba sustraer del conocimiento de la Sala Electoral la cuestión de fondo que era el recuso de nulidad de la Resolución del Consejo Nacional Electoral. Por ello se le ordenaba a la Sala Electoral paralizar todos los procesos, abstenerse de decidir los mismos, y remitir de inmediato a la Sala Constitucional, hasta que se resolviera el avocamiento, cualquier acción que se incoase en dicho sentido.

Pero algo imprevisto surgiría en el proceso de secuestro, y fue que la referida decisión de la Sala Constitucional sería públicamente rechazada por la Sala Electoral, de nuevo, a través de un inusitado “comunicado” de su Presidente, Martini Urdaneta, de fecha 18 de marzo de 2004, en el cual aseguraba que no remitiría a la Sala Constitucional el expediente contentivo de los casos relacionados con el referendo revocatorio presidencial, tal como lo habría solicitado esta última el día anterior, 17 de marzo de 2004, agregando que “Esta Sala Electoral ratifica su competencia para el conocimiento de la causa que se ventila en esta Sala accidental, y declara no a lugar los requerimientos en el oficio antes identificado, por cuanto los mismos son inaccesibles en derecho y así se declara”²⁹⁰.

290 La periodista Irma Álvarez reseñó lo expuesto por el Magistrado Martini Urdaneta así: En el oficio de tres páginas indicó que estas medidas las está tomando ante la existencia de un fallo emitido por la misma Sala Constitucional, el 4 de abril del 2003, según el cual el avocamiento de las causas que cursaban en la Sala Electoral sobre el referendo consultivo era “inaccesible en derecho”, porque tanto la Sala Electoral como la Constitucional “cuentan con igual rango, siendo ambas en su orden las cúspides de la jurisdicción constitucional y electoral”.

Pero a la polémica por el control de los juicios, también se agregaría el propio Consejo Nacional Electoral al intentar ante la Sala Constitucional, como lo informara su presidente Francisco Carrasquero, “en protección y defensa de los derechos e intereses del CNE”, un “recurso de controversia constitucional por conflicto de poderes” entre la Sala Electoral y el Consejo Nacional Electoral con el objeto, primero, de “preservar la autonomía del Poder Electoral como el competente para resolver toda la controversia y actos relacionados con la materia electoral”; segundo, de solicitar se decretase “una medida cautelar innominada de suspensión de los efectos de la sentencia del 15 de marzo de 2004” que había dictado la Sala Electoral; tercero, solicitar que se acumulasen “a la causa constitucional todos los procesos que se encuentren en curso y, en especial, el proceso contencioso electoral que cursa ante la Sala Electoral”; y, cuarto, que una vez dirimida “la controversia entre la Sala Electoral y el organismo comicial, la Sala Constitucional declare la nulidad de la sentencia de fecha 15 de marzo de 2004 y se ratifique la competencia del CNE como rector del Poder Electoral”²⁹¹.

Demás está decir que tal “recurso de controversia constitucional” entre un órgano del Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral) y el órgano del Poder Judicial (Sala Electoral) llamado constitucionalmente a controlar los actos del primero, es una imposibilidad lógica y constitucional, pues de proceder no habría posibilidad alguna de control judicial de los actos del Poder Público, pues siempre se podría alegar tal “conflicto constitucional”.

En todo caso, y por más ausencia de fundamento jurídico que pudieran tener las solicitudes y “recursos” que se habían intentado

Con esto intentó salirle al paso a las afirmaciones según las cuales la Sala Constitucional puede avocarse y conocer los expedientes sobre el revocatorio, alegando para ello el riesgo de violación de derechos constitucionales o que el Instructivo sobre el Tratamiento de las Firmas de Caligrafía Similar tiene “efectos generales” o “colectivos”.

Acto seguido, destacó Martini Urdaneta que la Sala Electoral recurrió a dicha jurisprudencia y se declaró competente para conocer los casos del revocatorio, no sólo por ser “la cúspide de la jurisdicción electoral, sino por mandato del artículo 297 de la Constitución”.

De acuerdo con esta norma, “la jurisdicción contencioso electoral será ejercida por la Sala Electoral del TSJ”. V. en *El Universal*, Caracas 20-03-2004.

291 V. la información en *El Universal*, Caracas 17-03-2004. El día 19-03-2004, dos de los miembros del Consejo Nacional Electoral expresaban su desacuerdo con tal solicitud. V. en *El Universal*, Caracas, 20-03-2004.

por ante la Sala Constitucional, lo cierto es que la misma disponía de instrumentos, así fueran inadmisibles, para poder perpetrar el secuestro final de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo y consolidar la confiscación del derecho a la participación política que había hecho el Consejo Nacional Electoral. En efecto, en primer lugar, se le había formulado una solicitud de avocamiento para impedir que la Sala Electoral decidiera sobre la nulidad de la decisión del Consejo Nacional Electoral, formulada por el representante del Comando de campaña de los partidos políticos que apoyaban al gobierno, que no tenía la condición de parte en el proceso ante aquella Sala; en segundo lugar, se había interpuesto un supuesto “recurso de protección” que no existe en el ordenamiento procesal constitucional y que más bien podía ser un recurso de revisión constitucional, que había intentado el Alcalde del Municipio Libertador en representación del partido de gobierno, contra la sentencia que ya había dictado la Sala Electoral; y en tercer lugar, también se había intentado un inexistente y absurdo “recurso de controversia constitucional por conflicto de poderes” que había intentado el Consejo Nacional Electoral que también buscaba la anulación de dicha sentencia.

No era difícil imaginarse lo que con ese cuadro podía ocurrir: por una parte, que la Sala Constitucional podía acordar el avocamiento (lo que anunció el 30 de marzo de 2004 y efectivamente hizo el 12 de abril de 2004), para lo cual el mismo día 16 de marzo la Sala, formalmente, había ordenado publicar la sentencia firmada por sólo tres Magistrados que habían ordenado a la Sala Electoral abstenerse de dictar sentencia y, en consecuencia, anular la sentencia de la Sala Electoral por haberse dictado contra lo ordenado en su decisión por la Sala Constitucional; y en segundo lugar, que la Sala también revisara la sentencia de la Sala Electoral, y la anulara por considerarla inconstitucional al haber vulnerado su “doctrina” (Lo que efectivamente también ocurrió el 23 de marzo de 2004). Es decir, ambas cosas sucedieron, y así, por lo demás, lo vaticinaba el titular de la primera página del diario *El Universal* de Caracas del día 18 de marzo de 2004 al anunciar que: “Anularán fallo del Sala Electoral”, sobre lo cual la periodista Irma Álvarez reportó lo siguiente:

“Como nula será declarada la sentencia que le ordenó al Consejo Nacional Electoral convocar a referendo revocatorio del mandato presidencial, después de que ejerzan su derecho a reparo las personas que no

firmaron; y validar las 876 mil 017 rúbricas que fueron pasadas a observación...

Los argumentos para emitir el fallo ya están claros. Según aseveró una fuente oficial, en primer lugar reiterarán que la Sala Constitucional es la competente para actuar, de acuerdo a lo previsto en el artículo 334 de la Constitución, el cual establece que les corresponde “exclusivamente” a los miembros de esta instancia “declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley”...

Igualmente indicarán, por otra parte, que están capacitados para analizar el Instructivo sobre el tratamiento de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona que objetó la oposición, porque el mismo es considerado como “un acto administrativo de efectos generales”.

En consecuencia, y puesto que la aplicación de dicho instructivo afecta al colectivo, el cuestionado sólo sería un acto electoral en la medida en que fue dictado por el CNE y su revisión escaparía de las manos de la Sala Electoral”.

La periodista destacaba además, en su información, como “Camino al avocamiento” lo siguiente:

“Toda esta información fue dada a conocer por fuentes oficiales, después de que el presidente del Tribunal Supremo, Iván Rincón, y los magistrados José Delgado y Jesús Eduardo Cabrera (ponente), ordenaron publicar con tan sólo tres firmas una sentencia y la diligencia que inhabilitaban a la Sala Electoral para actuar en los casos sobre el referendo, desde el 11 de marzo.

La referencia es relevante tomando en consideración que dichos actos les permitirían a los tres jueces insistir en la paralización de los procesos y la entrega de todos los expedientes vinculados con el mismo tema, por parte de la Sala Electoral, para luego determinar si procede el avocamiento”²⁹².

292 V. en *El Universal*, Caracas 18-03-2004.

2. *La anulación de la sentencia cautelar de la Sala Electoral por la Sala Constitucional*

Y en efecto, la muerte anunciada de la sentencia de la Sala Electoral ocurrió una semana después, cuando la Sala Constitucional mediante sentencia n° 442 de 23 de marzo de 2004 (Caso: *Ismael García vs. Sentencia n° 24 de la Sala Electoral*), al conocer el recurso de revisión que un diputado en nombre del Comando Ayacucho de los partidos de gobierno había interpuesto contra la sentencia, lo declaró con lugar, anulándola.

En efecto, la Sala Constitucional comenzó por reafirmar su competencia conforme al artículo 336,10 de la Constitución para revisar las sentencias en materia de amparo dictadas por las otras Salas del mismo Tribunal Supremo de Justicia que contrariasen las normas y principios contenidos en la Constitución, así como aquellas que se opusieran a las interpretaciones que sobre tales, hubiera realizado la Sala. A tal efecto, constató que la solicitud de revisión había sido interpuesta contra la antes mencionada y comentada sentencia n° 24 dictada por la Sala Electoral Accidental que había declarado con lugar una acción de amparo constitucional ejercida conjuntamente con recurso contencioso-electoral de nulidad contra diversos actos dictados por el Consejo Nacional Electoral, pero que a pesar de su carácter cautelar, consideró que no era susceptible de impugnación por vía de los medios judiciales ordinarios, por lo que adquiriría carácter de sentencia definitivamente firme. En este sentido, la Sala Constitucional variaba en sentido contrario su propio criterio expuesto en la sentencia n° 2.841 de 29 de octubre de 2003 (Caso: *Tulio A. Álvarez, revisión de la sentencia n° 3 de la Sala Electoral*), en la cual había señalado que en virtud de que sólo “de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional” tenía potestad constitucional para revisar decisiones judiciales, entonces no procedía el recurso de revisión contra una decisión de la Sala Electoral que había declarado con lugar una solicitud de amparo cautelar (sentencia n° 3 de 22-01-2003) mediante la cual había suspendió la realización de un referéndum consultivo convocado por dicho órgano por el Consejo Nacional Electoral para el 2 de febrero de 2003, en virtud de que la misma era “de naturaleza incidental o interlocutoria, pues pende de una causa principal que cursa ante la misma Sala Electoral de este máximo Tribunal, a saber,

el juicio contencioso electoral de nulidad iniciado por los diputados...". Agregó la Sala Constitucional entonces, que:

"Visto que la sentencia emanada de la Sala Electoral Accidental objeto de la presente solicitud de revisión, en virtud de sus efectos provisionales no podía adquirir la condición de una sentencia definitivamente firme, lo cual constituye un requisito *sine qua non* para que esta Sala pueda ejercer la potestad extraordinaria, excepcional y discrecional de revisión que tiene atribuida de conformidad con lo previsto en el texto fundamental, con base en el criterio contenido en su decisión n° 93-2001, de 6 de febrero, complementado por la doctrina reiterada en las sentencias números 910-2001, de 1° de junio, y 3090-2002, de 3 de diciembre, en las que se estableció la inadmisibilidad de la revisión constitucional cuando sea solicitada respecto de sentencias interlocutorias, como son las que resuelven amparos cautelares, resulta en consecuencia forzoso declarar inadmisibile la solicitud de revisión planteada en el caso de autos. Así se decide"²⁹³.

Tales argumentos, sin embargo, si bien eran válidos para no revisar un amparo cautelar de la Sala Electoral que había suspendido el ejercicio del derecho a la participación política mediante un referendo consultivo, en cambio, dejarían de ser válidos cuando se trató de revisar otro amparo cautelar de la misma Sala Electoral pero que, al contrario, permitía el ejercicio del mismo derecho mediante la solicitud de un referendo revocatorio. La Sala Constitucional, por tanto, ponía al descubierto su criterio contrario a la progresividad de los derechos humanos: siempre que fuera para impedir el ejercicio de un derecho político procedía a revisar la sentencia de la Sala Electoral, pero si esta impedía dicho ejercicio, entonces se negaba a revisarla²⁹⁴. Esta sentencia fue rechazada por la Sala Electoral mediante sentencia n° 27 del 29 de marzo de 2004²⁹⁵, dictada en el mismo expediente (Caso:

293 Exp. 03-0218.

294 Sobre este aspecto, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en Dictamen de 12-04-2004, al advertir la contradicción de criterios aplicados por la Sala Constitucional para la revisión de sentencias, señaló: "Como se puede apreciar, se utilizan dos criterios opuestos para lograr un mismo fin: en un caso, que no haya referéndum consultivo sobre la gestión del Presidente de la República; en el otro, impedir los efectos de una sentencia de la Sala Electoral que convalidaba las firmas de los ciudadanos para solicitar la celebración de un referéndum revocatorio del Presidente de la República".

295 Exp. AA70-E-2004-000021- AA70-V-2004-000006.

Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina Y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral), en la cual, como se analizará más adelante, planteó ante la Sala Plena del Tribunal Supremo la “resolución de un conflicto de funcionamiento” entre las Salas Electoral y Constitucional, derivado de las “ordenes” que la segunda pretendía darle a la primera, cuando ambas tienen igual jerarquía. Tal posibilidad jurisdiccional de la Sala Plena resolviendo conflictos “de funcionamiento” entre las Salas del Tribunal Supremo, sin embargo, no estaba prevista en el ordenamiento procesal; y la misma sentencia dictada no resolvía un conflicto entre partes en un proceso, y más bien era un auto de la Sala planteando el referido conflicto de “funcionamiento”. Se debe señalar, por otra parte, que el artículo 42,21 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia le atribuye competencia a las Salas de Casación Civil y Penal para “decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico.

Ahora bien, conforme al criterio revisor manifestado en su decisión, la Sala Constitucional puede decirse que descargó toda su antidemocrática posición contra la Sala Electoral, resolviendo lo siguiente:

En *primer lugar*, la Sala consideró que la Sala Electoral no había respetado su doctrina relativa a la naturaleza y al trámite del amparo cautelar establecida en sentencia de la Sala Constitucional n° 88 de 2000 (Caso: *Ducharne de Venezuela, C.A.*)²⁹⁶, así como tampoco la doc-

296 La doctrina sentada en dicha sentencia fue la siguiente: “Una vez recibida en esta Sala la acción de nulidad, interpuesta conjuntamente con amparo constitucional, el Juzgado de Sustanciación de la Sala decidirá mediante auto sobre la admisibilidad de la acción principal, a menos que por la urgencia del caso la Sala decida pronunciarse sobre la admisión de la misma, supuesto en que también la Sala se pronunciará sobre el amparo ejercido conjuntamente con la referida acción de nulidad.

En caso de que se declare inadmisibile la acción principal, se dará por concluido el juicio y se ordenará el archivo del expediente.

Para el supuesto que se admita la acción de nulidad, en el mismo auto se ordenará abrir cuaderno separado en el cual se designará Ponente, a los efectos de decidir sobre el amparo constitucional.

El procedimiento de nulidad continuará su trámite por ante el Juzgado de Sustanciación, y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional. En el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agraviante, para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y

trina de interpretación constitucional establecida por la Sala en el mismo fallo, “al decidir la pretensión cautelar incoada *inaudita altera pars*, sin permitir al presunto agravante plantear su oposición a la presunta cautela otorgada”. La Sala señaló que del dispositivo del fallo cuestionado se habría constatado que la remisión que se había hecho al Consejo Nacional Electoral de la copia certificada de la aludida decisión, se habría hecho “con la finalidad de notificarle sobre lo ordenado, y no para que, si lo considerase pertinente, pudiera oponerse a la medida acordada, ya que la referida sentencia ordena el envío del cuaderno separado relativo a la incidencia al Juzgado de Sustanciación para la continuación de la causa”.

En consecuencia de ello la Sala consideró que:

“El quebrantamiento total del procedimiento establecido para la tramitación de las pretensiones de amparo cautelar que se acumulan a acciones de nulidad, constituye un evidente desacato a la doctrina vinculante establecida por la Sala, así como una crasa violación del derecho a la defensa y al debido proceso consagrados en el artículo 49 del Texto Fundamental, por cuanto el Consejo Nacional Electoral no pudo participar en un procedimiento que excluyó el trámite contradictorio. Todo lo anterior conduce, inevitablemente, a declarar la nulidad de la sentencia objeto de la presente solicitud de revisión, tal y como lo ha decidido esta Sala en otras oportunidades (*Vid.* Sentencia n° 1122/2000 del 4 de octubre, caso: *Elis Enaís Ramos*). Así se declara”.

ocho (48) horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer (3°) día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos. En el auto en el que se fije la celebración de la audiencia oral y pública, se ordenará la notificación del Ministerio Público.

Una vez concluido el debate oral, la Sala en el mismo día deliberará, y podrá:

Pronunciarse inmediatamente sobre la oposición, en cuyo caso se expondrá de forma oral los términos de la decisión, la cual deberá ser publicada íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó aquélla.

Diferir la audiencia oral por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas por estimar que es necesario la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.

La decisión recaída sobre el amparo constitucional en nada afecta la tramitación de la causa principal”.

Esta decisión de la Sala Constitucional fue rechazada por la Sala Electoral en su mencionada sentencia n° 27 de 29 de marzo de 2004, en la cual señaló que la misma no podía:

“[...] menos que causar asombro, por decir lo menos, pues además de manifestar desconocimiento de las actuaciones cursantes en el cuaderno separado en el cual se dictó la sentencia de naturaleza interlocutoria por ella revisada -y en el que consta que si hubo oposición a la medida de amparo cautelar por distintos interesados- constituye un pronunciamiento que la vicia de falso supuesto, de hecho y de derecho [...]”

La Sala Electoral rechazó y desestimó el argumento de la Sala Constitucional, considerando que resultaba “falso” en cuanto a la afirmación de que la Sala Electoral hubiera desconocido el procedimiento establecido por ella en el mencionado fallo n° 88 de 2000, agregando, con razón, que:

“En el referido fallo n° 88, en modo alguno se impone al órgano jurisdiccional la obligación de indicar espesamente, en la notificación de la medida cautelar que se haga al presunto agraviante, de los recursos que dispone para oponerse a tal providencia, y es que no podría una sentencia contener tal orden, toda vez que, por una parte, estaría supliendo defensas que sólo a las partes corresponde efectuar y, por otra parte, estaría colocando en los órganos jurisdiccionales (incluyendo la misma Sala Constitucional) la carga prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para los órganos de la Administración Pública...”²⁹⁷.

297 Sobre este mismo aspecto de la sentencia, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el Dictamen antes citado, con razón advirtió que: “Llama la atención la defensa que la sentencia de la Sala Constitucional hace del derecho a la defensa y al debido proceso de un órgano de la Administración Pública cuya actuación contraria a las solicitudes de los ciudadanos fue el objeto de la sentencia de la Sala Electoral, sentencia que fue remitida a tal órgano de la Administración Pública a todos los efectos y no a los de simple notificación o conocimiento, como afirma la Sala Constitucional, de modo que si el Consejo Nacional Electoral no hizo uso de recurso o defensa alguna fue asunto de su incumbencia. La Sala Constitucional no encuentra satisfactoria –a los efectos del derecho a la defensa y al debido proceso- la comunicación hecha por la Sala Electoral al Consejo Nacional Electoral y olvida que en el asunto controvertido están envueltos principios de altísimo rango e importancia, como es el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos (art. 62 de la Constitución), derecho cuya protección deben garantizar la propia Sala Constitucional, el Consejo Nacional Electoral y los demás órganos del Poder Público”.

En *segundo lugar*, la Sala Constitucional advirtió que la Sala Electoral Accidental había otorgado la tutela cautelar que se le había solicitado “con fundamento en que la presunta aplicación retroactiva de criterios de validación instaurados en los actos impugnados, ‘podría impedir alcanzar el número de firmas necesarias para convocar el referéndum revocatorio presidencial’, lo cual, constituiría una presunción grave de amenaza de violación del derecho a la participación política, consagrado en el artículo 62 de la Constitución”. Sin embargo, la Sala Constitucional señaló al respecto que:

1. “Las circunstancias derivadas de la insatisfacción de los requisitos de validación establecidos por el Entre Rector del Poder Electoral, en ningún caso, puede constituir amenaza de violación del derecho a la participación política positivizado en el artículo 62 del Texto Fundamental, ya que el ejercicio del mismo depende del cumplimiento de los extremos previstos en el ordenamiento jurídico para cada caso, por lo que respecto al referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, la mera solicitud de su convocatoria no genera expectativas plausibles de su efectiva realización, ya que la misma dependerá de la debida observancia de las condiciones y requisitos previstos en la Constitución y en la ley”²⁹⁸.

Tal decisión de la Sala Constitucional dictada al “revisar” una sentencia de la Sala Electoral, sin duda constituía un pronunciamiento de fondo sobre la causa que cursaba ante la Sala Electoral, como si la Sala Constitucional estuviera conociendo de una “apelación”. Un pronunciamiento de tal naturaleza era totalmente improcedente, por lo que la Sala Electoral en su sentencia n° 27 de 29 de marzo de 2004 lo rechazó señalando que con el mismo:

298 Sobre este aspecto de la sentencia, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Dictamen citado de 12-04-2004 señaló que: “la Sala Constitucional omite la revisión de los instrumentos adoptados por el Consejo Nacional Electoral para determinar si éstos se conforman al precepto de participación ciudadana contenido en el artículo 72 y proclamado con énfasis en el Preámbulo de la Constitución. En su lugar, establece un criterio de legalidad genérico para las condiciones y requisitos que se establezcan para el ejercicio de tal derecho ciudadano. El criterio de la Sala Constitucional, lejos de favorecer el derecho de participación política, consustancial a la democracia, lo limita peligrosamente. Se contraría así el principio que obliga a favorecer los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los derechos políticos”.

“La Sala Constitucional Accidental se aparta abiertamente de las competencias que le han sido atribuidas por la Constitución... y delimitadas por su propia jurisprudencia, para hacer pronunciamientos acerca del mérito de la causa, que la sentencia revisada se abstiene de proferir por tratarse de una sentencia de amparo cautelar en la que, como bien sabe, le está prohibido hacer pronunciamientos que impliquen un examen del fondo del asunto debatido, lo cual, sin duda, está circunscrito a determinar si los actos impugnados violan o contradicen la normativa aplicable al caso de autos”.

Antes, en la misma sentencia, la Sala Electoral había destacado la inconsistencia procesal en la que había incurrido la Sala Constitucional al señalar que en su sentencia, “se emite pronunciamientos sobre el fondo del asunto debatido, sin que se hubiere avocado al conocimiento de la causa -figura por demás absolutamente improcedente- y sin haber tenido a la vista el expediente”.

En *tercer lugar*, en relación con la presunta aplicación retroactiva de criterios de validación instaurados en el Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona dictado por el Consejo Nacional, el 24 de febrero de 2004, la Sala Constitucional advirtió que:

“El referido instructivo no consagra un nuevo criterio de validación de las solicitudes de convocatoria del referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, ya que tal criterio motivador del acto de validación de las firmas no proviene de dicho instrumento jurídico, sino de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular dictadas por el Ente Rector del Poder Electoral, el 25 de septiembre de 2003, conforme a las cuales se validaron un millón ochocientos treinta y dos cuatrocientas noventa y tres (1.832.493) solicitudes, se invalidaron treinta y nueve mil sesenta (39.060) peticiones y a los efectos similares de un auto para mejor proveer, se ordenó someter a reparo las firmas colocadas “bajo observación” que alcanzan el número de ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017), según lo decidido por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución nº 040302-131 del 2 de marzo de 2004”.

Con esta decisión, de nuevo, la Sala Constitucional se pronunciaba sobre el fondo del recurso contencioso electoral en cuyo proceso se había dictado la sentencia cautelar de amparo era el objeto de revi-

sión, con el agravante de que lo hacía sin tener siquiera a la vista el expediente. Además, como lo observó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Dictamen citado de fecha 12 de abril de 2004:

La sentencia no contiene una transcripción de las disposiciones objeto de discusión, a fin de apreciar si es cierto que hay aplicación retroactiva de normas, tal como lo ha admitido la Sala Electoral, sino una declaración inadmisibles de *auctoritas* por parte de la Sala Constitucional que rompe el principio de autointegración de la sentencia, según el cual las decisiones judiciales deben bastarse a sí mismas; así como también subvierte el precepto de la motivación, requisito indispensable de toda sentencia. Es más, un examen de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios revela que este instrumento no contiene disposiciones como las del instructivo cuya aplicación fue considerada retroactiva por la Sala Electoral.

En *cuarto lugar*, en relación con los principios de buena fe y de confianza legítima, la Sala Constitucional consideró que no eran aplicables en la constatación de la validez de actos de participación política, donde debía “verificarse la autenticidad de quienes manifestaron su voluntad de solicitar la revocatoria del mandato del Presidente de la República, y también la voluntad de quienes no se adhieren al referendo petitionado”. En consecuencia, señaló la Sala que no siendo tal voluntad:

“Un ejercicio de derechos civiles regidos por la autonomía y del principio contractual de derecho privado, corresponde al Consejo Nacional Electoral garantizar, por medio de su competencia inquisitiva, propia de la Administración Pública, que la voluntad del electorado se ajuste a la manifestación propia de lo querido por ésta para el funcionamiento del principio democrático. La Sala no encuentra, por tanto, que el Consejo Nacional Electoral haya incurrido en violación de los artículos 24 (irretroactividad de la ley) y 49, 1 y 2 (debido proceso y presunción de inocencia), y así también se declara”²⁹⁹.

299 Sobre este aspecto, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Dictamen citado de 12-04-2004, elaborado en relación con la sentencia n° 442 de la Sala Constitucional señaló, con razón, que “El principio de buena fe es un elemento que integra el ordenamiento jurídico en su totalidad. De él forman parte el principio de presunción de inocencia del derecho penal y el principio de presunción de no culpabilidad del administrado en el derecho administrativo. Estas manifestaciones concretas no limitan ni restringen la aplicación del principio general, sino que lo matizan o modulan. La limitación de la vigencia del princi-

Sobre ello, la Sala Electoral en su mencionada sentencia n° 27 del 29 de marzo de 2004, señalaría que la Sala Constitucional pretendía “negar el beneficio de principios constitucionales como el de buena fe y el de confianza legítima a derechos fundamentales de los ciudadanos, sin razonamiento lógico y jurídico alguno, protegiendo con ello, y sin que medie un estudio y análisis profundo del caso, actuaciones de un órgano del poder público que han sido cuestionadas por sus destinatarios, alegando violaciones a sus derechos fundamentales”; acusando a la Sala Constitucional de utilizar la vía de la revisión de sentencias para:

“[...] así (actuando fuera del ámbito de su competencia) entrar a analizar el fondo del asunto objeto de un recurso contencioso electoral de nulidad, para pretender preestablecer, con ello, criterios que pudieran ser calificados como “interpretación constitucional”, lo que evidencia una clara extralimitación de competencia jurisdiccional arrebatándosela a su juez natural que es la Sala Electoral, órgano con igual jerarquía e integrante del mismo órgano judicial (Tribunal Supremo de Justicia), como lo ha reconocido reiteradamente la Sala Constitucional”.

En todo caso, de la decisión antes referida de la Sala Constitucional deben destacarse dos aspectos: el primero se refiere a la supuesta potestad del Consejo Nacional Electoral para revisar la “autenticidad” de la manifestación de voluntad de las solicitudes de convocatoria a referendo. Sobre ello, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el documento de 12 de abril de 2004, señaló acertadamente que las solicitudes de referéndum revocatorio “no están concebidas como actos auténticos en el sentido que tal expresión tiene en el derecho civil y registral”, formulando las siguientes apreciaciones críticas:

“[...] la declaración según la cual la Administración Electoral, en uso de su competencia inquisitiva, puede colocar su propia voluntad para el ejercicio del principio democrático por encima de la voluntad del ciudadano, carece de fundamento constitucional;

la actuación de la Administración Electoral en el proceso de recolección de firmas para el referéndum revocatorio atribuye una presunción de *autenticidad* electoral al acto de recolección de firmas, quedando a los

pío de la buena fe al ámbito contractual de derecho privado no tiene fundamento en normas de derecho positivo ni en principios generales de derecho”.

firmantes su derecho a impugnar su propia firma si no emana de ellos o a los terceros proponer un recurso de falsedad, si éste fuera procedente;

la Administración no puede desconocer su propia intervención en la *autenticidad* de los actos electorales; la intervención de testigos del gobierno y de la oposición; la participación de observadores internacionales, Fuerza Armada y ciudadanos, porque ese desconocimiento se configuraría como inadmisibile al ir contra sus propios actos (*venire contra factum proprium*), además que, conforme a la Constitución, es obligación del Estado facilitar las condiciones más favorables para la práctica de la participación y del protagonismo políticos”.

El segundo aspecto que se debe destacar de la decisión de la Sala Constitucional en la parte que se comenta, es la referencia a la supuesta potestad del Poder Electoral de verificar la autenticidad “también la voluntad de quienes no se adhieren al referendo petitionado”, cuando ello no existe, es decir, en el proceso del referendo revocatorio no habían establecido previsiones para determinar manifestación de voluntad alguna contraria al mismo.

En *quinto lugar*, la Sala Constitucional estimó que lo afirmado en el fallo objeto de la revisión referido a que “resulta evidente por ser un hecho notorio comunicacional la inminencia del establecimiento de la fecha destinada al procedimiento de los reparos por parte del Consejo Nacional Electoral”, carecía “de sustentación fáctica, por cuanto la fecha para la realización de dicho evento no ha sido establecida por el Ente Rector del Poder Electoral”.

En *sexto lugar*, la Sala Constitucional, después de constatar que “cuando se insta el amparo como pretensión cautelar, su procedencia, de ser el caso, tiende a la suspensión temporal de los efectos del acto o norma impugnada mientras dure el proceso principal, por ello, no tiene efectos anulatorios ni constitutivos, ya que no persigue la creación de derechos a favor del accionante”, señaló en relación con la sentencia de la Sala Electoral que estaba revisando que su dispositivo:

“Excedió la índole de un pronunciamiento de naturaleza cautelar, en virtud de que resolvió por anticipado el fondo de la *litis*, pues, no sólo suspendió los efectos de los actos impugnados, sino que las órdenes impartidas al Órgano Rector del Poder Electoral referidas a la desaplicación del criterio contenido en el *Instructivo Sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona*, a las firmas colocadas “bajo ob-

servación”, implicó una declaratoria de nulidad del literal “h” del Primer Resuelve de la Resolución n° 040302-131 del 2 de marzo de 2004, lo cual, no le era dado otorgar en sede cautelar”.

En *séptimo lugar*, la Sala Constitucional advirtió en su sentencia, que la Sala Electoral en su sentencia al haber acordado sumar a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio, las 876.017 solicitudes colocadas “bajo observación” y ordenar al Consejo Nacional Electoral aplicar a tales solicitudes el procedimiento de reparo establecido en el artículo 31 de las *Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular*, “creó derechos subjetivos a favor de los accionantes, lo cual resulta contrario a la naturaleza del amparo cautelar”, el cual tiene “como fin la suspensión de los efectos del acto o norma señalados como lesivos, al detener la realización de ciertas actividades o impedir que las mismas se consoliden” por lo que “suspender los efectos de los actos impugnados jamás implica que se ordene hacer algo al Poder Electoral para crear nuevas situaciones jurídicas”.

En *octavo lugar*, la Sala Constitucional consideró que con el dispositivo del fallo objeto de la revisión, la Sala Electoral Accidental habría negado “las facultades inquisitivas de la Administración Electoral a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, ya que este órgano del Poder Público se encuentra obligado a determinar el carácter fidedigno de la manifestación de voluntad de los firmantes, requisito que no puede presumirse como satisfecho, sin infringir el artículo 72 del Texto Fundamental”.

En *noveno lugar*, la Sala Constitucional estimó que la sentencia impugnada habría violado los numerales 1 y 5 del artículo 293, el artículo 294 y los artículos 136, 137 y 138 de la Constitución, pues no sólo había suspendido “normas reglamentarias estatuidas por el Consejo Nacional Electoral, sino que se subrogó en éste para dictar reglas sobre validación de las firmas, que únicamente competen al Ente Rector del Poder Electoral conforme a las disposiciones constitucionales indicadas. Así igualmente, se declara”.

En relación con tal afirmación, la Sala Electoral señaló que “la Sala Constitucional Accidental, llamada a ‘..garantizar el cumplimiento, vigencia y respeto de los postulados constitucionales..’, como ella misma lo ha indicado tantas veces en su jurisprudencia, olvida que no existe acto del Poder Público que pueda escapar del control jurisdiccional” agregando que la aseveración de la Sala Constitucional “lesiona abiertamente lo dispuesto en los artículos 7, 25, 26, 139 y 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impiden que actos del poder público puedan ejercerse sin control alguno por parte de los órganos llamados por la Constitución a impartir justicia.”³⁰⁰

En *décimo lugar*, la Sala Constitucional además advirtió que la Sala Electoral Accidental, aparte de las infracciones antes indicadas, habría incurrido:

“En desacato a la medida que la intimó a suspender el trámite del recurso contencioso-electoral al cual se acumuló la pretensión de amparo cautelar en la cual se produjo el fallo objeto de la presente revisión, y remitir los expedientes relativos a los recursos que ante ella cursaron, mientras esta Sala Constitucional proveyera lo conducente a la admisión del avocamiento que le fuera solicitado. Ello así, la Sala Constitucional juzga que tal desacato viola flagrantemente la competencia de ésta sobre sus interpretaciones vinculantes, al objeto de garantizar la supremacía de la Constitución y la efectividad de las normas y principios constitucionales, lo que hace incurrir a la Sala Electoral Accidental en desobediencia a la autoridad, conforme lo dispone el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así, del mismo modo, se decide”.

Sobre esta decisión, la Sala Electoral consideró que la Sala Constitucional la había dictado “sin justificación ni motivación alguna ex-

300 Con razón, por tanto, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales señaló en relación con esta decisión de la Sala Constitucional que “La aceptación de ese criterio significaría la supresión implícita del control judicial sobre los actos de los poderes públicos, porque con tal criterio una sentencia de la Sala Constitucional que anulara, suspendiera u ordenara la desaplicación de un artículo de una ley debería calificarse como una usurpación de la función legislativa; por lo mismo, cuando la Sala Político-Administrativa anulara, suspendiera u ordenara la desaplicación de una disposición reglamentaria emanada del Ejecutivo Nacional o de una decisión del Contralor General de la República, habría usurpación de la función ejecutiva o de la función contralora, ya que también los poderes públicos que las desempeñan son independientes y autónomos”.

tralimitándose en sus atribuciones revisoras “pretendiendo “ratificar el contenido de su decisión n° 387 de fecha 16 de marzo de 2004, cuyo contenido (causa y efectos), no formó parte del *thema decidendum* que con ocasión de tal revisión conoció, inherente a una solicitud formulada en un expediente distinto (n° 2004-0475), cuya orden esta Sala Electoral Accidental resolvió no cumplir, por no existir obligación constitucional, legal ni jurisprudencial alguna para ello, en los términos que le fueron expresamente señalados al Presidente de la Sala Constitucional en la oportunidad de dar acuse a sus oficios n° 04-570, 04-571 y 04-611, mediante oficio n° 04.052 que en fecha 18 de marzo de 2004 la Sala Electoral le remitiera y cuyo contenido se ratifica en el presente fallo”. La Sala Electoral, además, destacó que con esa decisión, “la Sala Constitucional Accidental pretende derivar la comisión del desacato a la inobservancia de una orden genérica y absolutamente impropia que pretendió impartir a la Sala Electoral (no sólo a la Sala Electoral Accidental que se constituyó para conocer del asunto contenido en el expediente n° 2004-000021), comprendida en los oficios ya referidos y la decisión NC 387/2004, a pesar de estar en conocimiento de las razones por las cuales esta Sala no dio cumplimiento a la aludida “orden”, por considerar que la decisión no tiene el carácter ni la fuerza vinculante de una decisión legalmente proferida”, y además, porque:

“1. La Sala Electoral no es órgano subordinado ni jerárquicamente dependiente de la Sala Constitucional, natural o Accidental, ni en el plano jurisdiccional ni de organización administrativa, además de ser la especializada por la materia conforme a lo establecido en el artículo 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Por lo demás, la Sala Electoral destacó en relación con el invocado artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que el mismo “sólo es aplicable en caso de desacatos a mandamientos de amparo constitucional, no siendo esta la situación planteada por la Sala Constitucional Accidental, ya que la misma señaló estar conociendo de una *solicitud de avocamiento* y no de una *acción de amparo constitucional*”. De allí que la Sala Electoral destacara que:

“Mal podría la Sala Constitucional Accidental pretender asimilar el desacato previsto en el mencionada Ley a la actuación de la Sala Electoral Accidental en defensa de su competencia, salvo que con ello pretenda, por una parte, amedrentar y, por la otra, distraer, mediante una sentencia de revisión constitucional, la sustracción de esta Sala del conocimiento de un recurso contencioso electoral para el cual sólo ella detenta la competencia, a los fines de ratificar con ello hacer valer una sentencia de avocamiento que, como ha quedado demostrado, es inexistente y, en consecuencia, no puede ser ejecutada”.

En *décimo primer* lugar, la Sala Constitucional en su sentencia, ratificó:

“La competencia del Poder Electoral para desarrollar la normativa que le asigna la Ley Orgánica del Poder Electoral y, en especial, la normativa tendente a la reglamentación de los procesos electorales y referendos, en particular los que regulan las peticiones sobre dichos procesos, así como las condiciones para ellos, la autenticidad de los peticionarios, la propaganda electoral etc., así como las dudas y vacíos que susciten las leyes electorales, en cumplimiento, además, de los artículos 293, numerales 1 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme a lo decidido por esta Sala en sentencia n° 2341 del 25 de agosto de 2003 y, así finalmente se declara”.

En relación con esta decisión, la Sala Electoral señaló que la misma no causaría perjuicio alguno al sistema de derecho si le fuera “inmediatamente añadida la fórmula sobre el principio de legalidad (constitucional y legal) del cual deriva la posibilidad de revisión jurisdiccional de todos y cada uno de los órganos del Poder Público”; destacando que más bien, la afirmación “de la Sala Constitucional Accidental, en los términos antes referidos, constituye, más que un pronunciamiento sobre la revisión del fallo por ella efectuada, un alegato empleado en el supuesto Conflicto o Controversia Constitucional entre el Consejo Nacional Electoral y la Sala Electoral Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, planteado ante la Sala Constitucional por el representante del órgano comicial (expediente n° 04-642), que no objeto de la revisión que de la sentencia de la Sala Electoral Accidental n° 24 de fecha 15 de marzo de 2004 hace la Sala Constitucional Accidental”.

Como consecuencia de todo lo anterior, la Sala Constitucional “a fin de garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las

normas y principios constitucionales”, declaró que había lugar a la revisión que le fue solicitada y, en consecuencia, anuló la sentencia n° 24, dictada el 15 de marzo de 2004 por la Sala Electoral Accidental antes referida, “por haber incurrido en extralimitación de funciones en desacato a la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala en sentencia n° 88/2000, antes referida, así como, por infracción de lo dispuesto en los artículos 136, 137, 138, 293.1 y 294 de la Constitución”.

Sobre ello, la Sala Electoral en su mencionada sentencia del 29 de marzo de 2004, destacó “la evidente y manifiesta improcedencia del dispositivo contenido en la sentencia (n° 442) dictada por la Sala Constitucional Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 23 de marzo de 2004, que declara la nulidad de la medida cautelar acordada por esta Sala el día 15 de marzo de 2004, pretendiendo enervar sus efectos, pues observa que es, justamente, la Sala Constitucional Accidental la que quebranta además de los principios constitucionales y legales que rigen la atribución de competencia en nuestro ordenamiento jurídico, los criterios doctrinarios establecidos por ella misma y violenta así el Estado de Derecho y de Justicia que ella misma está llamada a garantizar. Así se declara”³⁰¹.

Por último, en *décimo segundo lugar*, la Sala Constitucional ratificó:

“La intimación realizada a Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 387 del 16 de los corrientes, en la cual se le ordenó paralizar todos los procesos referidos a acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular y de abstenerse de decidir los mismos, así como remitir, de inmediato, a esta Sala, todos los expedientes contenti-

301 Sobre ello, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Dictamen antes citado advirtió que “La Sala Constitucional, al interrumpir el curso de un proceso relativo a un recurso electoral, ha invadido indebidamente la competencia exclusiva de la Sala Electoral; ha ignorado de manera patente el artículo 297 de la Constitución, según el cual la jurisdicción contencioso electoral será ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley; ha sustraído una causa a su juez natural y ha extendido la potestad de revisión, antes limitada por ella misma a las sentencias definitivamente firmes, hasta las decisiones que se adopten en el curso de un proceso sin que éste haya concluido”.

vos de dichas acciones, hasta que se resuelva la solicitud de avocamiento interpuesta por el ciudadano Ismael García”³⁰².

En esta forma ocurrió lo que estaba anunciado: la Sala Constitucional había concluido el secuestro de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo, pretendiendo someterla a su autoridad y a la obligación de acatar “su doctrina” jurisprudencial, desconociendo que la Sala Electoral tenía y tiene la misma competencia que la Sala Constitucional de ser el máximo y último interprete de la Constitución cuando decide los asuntos de su competencia (art. 335). Al consumir dicho secuestro, la Sala Constitucional también pretendía confirmar la confiscación que el Consejo Nacional Electoral ya había decretado del derecho a la participación política de los ciudadanos mediante la petición del referendo revocatorio presidencial. Ello, sin embargo, tampoco era de extrañar pues, en definitiva, se había dictado por un órgano del Poder Público (Poder Electoral) que ya había sido previamente secuestrado por la misma Sala Constitucional.

Pero la Sala Electoral, como se ha analizado, resistió al ataque de la Sala Constitucional, y en la antes analizada sentencia n° 27 del 29 de marzo de 2004, no sólo afirmó su competencia para ejercer la Jurisdicción contencioso electoral, constatando que las distintas Salas del Tribunal Supremo “tienen la misma jerarquía en sus respectivas competencias y atribuciones”, y rechazando “la intimación” que le había hecho la Sala Constitucional con base en el principio de “la igualdad que existe entre todas y cada una de las Salas que conforman el Tribunal Supremo”; sino que resolvió elevar “a la Sala Plena la resolución de un conflicto de funcionamiento derivado de una ‘intimación’ u ‘orden’ a fin de que sea analizado, por esa Sala Plena, lo perjudicial que resulta para el normal funcionamiento y administración de justicia el uso de términos imperativos de una Sala a otra de igual jerarquía”.

Como ya se ha señalado, todas las antes mencionadas y analizadas ejecutorias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela, lo que harían sería poner en evidencia cómo un instrumento tan importante para afianzar el Estado de derecho como lo es la Jurisdicción Constitucional, podía también ser un instrumento

302 Exp. N° 04-0620

al servicio del autoritarismo, particularmente cuando sus decisiones, como ninguna de las decisiones de cualesquiera de las otras Salas, en principio son irrevisables. Con decisiones como la reseñada y con procesos como los descritos en relación con el Poder Electoral y con la Jurisdicción contencioso electoral, puede decirse que a comienzos de 2004, del Estado de derecho en Venezuela sólo había quedado la expresión verbal del artículo 2 de la Constitución, y muy poco más.

3. *El avocamiento de la causa por la Sala Constitucional a costa de la destrucción de la "pirámide de Kelsen"*

La fórmula para despojar a la Sala Electoral de toda posibilidad de decidir en la causa contencioso electoral en la que era juez natural (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina Y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), sin duda, era que la Sala Constitucional se avocara al conocimiento de la misma, tal como se le había solicitado, lo cual por supuesto no era procedente.

Ya la misma Sala Electoral, en su sentencia n° 27 del 29 de marzo de 2004, antes comentada, había sido enfática en considerar que el mencionado avocamiento era "a todas luces, inadmisibile o en todo caso improcedente de conformidad con la pertinente jurisprudencia (Vid. Sentencia n° 806 de fecha 24 de abril de 2002, Caso: *Sintracemiento*), además de la circunstancia de haber sido solicitado por una persona que no es parte en los procesos judiciales involucrados cuyo avocamiento solicita y haber pretendido, la Sala Constitucional Accidental hacer valer los efectos de tal avocamiento mediante una sentencia evidentemente inexistente...". El mismo Magistrado Presidente del Tribunal Supremo Iván Rincón Urdaneta, actuando como Juez de Sustanciación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia n° 94 de 2 de diciembre de 2003 (Caso: *Robert Osuna y otros vs. Consejo Nacional Electoral*), ya había incluso sido expreso y enfático en declarar incompetente a la Sala Constitucional para conocer de la impugnación de la Resolución n° 030925-465 de fecha 25 de septiembre de 2003, emanada del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual dictó Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, por considerar que era de naturaleza electoral, siendo:

“Para este Juzgado de Sustanciación, declarar la incompetencia de la Sala para conocer el presente asunto, todo de conformidad con el ordinal 2º del artículo 84, en concordancia con el ordinal 4º del artículo 124, ambos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así se declara”³⁰³.

En consecuencia, el avocamiento por la Sala Constitucional del juicio de nulidad de actos administrativos de efectos externos (Resolución) y de efectos internos (Instructivo) del Consejo Nacional Electoral, jurídicamente no era posible, pues la competencia exclusiva para controlar la constitucionalidad y legalidad de dichos actos corresponde a la Sala Electoral (Jurisdicción contencioso electoral). La Sala Constitucional en forma alguna podía llegar a tener competencia para controlar la constitucionalidad de dichos actos administrativos, dado su rango sublegal y dado que sus atribuciones como Jurisdicción constitucional, en cuanto a juicios de nulidad, estaban limitadas al conocimiento de la inconstitucionalidad de los actos de rango legal, es decir, de las leyes, de los actos con valor de ley y de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución que tienen, por tanto, rango de ley. Los actos impugnados ante la Sala Electoral, sin duda alguna, no encajaban en dichas categorías, por lo que no teniendo competencia la Sala Constitucional para conocer de su nulidad, no tenía posibilidad alguna de avocarse al conocimiento de la causa.

Sin embargo, en solo tres meses el Magistrado Iván Rincón Urdaneta cambiaría se opinión, y la Sala Constitucional con su voto, mediante una sentencia anunciada en su página web el 31 de marzo de 2004, que después resultó que no existía³⁰⁴, anunciaría que había decidido avocarse al conocimiento de la causa contencioso electoral antes mencionada que se había iniciado con la impugnación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral n° 040302-131 de 2 de marzo de

303 Exp. n° AA50-T-2003-002900

304 La Sala Constitucional en un inusitado “Comunicado” difundido el 16-04-2004 “frente al uso político del derecho, ante la pretendida judicialización de la política, y ante las falsas, temerarias y tendenciosas declaraciones en los diversos medios de comunicación social” del Magistrado de la propia Sala Pedro Rondón Haaz, señalaría que el proyecto de sentencia n° 566 de 12-04-2004 habría sido aprobado el 31-04-2004. Esto fue nuevamente señalado en el texto de la sentencia n° 628 de 23-04-2004 mediante la cual se declararon improcedentes las aclaratorias a la sentencia n° 566 de 12-04-2004.

2004, lo cual haría a costa de la irresponsable destrucción, de un sólo plumazo, de uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional formal venezolano, como lo es el de la formación del derecho por grados partiendo de la Constitución, conforme al llamado principio de la “pirámide de Kelsen”.

La falaz argumentación construida por la Sala Constitucional para perpetrar este atentado contra el orden constitucional fue la siguiente: que el Consejo Nacional Electoral, al normar lo relativo a los referendos revocatorios (ya que no se había dictado aún una ley específica sobre referendos), estaría “actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución” como consecuencia “del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral”, por lo que el conocimiento de la nulidad de tal tipo de actos, correspondía entonces a la Sala Constitucional, siendo por tanto incompetente *per se* para ello, la Sala Electoral.

Tal fundamentación, sin duda, no era más que una construcción jurídica elaborada con el único objetivo de concluir el secuestro de la Sala Electoral, pues una Resolución del Consejo Nacional Electoral y un Instructivo para un Comité Técnico dictado por un órgano subalterno de dicho Cuerpo, jamás podrían llegar a considerarse como actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de “rango legal”. Dichos actos en todo caso eran actos de rango sublegal, es decir, actos administrativos dictados en ejecución de normas de rango legal como la Ley Orgánica del Poder Electoral e, incluso, en ejecución de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular dictadas por el propio Consejo Nacional Electoral conforme a la autorización constitucional que tiene. El carácter sublegal de dichos actos administrativos impugnados resultaba, incluso, de la propia “base legal” plasmada en sus textos.

Para llegar a la absurda mutación de unos actos administrativos de rango sub legal dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, en actos estatales de rango legal supuestamente dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la Sala Constitucional en la anunciada “sen-

tencia”³⁰⁵, que luego resultó no existir o ser sólo el proyecto de la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004, fundamentó su competencia como Jurisdicción constitucional para poder avocarse al conocimiento de la causa en lo siguiente:

- “4) Que la Sala Constitucional, conforme a sentencia de 20 de diciembre de 2001 (caso: *Javier Elechiguerra*), ratificó su competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra las leyes o actos de los poderes públicos que se dicten en ejecución directa de la Constitución.
- 5) Que el Poder Electoral al normar lo relativo a los referendos revocatorios, los cuales carecen de una ley que los regule, está actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución.
- 6) Que tal potestad del Poder Electoral es producto del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral...
- 8) Que a pesar que las Salas se encuentran en igual plano jerárquico dentro del Tribunal Supremo de Justicia, dada la potestad de la Sala Constitucional, conforme lo prevén el artículo 266.1 Constitucional y el Título VIII sobre la protección a la Constitución, para garantizar la supremacía constitucional, ella tiene la competencia sobre las nulidades de los actos del Poder Electoral, a los cuales se les atribuye violación directa de normas constitucionales...
- 11) Que en vista de no haber enviado la Sala Electoral a la Constitucional, los expedientes que se le solicitaron según oficio n° 04-0570, y constarle que dicha Sala Electoral conocía de causas para las cuales

305 Así se anunció en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, el 01-04-04. El Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional en su Voto Salvado a la sentencia n° 566 de 12-04-2004 diría que “La nota de prensa que apareció en el sitio web del Tribunal el 31 de marzo de 2004 es violatoria del artículo 59 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, por tanto, es inaceptable... la nota de prensa en cuestión informó sobre el contenido de la sentencia, antes de su publicación y, por tanto, de su existencia misma como actuación judicial, en evidente esguince evasivo del cumplimiento de la norma que se precitó”. Dicho Voto Salvado, aun cuando no fue publicado junto con la sentencia, se incorporó al Voto Salvado presentado por el mismo Magistrado a la sentencia n° 628 de 23-04-2004 que declaró improcedentes las aclaratorias respecto de la sentencia n° 566. La sentencia, con el n° 566, en todo caso, sólo sería publicada el día 12-04-04, coincidentalmente el mismo día en el cual la Sala Electoral, mediante sentencia n° 37, decidiría el recurso de nulidad intentado contra de los actos del Consejo Nacional Electoral referidos a las llamadas solicitudes (del referendo revocatorio presidencial) con caligrafía similar, declarándolo con lugar, juicio cuyo conocimiento pretendía avocarse la Sala Constitucional.

carecía de competencia, la Sala Constitucional decidió avocarse a conocer dichas causas, aunado a que constató un desorden procesal proveniente de que la Sala Electoral Accidental resolvió una solicitud de amparo cautelar en uno de los procesos de nulidad incoado contra los actos del Poder Electoral, sin haber admitido el juicio de nulidad; y donde sentenció el fondo de la acción de nulidad dentro de una medida cautelar, desnaturalizando dicha medida, lo que originó el fallo n° 442 del 23 de marzo de 2004 de esta Sala que anuló lo decidido en dicho amparo, y el cual se dictó en el juicio de revisión incoado por el ciudadano Ismael García, en su carácter de Diputado de la Asamblea Nacional por el estado Aragua y Coordinador Nacional de la agrupación de ciudadanos Comando Nacional de Campaña Ayacucho, de la sentencia n° 24 dictada, el 15 de marzo de 2004, por la Sala Electoral Accidental de este Tribunal Supremo de Justicia”.

Con la “anunciada” anulación de la sentencia cautelar n° 24 del 15 de marzo de 2004 de la Sala Electoral y con el “anunciado” avocamiento de la causa supuestamente decidido por la Sala Constitucional, habría quedado consolidado, por tanto, el secuestro de la Sala Electoral al pretenderse imposibilitarla para decidir en cualquier caso vinculado a los referendos revocatorios, quedando confiscado el derecho ciudadano a la participación política; y todo ello, mediante decisiones que luego se constató no existían, de la Sala Constitucional la cual, al contrario, tenía por misión asegurar el funcionamiento de los órganos del Poder Público y el ejercicio de los derechos ciudadanos.

Como se dijo, la sentencia de avocamiento que había sido anunciada públicamente por la Sala Constitucional el 31 de marzo de 2004, resultó que no existía o que sólo era un proyecto de una decisión que se adoptaría el 12 de abril de 2004 cuando la Sala publicó la sentencia n° 566, sin el Voto Salvado de un de sus Magistrados, avocándose al conocimiento de la causa³⁰⁶. El avocamiento entre Salas del Tribunal Supremo evidentemente que no es procedente, pues ninguna Sala es superior a las otras; por tanto, sólo violando la Constitución podía la Sala Constitucional avocarse al conocimiento de una causa cursante ante otra Sala del Tribunal Supremo, como lo hizo en la sentencia n°

306 El Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional, calificaría la sentencia de nula, por haber sido publicada sin su voto salvado, para cuya consignación disponía de cinco días. *V. Globovisión. Com*, Caracas 15-04-2004.

566³⁰⁷, en la cual, además, indicó que ello supuestamente ya tenía como precedente una decisión de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia respecto de una causa que cursaba ante la Sala de Casación Civil en 1999³⁰⁸, lo cual era completamente falso.

En esta sentencia n° 566, la Sala Constitucional de nuevo justificó su competencia para avocarse en el supuesto carácter de actos de ejecución directa de la Constitución de los dictados por el Consejo Nacional Electoral, y que eran objeto del juicio de nulidad ante la Sala Electoral. La Sala Constitucional para ello, señaló que su propia doctrina sobre su competencia para avocarse del conocimiento de causas (sentencia n° 806 del 24 de abril de 2002, Caso: *Sintracemento*), merecía “ser ajustada a la realidad jurídico-procesal, por cuanto para avocarse al conocimiento de un asunto *se requiere del poder de decisión sobre el fondo o mérito de la causa, y ello porque justamente con el avocamiento se deroga la competencia del juez que conoce, basada en causas que lo justifiquen, siempre que el avocante sea también competente*”.

En consecuencia, para justificar lo injustificable, es decir, la derogación de la competencia de la Sala Electoral como juez natural de la Jurisdicción contencioso electoral, se refirió a su competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad que se interpongan contra leyes o actos de los poderes públicos “que se dicten en ejecución directa de la Constitución o que tengan rango de ley”, reiterando el criterio establecido en sentencia n° 2748 del 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Fiscal General de la República (Javier Elechiguerra Naranjo)*),

307 El Magistrado Rondón Haaz, en su Voto Salvado a la sentencia, en efecto señaló con razón que: “Determina así, la Ley, que, para la procedencia del avocamiento, debe ser otro Tribunal en donde curse el expediente que será solicitado, lo cual excluye, como es evidente, a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; y no podría ser de otra forma, tanto por la igualdad de jerarquía entre las Salas como por el caos que supondría, para el proceso y los justiciables, que unas Salas pudiesen avocar las causas de las otras”. V. el texto del Voto salvado en el Voto salvado que presentó a la sentencia n° 628 de 23-04-2004.

308 El Magistrado Rondón Haaz, en su Voto Salvado a la sentencia, calificó de “mendaz la declaratoria de la mayoría sentenciadora”, calificándola como una “violación al Código de Ética del Abogado en que incurrieron los Magistrados que suscribieron la sentencia”, pues la Sala Político Administrativa nunca había decidido avocarse al conocimiento de causa alguna que cursaba ante la Sala de Casación Civil, habiéndose limitado en decisión de 11-11-1999 a solicitarle a la Sala de Casación Civil un expediente sólo para estudiar una solicitud de avocamiento que había formulado el Procurador General de la República en unos juicios (Caso *Capriles*), solicitud que luego fue desistida por el Procurador.

en la cual ya se había confundido el criterio para la calificación de dichos actos dictados en ejecución directa de la Constitución. En efecto, en la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004, la Sala citó parcialmente la referida sentencia n° 2748 de 20 de diciembre de 2004, copiando el siguiente extracto donde señaló que el criterio se basaba en:

“[...] la forma de cómo un determinado acto jurídico se articula con las normas constitucionales, es decir si su ejecución obedece en primer término a una disposición legal que regula su práctica o si deriva directamente de una norma constitucional que no requiere de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto. Es un hecho bastante generalizado que los derechos fundamentales y la normativa que se refiere a la creación de órganos de los poderes públicos y su habilitación, en la mayoría de las constituciones vigentes en distintos países, son considerados de aplicación inmediata y directa”.

La Sala Constitucional, en dicha sentencia n° 2748, con anterioridad al párrafo citado, había señalado que el hecho de que algunos actos estatales sean dictados *en ejecución directa de normas constitucionales*:

“[...] significa que la competencia para ejecutar dichos actos esté de tal manera, clara e indubitable, atribuida por la Constitución al órgano ejecutante que no requiera de una ley habilitante que regule su ejercicio y que, la misma Constitución no lo reserve (su ejercicio) a la creación de una ley por el Poder Legislativo”³⁰⁹.

En realidad, en dicha sentencia la Sala, en efecto, confundió dos principios constitucionales: una cosa es el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales que en materia de derechos fundamentales o de competencia de los órganos del Poder Público no requieren (pero no excluyen) la existencia previa de leyes para ser aplicadas (este es el criterio desarrollado en la sentencia); y otra cosa es el rango que tiene los diversos actos del Poder Público en ordenamiento jurídico en relación con la Constitución, en el sentido de que algunos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (rango legal) no siendo posible su regulación por ley y

309 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 389-390 (En prensa).

otros lo son en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución (rango sub legal).

En efecto, en su sentencia, para impropriamente atribuirse una competencia que no tiene, la Sala Constitucional confundió la noción de actos estatales de ejecución directa e inmediata de la Constitución, con las normas constitucionales de aplicación directa e inmediata. Se insiste, los primeros, los actos de “ejecución directa e inmediata de la Constitución” no sólo no requieren de ley alguna que los regule, sino que constitucionalmente no podría dictarse ley alguna que se interponga entre la norma constitucional y el acto estatal³¹⁰. Por ello es que se dice que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de rango legal conforme a la teoría de la formación escalonada del orden jurídico, que están sometidos al control de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional (Jurisdicción constitucional), ya que no son actos en cuya emisión el órgano respectivo pueda estar condicionado por la ley alguna. Otra cosa son las normas constitucionales de “aplicación directa e inmediata” de la Constitución, que no requieren de ley alguna para su aplicación, pero que no excluyen su necesaria sanción. Los actos que se dicten para ejecutar estas normas son actos administrativos que por ser de rango sub legal están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa a la Jurisdicción contencioso electoral, en su caso.

La Sala Constitucional, muy interesadamente, confundió dichas nociones, pretendiendo aplicar su competencia de control de constitucionalidad respecto de actos administrativos como los dictados por el Consejo Nacional Electoral, basándose en el argumento circunstancial de que “no se ha dictado una ley para regular ninguna de las modalidades “referendarias”, (ignorando de paso, por ejemplo, a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política), llegando entonces a la absurda conclusión -que el Magistrado Rondón Haaz en su Voto

310 En materia electoral, con razón, el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado a la sentencia señaló: “No cabe duda, según el tenor de las normas en cuestión, que la materia electoral debe ser regulada por ley -y no podría ser de otra forma, puesto que atañe al ejercicio de derechos constitucionales como a la participación y al sufragio-, de modo que no se trata de un materia que no requiera de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto; todo lo contrario”.

Salvado calificó como un “dislate”- de que los actos dictados a tales efectos por el Consejo Nacional Electoral serían:

“[...] actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, fundados en el artículo 72 y en la Disposición Transitoria Octava de la Carta Magna. La invocatoria de la Ley Orgánica del Poder Electoral y el mismo artículo 293 constitucional es a los solos efectos de fundamentar la competencia, pero no hay texto legal pre o post-constitucional que regule los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”.

La Sala Constitucional, luego de “justificar” de esa manera su supuesta competencia para conocer de la nulidad de los actos mencionados del Consejo Nacional Electoral, y de analizar las vicisitudes del caso en el cual la Sala Electoral ratificó su competencia en la materia, decidió avocarse al conocimiento de las causas, con el siguiente argumento:

“Esta Sala atendiendo a la razonabilidad y ponderación de los hechos suscitados con ocasión de las causas sobre las cuales se ha formulado la presente solicitud, y en aras de preservar la correcta administración de justicia, que conlleva al desarrollo de un proceso donde se garantice la aplicación de los principios y garantías constitucionales, visto que se ha producido al menos en un proceso un desorden procesal en la Sala Electoral que atenta contra el Estado de Derecho y la transparencia de la justicia, juzga pertinente avocarse al conocimiento de las causas señaladas por el solicitante, las cuales resolverá con carácter definitivo. Así se decide”.

La consecuencia del avocamiento fue la orden a la Sala Electoral de remitirle de inmediato los expedientes respectivos “así como todos los expedientes contentivos de las acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”. Además, declaró nula cualquier decisión que en dichos expedientes se hubiera podido haber tomado por la Sala Electoral “a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes, comunicada según oficio n° 04-0570 de esta Sala. Además, de lo ya anulado según sentencia de esta Sala n° 442 del 23 de marzo de 2004”. Concluyó la Sala informándole al Consejo Nacional Electoral “que sólo debe acatar las decisiones de esta Sala

Constitucional en la materia de que se trata este fallo”, declarando que “la doctrina contenida en el presente fallo tiene carácter vinculante”.

Sobre esto último, por supuesto, salvo para tratar de imponer “a la fuerza” lo resuelto en la sentencia, no se entiende cual es la doctrina vinculante que establece, pues la Sala no “interpretó” en su sentencia norma o principio constitucional alguno, respecto de la cual se pueda identificar su carácter vinculante³¹¹.

En definitiva, la sentencia n° 566 de la Sala Constitucional, al subvertir principios fundamentales del ordenamiento constitucional como el de la formación del derecho por grado; al subvertir el orden procesal al pretender despojar a la Jurisdicción electoral de sus competencias, pretendiendo convertir a la Sala Electoral en un órgano judicial subordinado, creó un desorden procesal inaceptable y, como lo destacó el Voto Salvado del Magistrado Rondón Haaz, las “evidentes contradicciones de dicho fallo y las groseras incongruencias del mismo con los criterios conformantes de la jurisprudencia de la Sala, la divorcian y distancian abismalmente del propósito de uniformidad en la interpretación y aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que preceptúa el artículo 335 *eiusdem*”.

V. EL NUEVO SECUESTRO DE LA SALA ELECTORAL CON OCASIÓN DE LA DECISIÓN DEFINITIVA ANULANDO LOS ACTOS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL.

Ahora bien, el mismo día en el cual la Sala Constitucional publicaba la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004 avocándose al conocimiento de la causa en el juicio de nulidad que había sido intentado por Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde contra el “Instructivo

311 Como lo advirtió el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado:

“El fallo del que se difiere solución -en forma por demás desacertada- un caso concreto y analizó la potestad de avocamiento que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia otorga al Tribunal Supremo de Justicia, pero no interpretó el contenido o alcance de norma, principio o valor alguno de rango constitucional, de modo que sus razonamientos para la resolución del caso de autos no gozan del carácter vinculante a que se refiere el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya finalidad, como revela el título y capítulo de la Constitución en donde se inserta la norma, es la protección y garantía de la Carta Magna”

sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” del 24 de febrero de 2004 y, la Resolución n° 040302-131 del 2 de marzo de 2004 del Consejo Nacional Electoral, la Sala Electoral del Tribunal Supremo dictó la sentencia n° 37 de 12 de abril de 2004 en la cual, no sólo anuló dichos actos administrativos, sino que planteó “ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42, numeral 21 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el conflicto de competencia entre esta Sala Electoral Accidental y la Sala Constitucional Accidental”.

1. *Los argumentos de la Sala Electoral para anular los actos del Consejo Nacional Electoral*

La Sala Electoral en su sentencia, comenzó por analizar como punto previo las irregularidades vinculadas a la supuesta sentencia de la Sala Constitucional de 31 de marzo de 2004 fecha en la cual había anunciado que se avocaba al conocimiento de la causa, al señalar que la Sala había recibido el 1° de abril de 2004 el oficio n° 04-0697 de la Sala Constitucional, del cual se daba cuenta en la Sala Electoral el mismo 12 de abril de 2004, notificándole a la Sala que “el 31 de marzo de 2004, había aprobado una sentencia mediante el cual se había declarado procedente el avocamiento solicitado por el ciudadano Ismael García, de diversas causas expresando además, “...la sentencia aprobada por es[a] Sala declara nula cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por parte de es[ta] Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes mencionados, y que fue comunicada a es[ta] Sala según oficio n° 04-0570 emanado de es[a] Sala Constitucional; además de lo anulado anteriormente según sentencia n° 442 del 23 de marzo de 2004, dictada por es[a] Sala.”.

De lo anterior concluyó la Sala Electoral señalando que:

“[...] del contenido del mencionado oficio se evidencia, de manera inequívoca, que esa Sala Constitucional Accidental pretende darle a tal comunicación la fuerza ejecutoria de la sentencia de avocamiento que la misma expresa haber dictado el día 31 de marzo de 2004 y que a la fecha no se encuentra publicada, de manera que aún no cumple con los extremos que establece el artículo 247 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante ello la Sala Constitucional Accidental emitió, el miércoles 31 de marzo de 2004, una Nota de Prensa publicada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, constituyendo un hecho público comunicacional, y a pesar de la referida irregularidad procesal, pues vulnera lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, señala que establece doctrina vinculante, obviando que la publicación de los fallos se erige como un requisito *sine qua non* a los fines de que éstos puedan ser considerados como válidos y, en consecuencia, surtir los efectos de ley, evidenciando la clara intención de la Sala Constitucional Accidental de abrogarse una competencia que no le corresponde y sustraer con ello a esta Sala Electoral -natural y Accidental- del conocimiento de todas las causas relacionadas con “...los procesos de referendos de mandatos de cargos de elección popular”

La Sala Electoral, por otra parte, rechazó y negó que existiera en la causa un supuesto “desorden procesal”, acusando a la Sala Constitucional de pretender con dicha orden”:

“[...] construir un imaginario desacato por parte de esta Sala Electoral, (que) no tiene sustento legal alguno que avale su procedencia, ya que su pretendido fundamento es una sentencia inexistente por la indebida constitución del órgano y por la omisión de las firmas de todos los Magistrados, de lo cual da fe el Comunicado que el Presidente de la Sala Constitucional emitió en vista de la diligencia suscrita por los Magistrados Antonio García García y Pedro Rondón Haaz. En efecto, en dicho Comunicado el Magistrado Iván Rincón Urdaneta reconoce que se le “advirtió” al Magistrado Antonio García García que la sentencia ya estaba aprobada por los Magistrados Iván Rincón, José Delgado Ocando y Jesús Eduardo Cabrera, que “...se le entregó el texto escrito firmado ya por los tres magistrados que lo aprobaron”, sin que a la presente fecha esta situación hubiere sido “aclarada” por los organismos competentes, toda vez que en la misma se discute la veracidad de las afirmaciones que expresan unos y otros Magistrados de igual jerarquía”.

Finalmente, la Sala Electoral Accidental reafirmó su competencia para conocer de todas las acciones interpuestas, razón por la cual pasó a decidir la causa”, analizando separadamente el Instructivo y la Resolución impugnados.

En cuanto al “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona”, la Sala Electoral comenzó

por precisar que el mismo había sido dictado por el Consejo Nacional Electoral conforme “...las atribuciones que le confieren los artículos 1, 5 y los numerales 1, 4 y 33 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, y en general, con base en las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular...”. Las primeras normas, conforme al análisis de la Sala “no atribuyen, de manera directa, al Consejo Nacional Electoral la atribución para dictar el Instructivo bajo estudio”, y en cuanto al artículo 33 de la Ley Orgánica, su ordinal 33 le atribuye al Consejo la competencia para “establecer las directrices vinculantes a sus órganos subordinados y a las oficinas regionales electorales.”. Conforme a esa base legal, la Sala concluyó señalando, con razón, que el Instructivo, “como su nombre lo indica, es un acto de carácter interno, dictado por el máximo órgano electoral, cuya eficacia está limitada a su acatamiento por parte del Comité Técnico Superior -órgano este jerárquicamente inferior a aquél- a quien está dirigido”; y que como todos los actos de carácter interno “tienen como característica general que carecen de valor normativo, pues no son actos externos y no son vinculantes para los administrados, en consecuencia, no surgen de ellos derechos en la esfera de los administrados, ni a través de los mismos se puede incidir, legítimamente, sobre su esfera jurídica subjetiva, lo cual no obsta para que, en algunos casos y siendo esto contrario a derecho, puedan afectar dicha esfera jurídica subjetiva”. Precisamente, por la naturaleza del Instructivo, la Sala Electoral consideró que mediante el mismo no podía “afectarse la esfera jurídica subjetiva de los ciudadanos cuyas “firmas o solicitudes” se vean involucradas en la interpretación que se hace en dicho Instructivo (firmas cuyos datos han sido escritos con caligrafía similar)”.

Sentado lo anterior, la Sala Electoral pasó a analizar si el contenido del Instructivo aplicaba e interpretaba de manera correcta, lo dispuesto en los artículos 29, numeral 5 de las “Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, y los numerales 1 y 3 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”. Del análisis de dichas normas, la Sala concluyó señalando:

“Lo anterior le permite a este sentenciador concluir, *prima facie*, que lo que exige el legislador en el numeral 5 del artículo 29 de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular es que no exista más de una firma o rúbrica proveniente de la misma persona para que ésta pueda ser considerada fidedigna y, en consecuencia válida, debiendo entenderse, en primer término, que lo que se pretende evitar, con tal disposición, es que una persona suscriba más de una manifestación de voluntad (que se expresa mediante la firma y la huella dactilar), *lo cual no guarda relación alguna con el llenado de los datos del firmante en la planilla*, cuya única exigencia normativa para determinar su validez -contenida en el numeral 1 del mismo artículo 29- es que entre ellos (nombre y apellido, cédula de identidad y fecha de nacimiento) exista congruencia, a efectos de constatar, de manera cierta, la identificación del ciudadano que, con su firma y su huella dactilar -como únicos elementos determinantes de la manifestación de voluntad exigidos por la norma bajo análisis-, suscribe la solicitud correspondiente, y su condición de elector. Ello se confirma con lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 28 de las referidas Normas, los cuales establecen que para verificar los datos de los electores contenidos en la solicitud, los mismos se transcribirán y serán confrontados con los datos del Registro Electoral “...a los fines de establecer su condición de elector en la circunscripción correspondiente.”, igualmente, y a efectos de ratificar esta interpretación, es indispensable referirse a lo establecido en el numeral 2 del artículo 3 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular” que establece que una “*firma*” no se considerará válida “[c]uando carezca de la firma o de la huella dactilar del elector.”, lo que lleva, inevitablemente, a colegir que los datos pueden estar impresos en la planilla pero lo que determina su validez como solicitud es la existencia de la firma y la huella, como elementos determinantes para considerar perfeccionada la manifestación de voluntad de la persona a quien corresponden los datos y que le otorgan el atributo de personalísima a la solicitud...

Determinado todo lo anterior, esta Sala considera que el espíritu de la disposición contenida en el numeral 5 del artículo 29 de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, está dirigido a establecer, como causa de invalidez de la solicitud, el que más de una firma provenga de una misma persona, lo cual está referido, sin dudas, a que una misma persona efectúe más de una solicitud para la misma convocatoria a referendo revocatorio de mandato de cargo de elección popular. Tal dispo-

sición se complementa con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular” que establece, como causal de invalidez de la firma, “4.- Cuando los datos y las firmas aparezcan repetidas, caso en el cual quedarán todas invalidadas”, sin que pueda entenderse, como pretende interpretar el órgano electoral mediante el Instructivo cuya nulidad ha sido solicitada, que el espíritu de esa norma está orientada a considerar que el llenado de los datos de diferentes ciudadanos en la planilla -que no la firma y la huella dactilar- por una misma persona equivale a que tal solicitud ha sido suscrita varias veces por esa persona, y proceder, entonces, a encuadrarlas dentro del supuesto de invalidez previsto en el numeral 5 del artículo 29 tantas veces referido, y, en consecuencia, calificarlas de “firmas bajo observación” por el solo hecho de haber sido llenados los datos por una misma persona, aunque la firma y la huella dactilar hayan sido estampadas por los ciudadanos a quienes realmente tales datos corresponden, lo cual no sólo resulta absurdo sino totalmente contrario a lo que la norma interpretada quiso sancionar con la invalidez y que, como se dijo, se contrae a la realización de varias solicitudes efectuadas por un mismo ciudadano o ciudadana para convocar a un mismo referendo revocatorio de mandato de cargo de elección popular...

Esta Sala, en virtud de todas las anteriores consideraciones, observa que la equiparación que el Consejo Nacional Electoral hace en el “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” entre firma y huella, por una parte, y los datos, por la otra, para imponerle a estos últimos las condiciones exigidas en el numeral 5 del artículo 29, con el fin de aplicar a las solicitudes que se encuentren en el supuesto de hecho contenido en el criterio establecido en el Instructivo que se analiza (datos escritos con caligrafía similar) las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de la mencionada norma (su invalidación por no considerarse fidedignas) produce efectos jurídicos no perseguidas por dicha norma, lo que implica, de suyo, su total contrariedad con el espíritu que la inspira y que busca la autenticidad de la manifestación de voluntad expresada por el ciudadano o ciudadana que la suscribe, lo que hace a dicho instrumento ilegal por su contrariedad a la disposición que le sirve de base, y que, por tanto, determina su nulidad. Así se declara”.

La Sala, además, precisó sobre el carácter personalísimo de la solicitud de referendo revocatorio, que tal carácter “sólo es capaz de

proporcionarle la firma y la huella dactilar que son, justamente, los elementos previstos en la normativa aplicable para imprimirle a los datos tal carácter”.

De todo lo anterior, la Sala concluyó señalando respecto del Instructivo que el mismo había impuesto

“A los ciudadanos, cuyas solicitudes se encuentran en ese supuesto de hecho, una carga no prevista por la norma, al colocarlas “bajo observación”, justificándola en su imposibilidad o incapacidad para verificar los requisitos impuestos en dicha normativa (firma y huella dactilar) creando, mediante un criterio interpretativo contenido en un acto interno, condiciones de validez no establecidas en la norma interpretada y que, como se dijo antes, traen consigo consecuencias jurídicas contrarias a su espíritu, y que indirectamente inciden en la esfera jurídica subjetiva de los solicitantes del Referéndum Revocatorio del mandato de Presidente de la República, lo cual conduce a este sentenciador a declarar la nulidad por ilegalidad del “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona”, y así se decide”.

En cuanto a la Resolución, la Sala Electoral consideró que al haberse dictado parcialmente “con fundamento en el criterio de interpretación impartido al Comité Técnico Superior mediante el referido Instructivo, tal motivación resulta suficiente para declarar la consecuente nulidad de dicha Resolución. Así se decide”.

La Sala, por último, se refirió a la decisión que contenía la Resolución anulada, de invalidar 39.060 planillas no recogidas en Actas de Cierre, considerándola lesiva de los derechos de los recurrentes, pues los vicios que se les imputaban eran “vicios que si bien las hacen nulas conforme a dicha norma, constituyen causales de invalidación no imputables a los firmantes contenidos en tales planillas, pues consisten en errores o vicios atribuibles a los funcionarios designados por el Consejo Nacional Electoral”; concluyéndola Sala que:

“En virtud de ello, y no resultando posible ni admisible en derecho que las consecuencias que se deriven de errores de la administración le sean imputadas a los particulares, esta Sala considera necesario restituir los derechos vulnerados mediante tal decisión, ordenando al Consejo Nacional Electoral la aplicación, a tales planillas, de lo dispuesto en el artículo 31 de las Normas para regular los Procesos de Referendos Re-

vocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, por considerar que las mismas encuadran en el supuesto de hecho previsto en el primer aparte de dicho artículo, por tanto, el máximo órgano electoral deberá aplicar a las mencionadas planillas la consecuencia jurídica prevista en la norma referida que establece la posibilidad de someter al procedimiento de reparo las solicitudes contenidas en las 39.060 planillas relacionadas en el literal C de la mencionada resolución, a fin de que tales ciudadanos puedan ratificar su voluntad de solicitar la convocatoria de un referendo revocatorio presidencial. Así se decide”.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, la Sala Electoral, en su sentencia, concluyó declarando con lugar el recurso contencioso electoral que habían interpuesto conjuntamente con acción de amparo cautelar, los ciudadanos Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo; Ramón José Medina y Gerardo Blyde, anulando, en consecuencia, el “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” y la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, dictada por el Consejo Nacional Electoral.

En virtud de ello, la Sala Electoral ordenó al Consejo Nacional Electoral, *primero*, validar las firmas colocadas “bajo observación” relacionadas en el literal “h” del Primer Resuelve de la Resolución anulada, y que alcanzaba el número de 876.017, “dentro del lapso de cinco (5) días continuos siguientes a la notificación de la presente decisión”; *segundo*, aplicar a tales solicitudes el procedimiento de reparo conforme a lo establecido en el segundo aparte del artículo 31 de las Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorios de mandatos de cargos de elección popular, “a los fines de que los ciudadanos que manifiesten no haber firmado soliciten su exclusión, dentro del lapso de cinco (5) días continuos siguientes a la notificación de la presente decisión”; *tercero*, incluir en el proceso de reparo a ser convocado, a los electores firmantes contenidos en las 39.060 planillas que habían sido invalidadas por dicho órgano electoral, con fundamento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular, conforme lo dispone el primer aparte del artículo 31 de las Normas para regular

los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular, “dentro del lapso de cinco (5) días continuos siguientes a la notificación de la presente decisión”; *cuarto*, procediera a efectuar el procedimiento de reparo en el lapso establecido en el artículo 31 de las citadas Normas “y luego de realizado éste procedimiento, y de existir al menos el veinte por ciento (20%) de solicitudes válidas, proceda a convocar el referéndum revocatorio a que se refiere el presente fallo, en el lapso establecido en el artículo 33 de dichas Normas”.

Finalmente, la Sala Electoral, en virtud de la decisión que había anunciado la Sala Constitucional el 31 de marzo de 2004, planteó “ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42, numeral 21 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el conflicto de competencia entre esta Sala Electoral Accidental y la Sala Constitucional Accidental”. Como hemos dicho, esa norma atribuye competencias a las Salas de Casación Civil y Penal para dirimir conflictos entre tribunales de sus jurisdicciones, pero no a la Sala Plena.

La sentencia n° 37 de la Sala Electoral, como se dijo, se publicó a las 9:45 a.m. del día 12 de abril de 2004. Ese mismo día, como se ha analizado anteriormente, la Sala Constitucional mediante sentencia n° 566 (publicada irregularmente sin el Voto Salvado del Magistrado Rondón Haaz)³¹² resolvería avocarse al conocimiento de la causa.

Pero cabía preguntarse: ¿Cuál causa? ¿Una donde ya existía sentencia definitivamente firme como la antes comentada de la Sala Electoral? La Sala Constitucional, por ello, también decidiría en su sentencia de avocamiento, que “Se declara **NULA** cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por la Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes, comunicada según oficio n° 04-0570 de esta Sala”. La Sala Constitucional, además, en su sentencia de avocamiento reiteraría “lo ya anulado según sentencia de esta Sala n° 442 del 23 de marzo de 2004”, es decir, la nulidad de la sentencia de la Sala Electoral dictada al decidir la medida cautelar de amparo en la misma causa; decisión que, por lo demás, se podía considerar que había ce-

312 V. el reportaje de Juan Francisco Alonso en *El Universal*, Caracas 15-04-2004.

sado en sus efectos ese mismo día, al haber la Sala Electoral dictado la sentencia definitiva en la causa.

Lo cierto, en todo caso, es que, por una parte, el Consejo Nacional Electoral había continuado el proceso de elaboración del reglamento destinado a regular los procedimientos de “reparos” de las firmas o solicitudes del referendo revocatorio, cuyo texto había venido discutiendo con los diversos “actores” de los diversos procedimientos de referendos revocatorios, tanto del oficialismo como de la oposición³¹³, a pesar de la anulación judicial por la Sala Electoral de los actos del Consejo Nacional Electoral que exigían los reparos de las firmas rechazadas en el referendo revocatorio presidencial³¹⁴; y por la otra, para el día 15 de abril de 2004, ya se anunciaba en la prensa que la Sala Constitucional anularía la sentencia definitiva de la Sala Electoral³¹⁵ con motivo de decidir sobre las solicitudes de “aclaratoria” de la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004, que habían sido formuladas por el Consejo Nacional Electoral y el denominado Comando Ayacucho. El viernes 16 de abril de 2004, desde la Secretaría de la Sala Constitucional se informaría a la prensa que “la invalidación había sido acordada” y uno de los conjueces “había confirmado el anuncio a los representantes de los medios de comunicación”³¹⁶; y el martes

313 En la prensa del día 20-04-2004, el Presidente de la Junta Electoral Nacional, Jorge Rodríguez anunciaba que el proceso de consultas había concluido y que el Reglamento sería aprobado ese día. V. *El Universal*, Caracas 20-04-2004.

314 Por ello, con razón, Hermán Escarrá advertía sobre la incongruencia que resultaba que se estuviese discutiendo y negociando sobre los reparos cuando había una sentencia definitiva que había anulado los actos del Consejo Nacional Electoral. Esto, dijo, “nos puede colocar a nosotros en contumacia frente a una sentencia que ha ordenado que las más de 800 mil firmas sean sumadas aritméticamente, cuya consecuencia inmediata no es otra que la convocatoria del referendo revocatorio presidencial”. V. en *El Universal*, Caracas 16-04-2004.

315 En el reportaje de Juan Francisco Alonso, se indicaba que “La invalidación se producirá bajo el argumento de que la instancia que interpreta la Carta Magna es la única competente para conocer los casos relacionados con los referendos, debido a la ausencia de un instrumento legal que los regule y que los magistrados Alberto Martini, Rafael Hernández y Orlando Gravina (suplente de Luis Martínez) desataron a la Constitucional cuando se pronunciaron sobre la validez de las llamadas rúbricas asistidas, aun cuando se lo habían prohibido”, *El Universal*, Caracas 15-04-2004

316 Sin embargo, como lo reseñó el periodista Juan Francisco Alonso: “Pero a las 2:30 p.m. De La Hoz corrigió la versión: “Cuenta con la aprobación de cuatro magistrados, pero no ha sido aprobada”. Aseguró que todo se debió “a una confusión” y ofreció disculpas a los periodistas... Por su parte, el juez Vadell afirmó que el fallo había contado con su respaldo y con el de los magistrados Rincón y Cabrera. Del mismo modo aseguró que el magis-

20, diputados de la oposición solicitarían a la Sala Electoral procediera a la ejecución forzosa de su sentencia³¹⁷.

El dilema que se plantaba en esa situación y en ese momento era diabólico para la oposición: si hubiera aceptado ir al procedimiento de reparos de solicitudes del referendo presidencial, conforme al Reglamento que aprobara el Consejo Nacional Electoral, ello hubiera podido significar no sólo el desconocimiento por la propia oposición de la sentencia de la Sala Electoral que había anulado tal exigencia de ir a reparos de firmas o solicitudes, en cuyo caso, la Sala Constitucional no tendría apremio alguno en hacer efectiva la anunciada anulación de dicha sentencia, sino la aceptación de la confiscación que se había producido del derecho ciudadano a solicitar la realización de un referendo revocatorio presidencial. Si la oposición, en cambio, se negaba a ir al procedimiento de reparos de solicitudes, alegando que la sentencia de la Sala Electoral surtía plenos efectos ya que no había sido anulada por la Sala Constitucional, entonces la propia oposición hubiera sido la que habría renunciando a ejercer tales derechos de reparos en la “oportunidad” que fijare el Reglamento. Una vez que ello ocurriera, quedaba siempre la posibilidad de que la Sala Constitucional anularía con efectos *ex tunc* la sentencia de la Sala Electoral, con lo que confirmaría que las decisiones del Consejo Nacional Electoral nunca habrían perdido vigencia, y habiendo la oposición entonces renunciado a ejercer los reparos, el referendo revocatorio presencial no se llegaría a realizar.

trado Pedro Rondón Haaz había participado en la reunión y que había salvado su voto”. V. en *El Universal*, Caracas 17-04-2004.

317 El Diputado Gerardo Blyde informaría que: “una vez vencido el plazo de cinco días -que la propia decisión establecía como lapso para cumplir con el dictamen-, el TSJ debe emplazar al ente comicial a decir cuáles han sido sus gestiones para acatar la medida.

“Una vez que sea recibido el informe o si no es recibido en el CNE, entonces solicitaremos la ejecución forzosa y los siguientes pasos que, en este proceso de ejecución de sentencia, vamos a continuar ante la Sala Electoral”, dijo el dirigente de la tolda amarilla.

El diputado también solicitó formalmente ante la Sala Constitucional que -hasta no decidirse el conflicto de competencias planteado ante la Sala Plena- se abstenga de producir nuevas decisiones respecto al avocamiento del caso de las firmas.

Tras una visita a la secretaría de la Sala Plena, Blyde pudo confirmar que el caso del conflicto de competencias está siendo enviado del Juzgado de Sustanciación a la cuenta de la Sala para nombrar ponentes, de modo que ya se estaría aproximando una decisión al respecto”. V. en *El Universal.com*, Caracas, 20-04-2004.

El dilema, sin embargo, no llegaría a plantearse efectivamente en esos términos, y sería simplificado por la Sala Constitucional el 23 de abril de 2004, mediante la sentencia n° 628 dictada con ocasión de decidir las solicitudes de aclaratoria que se le habían formulado respecto de la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004 mediante la cual se había avocado al conocimiento de la causa; con la cual volvió a secuestrar a la Sala Electoral, negándole sus competencias y declarando nulas de nulidad absoluta sus decisiones, y negando, además, de antemano, las posibles competencias de la Sala Plena del mismo Tribunal Supremo.

2. *La anulación extrapetita de la sentencia definitiva de la Sala Electoral por la Sala Constitucional*

En la sentencia n° 628 de 23 de abril de 2004, en efecto, la Sala Constitucional Accidental resolvió (declarándolas improcedentes) las solicitudes de aclaratoria de la sentencia n° 566 de “31 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril de 2004”, en la cual se había declarado procedente el avocamiento solicitado por el ciudadano Ismael García, en su carácter de representante del Comando Nacional de Campaña Ayacucho”; y que le había sido solicitada tanto el apoderado del Consejo Nacional Electoral como el mismo solicitante inicial, Ismael García; señalando lo siguiente:

En primer lugar, que no existían:

“[...] dudas acerca de la actuación irregular de la Sala Electoral Accidental, a partir del 11 de marzo de 2004, fecha en la cual esta Sala hizo el requerimiento de todos los expedientes antes indicados; de modo que, tal y como se expresó en la motiva del fallo objeto de la presente aclaratoria, se produjo un desorden procesal y una serie de infracciones constitucionales que conllevaron a que “...Se declara(ra) nula cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por la Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes, comunicada según oficio n° 04-0570 de esta Sala. Además, de lo ya anulado según sentencia de esta Sala n° 442 del 23 de marzo de 2004”, y por ende es **nula** de nulidad absoluta y por lo tanto **carente de efectos jurídicos** la sentencia n° 37 dictada por la Sala Electoral Accidental el 12 de abril de 2004. Así se decide”.

En segundo lugar, en relación con las decisiones que debía acatar el Consejo Nacional Electoral que la Sala Constitucional, en su sentencia, había dicho que en materia referendaria eran sólo las dictadas por dicha Sala Constitucional, esta ratificó el criterio de que *“la materia referendaria atiende a una Ley especial que no se ha dictado, motivo por el cual lo que a ella se refiere es ejecución directa del artículo 72 constitucional”*, siendo dicha materia de su competencia exclusiva, aclarando que:

“[...] la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (publicada en Gaceta Oficial n° 5.223 Extraordinario del 28 de mayo de 1998) que es pre-constitucional, si bien contiene un conjunto de normas que se refieren a “referendos”, las mismas como se desprende de su texto (véase, Título VI “De los Referendos”) no se compadecen con los referendos contemplados en la Constitución de 1999 (v. artículos 181 y 185 de la Ley citada), y por tanto no tiene aplicación dicha Ley en los procesos referendarios actuales.

Ahora bien, sin negar la competencia que esta Sala Constitucional ha reconocido a la Sala Electoral en la materia propia que le asigna la Constitución, no pueden confundirse las normas sobre elecciones (sean éstas o no populares), de las normas que regulan los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular, las cuales no han sido consagradas aún expresamente en una ley. Por ello, independientemente de la jurisdicción contencioso electoral que ejerce como antes se apuntó la Sala Electoral a través del conocimiento de determinadas acciones, lo relativo a la materia referendaria en cuanto a los actos del ente electoral destinados al desarrollo concreto del derecho a referendo, por ser, actualmente, ejecución directa e inmediata del Texto Constitucional compete única y exclusivamente a esta Sala Constitucional”.

En tercer lugar, en relación con el “carácter vinculante” que la Sala Constitucional había atribuido a lo resuelto en su sentencia n° 566 conforme al artículo 335 de la Constitución, la Sala señaló que:

“Las interpretaciones que efectúe esta Sala Constitucional son vinculantes para los tribunales de la República y para las otras Salas que conforman este Alto Tribunal (esto es, Sala Político-Administrativa, Sala Electoral, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Penal, Sala de Casación Social y Sala Plena inclusive, pues la norma en referencia no la ex-

cluye y más bien a ella hace referencia el artículo 262 constitucional cuando se refiere al funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia)".

De ello, la Sala señaló que "cualquier decisión que contraríe lo sostenido en tal doctrina es inconstitucional y por ende objeto de revisión por parte de esta Sala", por lo cual:

"Al haberse declarado procedente el avocamiento solicitado por el ciudadano ISMAEL GARCÍA, no existe la incertidumbre planteada, ya que lo ordenado por esta Sala Constitucional en la sentencia objeto de la presente aclaratoria no puede ser alterado, mucho menos considerando un supuesto conflicto de competencia ante la Sala Plena de este Alto Tribunal en una sentencia nula de nulidad absoluta como lo es la n° 37 de la Sala Electoral Accidental del 12 de abril de 2004 (véase punto n° 7 del dispositivo), pues reiterando lo antes dicho, la doctrina contenida en la sentencia n° 566 aprobada por esta Sala el 31 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril de 2004 tiene carácter vinculante y por tanto debe ser acatada por las demás Salas de este Tribunal y por los demás tribunales de la República. Así se decide".

Después de haber "decidido" sobre todas las cuestiones antes indicadas, sin embargo, la Sala Constitucional concluyó señalando que no tenía nada que aclarar, ya que supuestamente no existían puntos dudosos u oscuros en la sentencia n° 566 del 12 de abril de 2004, razón por la cual declaró improcedentes las aclaratorias solicitadas.

En esta forma, la Sala Constitucional, con la excusa de declarar improcedentes las aclaratorias que se le solicitaron respecto de la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004, no sólo cambió la fecha de dicha sentencia al señalar que no era del 12 de abril de 2004 sino del "31 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril de 2004", sino que decidió sobre una materia que no se le había solicitado declarando que la sentencia de la Sala Electoral n° 38 de esa misma fecha de 12 de abril de 2004, era una "sentencia nula de nulidad absoluta"; y además, de paso, habría sentado el criterio de que las sentencias de la Sala Plena también serían revisables por la Sala Constitucional si se apartaban de sus "interpretaciones vinculantes", lo cual sería un disparate, pues los Magistrados de la Sala Constitucional son también miembros de la Sala Plena.

El Magistrado Rondón Haaz salvó su voto en relación con dicha decisión, en cuyo texto materialmente transcribió su Voto salvado a la

sentencia n° 566 de la Sala Constitucional que antes se ha comentado y que no había sido publicado con la misma, agregando sin embargo, que:

“Por otra parte, no consta que la sentencia n° 566, que, en todo caso, es la que pudo sustraer a la Sala Electoral el conocimiento de la causa, haya sido notificada a dicha Sala antes de que dictara la sentencia n° 37. Si, como lo apuntó la Sala Constitucional en la decisión n° 566 (CONSIDERACIONES PARA DECIDIR, punto 3.-), la remisión del expediente no era necesaria para la decisión sobre el avocamiento, ningún sentido tenía ordenar la paralización de una causa (mediante decisión inexistente por carecer de las firmas de dos Magistrados, como se razonará *infra*), cuyo conocimiento no había asumido todavía la Sala Constitucional”.

Además, el Magistrado disidente advirtió con razón, que la “sentencia aclaratoria, a pesar de que declara la improcedencia de las solicitudes de aclaración, innovó respecto del fallo a que se refiere, en violación del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil”, señalando entre otros aspectos, lo siguiente:

“Es incomprensible que se desestimen las solicitudes de “aclaratorias” que fueron examinadas, y, a la vez, la Sala Constitucional declare la nulidad de la sentencia n° 37 de la Sala Electoral, que fue pronunciada después del fallo n° 566 de aquélla, a pesar de que la nulidad “declarada” se refirió, con absoluta indeterminación, a cualquier decisión que “se haya tomado por la Sala Electoral Accidental...”, es decir, incluso las que ya habían sido pronunciadas el 12 de abril de 2004, cuando se dictó el pronunciamiento n° 566. Ni siquiera mediante una solicitud de ampliación era procedente la nulidad de la sentencia n° 37 de la Sala Electoral, porque no formó parte del *thema decidendum* respecto de la petición de avocamiento y, por ende, del dispositivo del fallo n° 566 de la Sala Constitucional”.

En esta forma, la posibilidad de realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, conforme a las solicitudes que se habían formulado ante el Consejo nacional Electoral, quedaba sometida a lo que había resuelto el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución n° 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004, antes comentada, complementada con las *Normas que tienen por objeto regular la fase de reparo* aprobadas el 20 de abril de 2004, que también hemos comentado. Con ello, el referido

procedimiento de “reparo” se había convertido en un “tercer firmazo” con menos posibilidades y con menos días, sometiéndose a los ciudadanos a intensas presiones políticas y gubernamentales, pues en definitiva, lo que constitucionalmente era el simple ejercicio de un derecho ciudadano de petionar, a los ojos y oídos del poder político y del Gobierno se había convertido en una afrenta contra el Presidente de la República y contra todos los órganos del Estado, dispuestos a vengarla contra más de tres millones de venezolanos, que quedaban marginados de toda posible relación con el Estado, incluso para el ejercicio de sus más elementales derechos.

Quedaba sin embargo abierta la remota posibilidad de que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia -dentro del interminable y nefasto régimen de transitoriedad constitucional a que nos ha sometido el mismo- pudiera llegar a “resolver” el “conflicto de funcionamiento” que le había planteado la Sala Electoral en relación con la Sala Constitucional³¹⁸. Pero fuera cual fuera el resultado de ello, lo que había quedado claro durante los años de vigencia de la Constitución, había sido su constante violación, el desdibujamiento de la *penta división* del Poder Público, y cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en lugar de ser garante último de la supremacía de la Constitución había sido el instrumento para el secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y para la confiscación del derecho ciudadano a la participación política.

318 V. la información sobre la posible reunión de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia anunciada para el día 28-04-2004, y sobre los eventuales problemas por que pudiera una decisión en la materia, dada la “correlación de fuerzas” que existía (oficialismo y oposición) entre los Magistrados que la componen., en el reportaje de Juan Francisco Alonso, en *El Universal*, Caracas, 27-04-2004.

CUARTA PARTE
EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS.
LOS DERECHOS CIUDADANOS

§9. *El Juez Constitucional vs. el derecho al sufragio mediante la representación proporcional*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 74 (Caso: *Acción Democrática vs. Consejo Nacional Electoral y demás autoridades electorales*) de 25 de enero de 2006³¹⁹, ha dado un duro golpe al derecho al sufragio, permitiendo la burla del principio constitucional de la representación proporcional en la elección de los cuerpos representativos o deliberantes, violando en esa forma el texto Constitucional al abstenerse de impartir la justicia constitucional que le fue requerida y de controlar las actuaciones del Consejo Nacional Electoral.

La Constitución de 1999, en efecto, en materia electoral garantizó el derecho al sufragio de los cuerpos representativos, combinando el sistema de elección mayoritario con el sistema de representación proporcional, el cual ya había sido legalmente establecido desde la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1989³²⁰, y ratificado en el Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Constituyente el 30 de enero de 2000³²¹.

A tal efecto, la Constitución en el artículo 63 regula al sufragio como un derecho constitucional que debe ejercerse “mediante votaciones libres, universales, directas y secretas” exige que la ley garantice “el principio de la *personalización del sufragio y la representación proporcional*”; y en el artículo 293 destinado a regular las competen-

319 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 122-144.

320 G.O. Extra. N° 5.233 de 28-05-1998.

321 G.O. N° 36.884 de 03-02-2000.

cias de los órganos del Poder Electoral dispuso que 293 los mismos deben garantizar “la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la *personalización del sufragio y la representación proporcional*”. Por último, el artículo 186 que regula específicamente la integración de la Asamblea Nacional, exige que los diputados sean elegidos en cada entidad federal “por votación universal, directa, *personalizada* y secreta con *representación proporcional*, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país”.

En esta forma, se dispuso constitucionalmente un sistema electoral mixto para la elección de los órganos representativos (Asamblea Nacional, Consejos legislativos estatales, Concejos Municipales, Juntas parroquiales) que combina la elección por mayoría y la elección por representación proporcional, lo que implica la necesidad de que un porcentaje de los representantes electos se elijan en circunscripciones uninominales y otro porcentaje en circunscripciones plurinominales, por listas cerradas y bloqueadas. En la Ley Orgánica se dispuso, para los disputados, unos porcentajes del 50 % en cada caso; y para la elección de los concejales, un porcentaje del 66% para los cargos nominales y del 34% para los cargos electos de acuerdo a la aplicación del principio de la representación proporcional (art. 12). En el Estatuto Electoral de 2000 se dispuso que el 60% de todos los representantes populares debían ser elegidos en circunscripciones uninominales, según el principio de la personalización; y el 40 % de debía elegir por lista, según el principio de la representación proporcional (art. 15).

Es decir, la personalización del sufragio, impone la necesidad de elección de una parte de los representantes mediante escrutinio mayoritario en circunscripciones uninominales en las cuales se vota por una persona; y la representación proporcional, impone la necesidad de elección de otra parte de los representantes mediante escrutinio proporcional en circunscripciones plurinominales en las cuales se vota por una lista errada y bloqueada de personas.

Este sistema electoral que se aplica para la elección de los cuerpos representativos o deliberantes, lo define el artículo 7 de la Ley Orgánica de Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política como un “sistema nominal, con representación proporcional” (art. 7) o un sistema “proporcional personalizado” (art. 12), y el artículo 15 del Esta-

tuto Electoral del Poder Público como “un sistema de personalización y de representación proporcional”; y que conforme a los artículos 12 y siguientes de la Ley y artículo 15 y siguientes del Estatuto, se aplica de manera tal que no prevalezca uno de los sistemas electorales combinados (mayoritario o representación proporcional) sobre el otro, de manera que la adjudicación final de puestos se corresponda con la proporcionalidad de votos obtenidos. Toda distorsión en la aplicación del sistema que conduzca a la prevalencia de la uninominalidad sobre la proporcionalidad sería inconstitucional.

Para garantizar la combinación y aplicación de ambos sistemas, el procedimiento de adjudicación de puestos comienza mediante la adjudicación de los puestos electos por representación proporcional en las circunscripciones plurinominales, para posteriormente sustraer de los puestos adjudicados en esa forma a los partidos, los que obtengan por mayoría de votos en las circunscripciones uninominales y, en esa forma, poder mantener el grado requerido de proporcionalidad entre los votos obtenidos y los puestos adjudicados.

A tal efecto, por ejemplo, conforme a la Ley Orgánica (arts. 12 y ss.) y al Estatuto Electoral (arts. 15 y ss), para la elección de diputados se debe proceder de la siguiente forma:

“1. La elección de los cargos nominales se hace en circunscripciones uninominales, conformadas por un municipio o agrupación de municipios contiguos conforme a un índice poblacional. Los ciudadanos o asociaciones políticas deben postular tantos candidatos como cargos a elegir nominalmente en la circunscripción respectiva y un suplente por cada uno de ellos

3. La elección de los cargos por lista se hace en la circunscripción electoral según el principio de la representación proporcional, los ciudadanos o las asociaciones políticas pueden presentar una lista que contenga hasta el doble de los puestos a elegir por esta vía.

5. El elector tiene derecho a votar por tantos candidatos como cargos nominales corresponda elegir en la circunscripción uninominales y, además, por una de las listas postuladas; es decir, en el proceso de votación, cada elector tendrá un voto lista y el o los votos nominales que correspondan

6. Resultarán electos nominalmente los candidatos más votados en la circunscripción.

7. Con los votos lista se determina el número de puestos que corresponda a cada agrupación de ciudadanos o asociación política según el clásico procedimiento de la representación proporcional mediante la adjudicación por cociente que desarrolla el artículo 17 de la Ley Orgánica y en el artículo 19 del Estatuto Electoral, así:

a. Se debe anotar el total de votos válidos obtenidos por cada lista y cada uno de los totales se debe dividir entre uno, dos, tres y así sucesivamente hasta obtener para cada uno de ellos tantos cocientes como cargos haya que elegir en la circunscripción electoral.

b. Se deben anotar los cocientes así obtenidos para cada lista en columnas separadas y en orden decreciente, encabezadas por el total de votos de cada uno, o sea, el cociente de la división entre uno.

c. Se debe formar luego una columna final, colocando en ella en primer término el más elevado entre todos los cocientes de las diversas listas y a continuación en orden decreciente los que le sigan en magnitud cualquiera que sea la lista a la que pertenezcan, hasta que hubieren en la columna tantos cocientes como cargos deban ser elegidos. Al lado de cada cociente se indicará la lista a que corresponde, quedando así determinado el número de puestos obtenidos por cada lista.

8. Para la adjudicación de los cargos se debe seguir el procedimiento siguiente:

a. Una vez definido el número de representantes que corresponde a cada agrupación de ciudadanos o asociación política en la entidad respectiva, conforme al procedimiento antes indicado, los puestos de candidatos nominales se adjudicarán a quienes hayan obtenido la primera o primeras mayorías en la respectiva circunscripción electoral, de conformidad con los votos obtenidos por cada una de ellas.

b. A continuación se debe sumar el número de diputados nominales obtenido por cada agrupación de ciudadanos o asociación política, si esta cifra es menor al número de diputados que le correspondan a esa agrupación de ciudadanos o asociación política, según el primer cálculo efectuado con base al sistema de representación proporcional en la adjudicación por cociente, se debe completar con la lista de esa agrupación de ciudadanos o asociación política en el orden de postulación hasta la respectiva concurrencia.

c. Si un candidato nominal es electo por esa vía y está simultáneamente ubicado en un puesto asignado a la lista de su agrupación

de ciudadanos o asociación política, la misma se correrá hasta la posición inmediatamente siguiente.

d. Si una asociación política no tiene en su votación nominal ningún cargo y por la vía de la representación proporcional obtiene uno o más cargos, los cubrirá con los candidatos de su lista en orden de postulación.

e. Cuando una agrupación de ciudadanos o asociación política obtenga un número de candidatos electos nominalmente, mayor al que le corresponda según la representación proporcional, se deben considerar electos y a fin de mantener el número de representantes establecido en la Constitución o la ley, se debe eliminar el último o últimos cocientes antes señalados.

f. Cuando un candidato sea elegido nominalmente en una circunscripción electoral y la asociación con fines políticos que lo propone no haya obtenido ningún cargo por la vía de la proporcionalidad en la adjudicación por cociente, queda elegido”.

Todo este complejo procedimiento electoral tiene por objeto preservar los dos elementos esenciales del sistema: la elección por mayoría de la mitad de los diputados a la Asamblea Nacional, electos en circunscripciones electorales uninominales; y la elección por representación proporcional de la otra mitad de los diputados electos en circunscripciones plurinominales por listas cerradas y bloqueadas; de manera tal que si se elimine la elección mayoritaria ni se elimine la proporcionalidad requerida constitucionalmente.

El sistema opera, por supuesto, en relación con los candidatos de un mismo partido postulados para la elección mayoritaria en los circuitos uninominales y para la elección por lista en las circunscripciones plurinominales. Por tanto, si un partido sólo postula para elecciones uninominales o solo postula para las elecciones en las circunscripciones por lista, no habría deducción alguna que hacer.

Una forma de burlar la Constitución y la Ley y eliminar la proporcionalidad es, por tanto, que unos partidos se pongan de acuerdo electoralmente, de manera que conforme al mismo objetivo electoral, unos presenten candidatos solo en las circunscripciones uninominales y otros solo en las circunscripciones plurinominales, de manera que no se tengan que producir las sustracciones mencionadas. Esa práctica política que se desarrolló en Venezuela en 2005, y que se de-

nominó el método de “las morochas”, consistió en un sistema de postulación de candidatos a cuerpos deliberantes, donde una pluralidad de partidos o grupos políticos actuaron postulando candidatos por lista y candidatos nominales; pero con la característica de que los partidos agrupados participaron postulando en sus listas, pero no lo hicieron en los circuitos uninominales, de manera que los candidatos electos en estos, no se le dedujeron a los electos en las listas, atribuyéndose al grupo o partido político más representantes que los que le debían corresponder mediante el método del cociente.

Dicho mecanismo, que distorsionó fraudulentamente el principio de la representación proporcional, sin embargo, consideró la Sala Constitucional, “luego de un profundo análisis”, que no se encontraba prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico”, considerando, por tanto, que no se trataba “de una materia regida por el principio de legalidad, bajo el cual tendría que exigirse a los ciudadanos y a los partidos políticos, una actuación expresamente autorizada por la ley”. La conclusión de la Sala fue tan simple que dedujo que:

[...] “al no estar prohibida la aplicación del sistema aludido, el mismo encuadra dentro del orden jurídico; y aun cuando pudiese afirmarse que no toda conducta permitida resulta *per se* ajustada a la Constitución, en el presente caso, tampoco encuentra la Sala afectación alguna al principio de representación proporcional, habida cuenta que el mecanismo de postulación adoptado y bajo el cual se inscribieron los candidatos a diputados para las elecciones del mes de diciembre de 2005 (incluso los del partido político accionante), no proscribire, rechaza, ni niega la representación proporcional”.

La Sala Constitucional, además, para abstenerse de ejercer su jurisdicción constitucional al conocer de una acción de amparo como la que había sido ejercida contra el Consejo Nacional Electoral por violación del derecho constitucional al sufragio, además, argumentó que supuestamente “el desarrollo de las garantías de la personalización del sufragio y la representación proporcional”, debía hacerse, “a través de la reserva legal” y que “la intangibilidad de la técnica de la reserva legal *limita la actuación del Poder Judicial en esta materia*, en acatamiento del principio de la división del poder y la distribución de funciones”; agregando, además, que teniendo el Poder Electoral a su cargo garantizar el derecho al sufragio en la forma prevista en la

Constitución, la Sala declaró que no podía “inmiscuirse en el ámbito de competencias de los órganos del Poder Público Nacional, determinado mediante la reserva legal”. Concluyó la Sala con la afirmación reiterativa de que:

“La cuestión del método matemático para la adjudicación de escaños o curules corresponden fundamentalmente a la competencia exclusiva del Poder Electoral y la regulación de la garantía de la personalización del sufragio y el sistema proporcional corresponden a la Asamblea Nacional, en cuanto técnica de la reserva legal a que alude la propia Constitución en su artículo 63”.

Es decir, pura y simplemente, por conveniencia política, la Sala Constitucional con graves errores jurídicos por ejemplo al referirse a la “reserva legal”, incurrió en denegación de justicia supuestamente porque no tenía competencia para controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado, particularmente los del Consejo Nacional Electoral, lo que no es otra cosa que la negación misma de la justicia constitucional y de los poderes de la Jurisdicción Constitucional.

Con esta sentencia, la Sala Constitucional, sin duda, violó el derecho constitucional a la representación proporcional en las elecciones de cuerpos representativos o deliberantes, pues como lo afirmó el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien salvó su voto respecto de esa decisión, al contrario de lo afirmado en la misma,

[...] “el mecanismo electoral que se denunció en este proceso, y que coloquialmente se conoce como “las morochas”, **sí es contrario al principio de representación proporcional, sí es contrario al derecho al sufragio y sí es contrario al derecho a la participación en los asuntos públicos** (énfasis añadido)”.

La más contundente crítica a la sentencia de la Sala Constitucional está contenida en este Voto Salvado del magistrado Rondón Haaz, por lo que para entender el alcance y significado de la misma, basta con seguir el razonamiento de dicho Voto Salvado, lo que haremos a continuación para este comentario jurisprudencial.

Ante todo, observó el Magistrado Rondón ante la manifiesta voluntad de la Sala de abstenerse de juzgar en este caso, que precisamente, “el ejercicio mismo de la jurisdicción constitucional implica

que la Sala controle el cumplimiento, por parte de los demás órganos del Poder Público, de sus competencias en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin que ello signifique -si se ejerce en sus justos términos- “inmiscuirse en el ámbito de sus competencias”, destacando incluso los casos en los cuales la Sala ha actuado como “un verdadero legislador -en sentido material- en ejercicio de la que la propia Sala asumió como “jurisdicción normativa” y que consiste en que *mientras no se dictan las leyes que desarrollan un determinado precepto constitucional la Sala regulará normativa y provisionalmente la materia de que se trate, para dar vigencia inmediata a la norma fundamental*”³²². En el caso, concluyó el Magistrado Rondón, que aún si la pretensión procesal hubiera perseguido que la Sala subsanara la ausencia de regulación legal, como correctivo para el correcto y cabal ejercicio de derechos fundamentales,

[...] “aquella habría podido ejercer esa “jurisdicción normativa” sin que ello, según su propia jurisprudencia, implicara invasión al ámbito de competencias propias de otros Poderes Públicos, en violación a los principios de reserva legal o separación de poderes”.

Llama por tanto la atención, la temerosa timidez de la Sala Constitucional cuando se trataba de enfrentar la inconstitucionalidad de la práctica política electoral en que habían incurrido los partidos de gobierno y el Consejo Nacional Electoral, si se la compara con el a veces excesivo y arbitrario “activismo” judicial desplegado en tantas otras ocasiones.

Ahora bien, en cuanto al tema central sometido a consideración de la Sala Constitucional, sobre el sistema electoral, que combina la personalización del voto y la representación proporcional, el Magistrado disidente precisó, con razón, que “para que se equilibren ambas

322 El Magistrado disidente citó los múltiples fallos en los cuales la Sala “ha modificado el contenido de normas jurídicas -que evidentemente son de la reserva legal- a través de “sentencias interpretativas” o en ejercicio de esa “jurisdicción normativa”, entre otras, sentencias N° 2855/20-11-2002; N° 806/24-4-00; N° 1042/31-5-2004; N° 511/5-4-2004; N° 7/1-2-2000; N° 1/20-1-2000; N° 1077/22-9-2000; N° 1571/22-8-2001; N° 93/6-2-2001; N° 656/30-6-2000; N° 1395/21-11-00; N° 1053/31-8-2000; N° 1140/5-10-2000; N° 1050/23-8-00; N° 332/14-3-2001. Asimismo, la Sala ha dictado muchas decisiones en las cuales se anulan (total o parcialmente) normas legales y se procede a establecer la nueva redacción de las mismas (Sentencias N° 80/1-2-2001; N° 1264/11-6-2002; N° 2241/24-9-2002; N° 3241/12-12-2002; N° 865/22-4-2003 y N° 1507/5-6-2003)”.

premisas, la Constitución optó por un sistema mixto de elección de órganos deliberantes, que incluye la elección uninominal o por circuitos, en aras de ese voto personalizado, y la elección por listas cerradas, en aras de la representación proporcional”, advirtiendo que la coexistencia de candidatos uninominales y por lista no es “lo único que determina el carácter mixto del sistema venezolano, ya que ello, por sí solo, no garantiza la representación proporcional”. Para esto último, es decir, para garantizar la proporcionalidad, la Ley establece precisamente que la “adjudicación última a los candidatos por lista que fueron postulados por determinada agrupación política, se realiza luego de la *deducción* o *resta* del número de candidatos que previamente se adjudicaron de manera uninominal a esa misma agrupación”

He allí, precisamente, denunció el Magistrado disidente,

[...] “donde se manifiesta la violación al principio de representación proporcional en el marco del sistema de votación que se denunció en este caso como inconstitucional –las morochas- pues como sea que en este caso no es una sino –formalmente- dos agrupaciones políticas las que postulan candidatos –una nominalmente y otra por lista- de manera conjunta o “enmorochada”, al momento de dicha adjudicación residual de escaños de la lista, luego de que se completa la adjudicación nominal, *no se verifica deducción alguna*, porque al tratarse de dos agrupaciones distintas, a la lista de la segunda agrupación se le adjudica la *totalidad* de escaños, se insiste, *sin deducción de los adjudicados nominalmente a la otra*”.

Con “este fenómeno indeseable en el marco de un sistema mixto como el venezolano”, como lo afirmó el magistrado Rondón,

[...] “se rompe, sin lugar a dudas, el equilibrio de la representación proporcional y se consigue una **representación desproporcionada**, pues el o los partidos que obtuvieron la mayoría de los votos adquieren más escaños de los que **proporcionalmente** le corresponden en atención al número de votos que obtuvieron, y los partidos que obtuvieron un porcentaje minoritario en la votación, adquieren menos escaños de los que **proporcionalmente** le corresponden en atención a ese número de sufragios que recibieron (énfasis en el original).

Por ello, consideró el Magistrado disidente que la Sala Constitucional “debió concluir que el Consejo Nacional Electoral violó el derecho al sufragio y a la participación en los asuntos públicos de todos

los electores y elegibles en la medida en que admitió el mecanismo electoral que se identifica como ‘las morochas’”, como “violación continuada, cuyo inicio se remonta a la inscripción de organizaciones políticas “casarón” cuya única finalidad es la presentación de postulaciones que desemboquen en el voto “enmorochado” con otro partido político y que continúa con la campaña electoral, que garantiza la eficacia del “método” o “estrategia electoral” hasta que se consiga esquivar la adjudicación proporcional de cargos, en inobservancia de la representación proporcional”.

En definitiva, consideró el magistrado Rondón en su Voto Salvado que la tergiversación al sistema de adjudicación según la representación proporcional que la Sala se negó a juzgar constitucionalmente,

[...] “se traduce en **un fraude a la Ley y más grave aún, en un fraude a la Constitución**, a través de un evidente **abuso de las formas jurídicas** en pro de conseguir una finalidad distinta a la que las normas constitucional y legal establecieron respecto del método de elecciones mixtas uninominal-lista y a través de un evidente **abuso de derecho** de las organizaciones con fines políticos a postular candidatos (énfasis añadido)”.

Este fraude a la Ley y a la Constitución que denunció el Magistrado disidente, y que lamentablemente avaló la Sala Constitucional, se configuró por el hecho de que:

[...] “bajo el argumento de que no está expresamente prohibido en la Ley, distintas organizaciones con fines políticos realizan postulaciones de candidatos, unas únicamente por lista y otras únicamente por circuitos nominales, que “formalmente” cumplen con los requisitos de Ley - pues “formalmente” son agrupaciones distintas- pero tras ese falso velo de legalidad se consigue la identidad absoluta de tendencias políticas que, gracias a la eficacia que aportan las campañas electorales, persiguen una votación conjunta de ambas postulaciones con la que se logra la burla de la finalidad de la Ley, que no es otra que la adjudicación **mixta** de cargos por cocientes como garantía de representación directamente proporcional”.

La intención de fraude a la Constitución en estos casos, como lo afirmó el Magistrado disidente, es clara:

“En primer lugar, cuando se crea una agrupación con fines políticos que sirve de “vehículo” con el único objeto de la postulación de algunos de los candidatos que de manera notoria **pertenecen o militan** en un partido político distinto y que, aun cuando éste también participa en el proceso electoral respectivo, no los postula...

En segundo lugar, cuando las agrupaciones políticas postulan candidaturas únicamente uninominales o bien únicamente por lista pues, si se actuara de buena fe, cada agrupación buscaría abarcar todos los espacios posibles que la Ley le permite dentro de las postulaciones, ya que es más ventajosa la participación tanto a través de elección por circuitos como a través de elección por lista, que sólo con una de ambas...

En tercer lugar, hay intención de fraude cuando ambas agrupaciones políticas realizan campaña electoral a favor del voto conjunto o “enmorochamiento”; si su actuación fuese de buena fe, aunque determinada agrupación política postulara únicamente candidatos por circuitos o bien sólo candidatos por lista, poco le importaría el voto alterno, esto es, el voto por lista o el voto por circuito respecto del cual no postuló.

En cuarto lugar, hay intención de fraude cuando esos mismos candidatos declaran públicamente que, en caso de que esta Sala dejare sin efecto las postulaciones que se realizaron de manera “enmorochada”, acudirían a la postulación por iniciativa propia, y no mediante postulación del partido o agrupación política en la que militan”.

La maniobra la advirtió, además, el profesor Dieter Nohlen, con todo el conocimiento y competencia mundialmente reconocida que tiene en la materia electoral comparada, quien señaló que:

[...] “las fuerzas vivas del país empezaron a interpretar y usar el sistema como más les convenía en la lucha por el poder. La puerta de entrada para estas maniobras fue el voto doble. Se presentaron candidatos para los escaños uninominales, llamados “morochas”, no vinculados con ninguna lista de partido, pero adictos a una misma corriente política, para doblar su fuerza parlamentaria, evitando el mecanismo de compensación proporcional. El conflicto ocurrió, cuando las fuerzas gobiernistas utilizaron el sistema de postulación “las morochas” de forma masiva en las elecciones de diciembre de 2005 con perspectivas de diezmar la oposición. Entonces, la oposición denunció la práctica como fraudulenta y su infructuoso intento de hacerla prohibir motivó su retirada de las elecciones (véase Molina 2005). Su posterior recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia tampoco re-

sultó. La Sala Constitucional del Tribunal no encontró, como se lee en la Sentencia N° 74 del 25-1-2006, “pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de postulación denominado “las morochas” y las normas superiores constitucionales”³²³.

Consideró además el profesor Nohlen, que “el efecto anticonstitucional del mecanismo de “las morochas” va mucho más lejos” pues “infringe el principio de la igualdad del sufragio, o sea, uno de los principios fundamentales de la democracia moderna”³²⁴.

En definitiva, coincidiendo con el Voto salvado del magistrado Rondón Haaz, puede decirse que es lamentable que en este caso, “la Sala Constitucional, órgano rector de la justicia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, no haya optado por la protección de los derechos fundamentales de toda la colectividad que fueron lesionados, no haya dado justa interpretación a los principios constitucionales que rigen nuestro sistema electoral ni haya encauzado debidamente la relación esencial y recíproca entre la democracia y la Ley”.

323 Véase Dieter Nohlen y Nicolas Nohlen, “El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal. La igualdad electoral en debate - con una mirada a Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, No. 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

324 *Idem*

§10. La Sala Constitucional vs. el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares o de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un “referendo ratificador”

El 15 de agosto de 2004 se efectuó en Venezuela un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, quien había sido electo en agosto de 2000 con una votación de 3.757.774 electores. En dicho referendo votaron a favor de la revocatoria de su mandato 3.989.008 electores, es decir, un número mayor que aquellos que lo eligieron, por lo que conforme al artículo 72 de la Constitución, se debía considerar revocado su mandato y se debía proceder de inmediato a realizar una elección para cubrir la falta absoluta que se había producido.

Dicho referendo revocatorio del mandato presidencial, sin embargo, por una interpretación del Consejo Nacional Electoral, evidentemente contraria a la Constitución, contenida en una norma de un acto administrativo, y luego, por una frase inserta en una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fue convertido, de golpe, en un “referendo ratificador” del mandato del Presidente de la República, sin asidero constitucional alguno.

En efecto, el artículo 72 de la Constitución dispone:

“Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción

podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato³²⁵.

Como se observa, esta norma regula con cierta precisión el mecanismo para hacer efectivo el sistema de gobierno de mandatos revocables que establece la Constitución; pero dadas las interpretaciones de la Sala Constitucional, su texto ha resultado inocuo y trastocado.

I. EL GOBIERNO DE MANDATOS REVOCABLES

El artículo 6 de la Constitución de 1999 establece que el gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen, es decir, básicamente, de los Estados y de los Municipios, “es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

Debe recordarse que el calificativo del gobierno como “representativo”, que siempre había estado en todas las Constituciones de los Siglos XIX y XX, fue deliberadamente eliminado de la Constitución en 1999 con base en un discurso político supuestamente de carácter “participativo”³²⁶; y, en cambio, se estableció la revocación de los mandatos de elección popular como de la esencia del sistema de go-

325 Destacados del autor. Sobre la Constitución de 1999 V.: Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 tomos, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2004.

326 V. nuestro voto salvado en relación con esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Caracas 1999, pp. 237 y 252.

bierno de Venezuela y, además, como un derecho ciudadano. Por ello, el artículo 62 de la Constitución establece el derecho de los ciudadanos a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos; el artículo 70 de la Constitución enumera los “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, *la revocación del mandato*, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros”; y el artículo 72 antes citado, regula específicamente el referendo revocatorio de mandatos de iniciativa popular.

Adicionalmente, el artículo 198 de la Constitución establece cuáles son los efectos de la revocatoria del mandato de los diputados a la Asamblea Nacional, disponiendo que aquellos cuyo mandato fuese revocado no pueden optar a cargos de elección popular en el siguiente período; y el artículo 233 enumera como causa de falta absoluta del Presidente de la República “la revocación popular de su mandato”.

La revocatoria del mandato de los representantes electos, por tanto, conforme lo ha establecido la sala Electoral del tribunal Supremo de Justicia, es un mecanismo constitucional de “participación política del soberano en los asuntos que le conciernen”, que exige al juez interpretar el ordenamiento jurídico, adaptando sus normas “a los valores, principios y reglas que pauta el nuevo Texto Fundamental, que resulta ser la guía orientadora en toda labor hermenéutica progresiva y ajustada a los nuevos valores de nuestro ordenamiento”³²⁷.

II. LA PETICIÓN POPULAR PARA LA REALIZACIÓN DEL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATOS DE ELECCIÓN POPULAR

En coincidencia con lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución, que identifica como uno de los medios de participación en lo político a “la revocación del mandato”; el artículo 72 de la Constitución regula el mecanismo del referendo revocatorio de mandatos de

327 V. la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, n° 170 de 22 de diciembre de 2000 (Caso: *Club Social Layalina*), en *Revista de Derecho Público*, n° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 49 y ss.

elección popular, disponiendo que en virtud de que todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables (art. 6), transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido un funcionario, un número no menor del 20% de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral al momento de formular la solicitud, puede solicitar la convocatoria de un referendo para revocar dicho mandato.

En ausencia de una normativa legal que desarrollara el texto del artículo 72 de la Constitución, el Consejo Nacional Electoral en septiembre de 2003, con motivo de rechazar una solicitud de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República (“El Firmazo”), mediante Resolución n° 030912-461 de fecha 12 de septiembre de 2003, resumió lo que consideró era la doctrina de la Sala Constitucional³²⁸ sobre los requisitos mínimos de orden formal que se requerían para ejercer el *derecho constitucional al referendo revocatorio*, los cuales pueden ser resumidos como sigue:

a) Está sujeto a un límite de naturaleza temporal como es, sin duda, que el derecho al referendo revocatorio sólo puede ejercerse una vez que haya transcurrido la mitad del período del funcionario cuya revocación se persigue;

b) Entre los requisitos formales de la solicitud, como formas esenciales que se deben cumplir inexorablemente, como “imprescindibles”, está la exigencia de que la petición o solicitud de revocación exprese con precisión “el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo”;

c) Teniendo el referendo revocatorio como único origen la *iniciativa popular*, el derecho al referendo revocatorio tiene como titulares a los ciudadanos integrantes del cuerpo electoral, por lo que la solicitud debe ir acompañada, “de los nombres y apellidos, números de cédula de identidad y las firmas respectivas”, para que sean verificadas por el Consejo Nacional Electoral, el cual debe constatar, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, “la debida inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de

328 Sentada en la sentencia n° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*), *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 164 y ss.

la revocación del mandato en el Registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos”;

d) La solicitud debe formularse ante el Consejo Nacional Electoral;

e) La actividad del Consejo Nacional Electoral se ciñe a verificar las reglas del artículo 72 de la Constitución, con lo cual tiene prohibido cualquier “margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud”; y

f) El Consejo Nacional Electoral no puede “establecer -en las normativas de carácter sub legal que dicte- nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente”.

La materia, sin embargo, fue regulada días después por el mismo Consejo Nacional Electoral en la Resolución n° 030925-465 de 25 de septiembre de 2003, mediante la cual se dictaron las “Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular”³²⁹, en las cuales, en nuestro criterio, se vulneró el derecho a la participación política consagrado en la Constitución, pues antes que facilitar su ejercicio, establecieron trabas y requisitos que afectaron su ejercicio y lo limitaron más allá de lo permitido en la Constitución.

Estas limitaciones afectaron el ejercicio del derecho de petición de los electores, pues sin fundamento constitucional alguno, establecieron entre otras cosas, que las firmas en respaldo de la petición de los referendos sólo podían estamparse en un formulario preestablecido en papel especial diseñado por el Consejo Nacional Electoral; que las dichas firmas sólo se podían estampar en unos lugares precisos y en un plazo de sólo unos días preestablecidos, eliminándose además, el derecho de aquellos ciudadanos que estuviesen fuera del país de poder respaldar con su firma la petición. Posteriormente, en forma sobrevenida, con motivo de la presentación de una solicitud de revocatoria de mandato del Presidente de la República (“El Reafirmazo”), el

329 G.O. n° 37.784 del 26 de septiembre de 2003.

Consejo Nacional Electoral estableció en una nueva Resolución³³⁰, requisitos formales adicionales, como el que la inscripción de los datos de los solicitantes debían ser escritos de puño y letra de cada uno de ellos, lo que llevó al cuestionamiento de un número considerable de peticiones (“Los Reparos”)³³¹.

Es de advertir que la manifestación de voluntad de respaldo a una solicitud de referendo revocatorio es un derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen a la participación política, el cual no puede restringirse ni siquiera por ley, por lo que menos aún puede restringirse mediante actos reglamentarios, como el contenido en la mencionada Resolución. Así lo había afirmado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 321 de 22-02-2002, en la cual señaló que las limitaciones a los derechos constitucionales “derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas”. Por tanto, la condición de ciudadano y el ejercicio de los derechos políticos de los mismos no pueden restringirse a sólo unos días; y esa condición no se pierde, en forma alguna, por encontrarse la persona fuera del país.

III. LA ILEGÍTIMA TRANSFORMACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL, DEL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATOS EN UN REFERENDO DE “RATIFICACIÓN” DE MANDATOS

Como antes se ha señalado, en el artículo 72 de la Constitución se establece que para que un referendo revocatorio sea válido, no sólo se requiere que al menos el 20% de los electores inscritos en la circuns-

330 Resolución n° 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004.

331 Del total de 3.467.050 firmas o peticiones presentadas, fueron objetadas 876.017 firmas aproximadamente. La antes indicada, que estableció en forma sobrevenida los señalados requisitos, fue impugnada ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo, la cual la anuló; pero la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo, a su vez, al conocer de un recurso de revisión y de una posterior solicitud de avocamiento al conocimiento de la causa, la admitió y anuló la sentencia de la Sala Electoral. Se produjo, así, el secuestro de la Sala Electoral y la confiscación del derecho a la participación política de los ciudadanos. V. Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Electoral vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004. V. este trabajo en la Tercera Parte de este libro, páginas 197 y ss.

cripción de que se trate solicite la convocatoria a referendo; sino que, al menos, participe en el referendo un 25% de los electores inscritos.

Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 2750 de 21 de octubre de 2003, con estos porcentajes mínimos para solicitar el referendo y para que pueda tomarse en cuenta el resultado del mismo, un referendo revocatorio “aunque hubiera sido convocado correctamente, no tendrá valor alguno si existe escasa participación”; lo que tiene por objeto “evitar que pueda ser revocado el mandato de un funcionario electo con base en el resultado de un referendo con alta abstención”.

En cuanto a los votos necesarios para que se produzca la revocatoria del mandato, la Sala Constitucional en la misma sentencia señaló:

“El artículo 72 también dispone que sólo se revocará el mandato del funcionario *si votan a favor* de ello al menos una cantidad de personas igual al número de quienes lo eligieron en su momento, como una manera de impedir que funcionarios que alcanzaron su puesto con altos porcentajes de apoyo popular puedan perderlo por simple mayoría”³³².

En consecuencia, a los efectos de que se produzca la revocatoria del mandato, se requiere, en *primer lugar*, que se produzca un quórum de asistencia consistente en que concurran al referendo un número de electores igual o superior al 25% de aquellos que estén inscritos en el registro civil y electoral. Sobre esto, la Sala Constitucional en la antes referida sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) ha interpretado:

“Que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente –por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios”³³³.

332 Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*, en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

333 En *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 165 y ss. Este criterio fue rectificado en la sentencia n° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*), en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

En *segundo lugar*, se requiere que voten a favor de tal revocatoria un número de electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la celebración del referendo, igual o mayor de los que eligieron al funcionario. En el caso del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República ocurrido el 15 de agosto de 2004 bastaba, para la revocatoria del mismo, que votaran a favor de tal revocatoria un número de electores igual o mayor a 3.757.774, que había sido el número de votantes que lo habían elegido en agosto de 2000.

Sobre ello, la Sala Constitucional precisó en la misma sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*) que:

“La revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano, puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempañado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral.

Siendo así las cosas, considera la Sala que el requerimiento del constituyente de 1999, cuando estableció en el segundo aparte del artículo 72, determinadas condiciones cuantitativas para que se considere revocado el mandato del funcionario electo, tiene como propósito demostrar fehacientemente la veracidad de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio ejecutado, de manera que no haya duda sobre la pérdida tan grave de popularidad del funcionario que deviene en ilegítimo, y la desaprobación de su gestión, por lo que resulta lógico que se exija que su revocación se produzca en virtud de la misma cantidad de votos, e incluso uno más, de los que previamente lo favorecieron cuando quedó investido del cargo público que ejercía, siempre que un quórum mínimo considerable de electores inscritos en el Registro Electoral hayan concurrido a desaprobación la gestión del mandatario cuestionado.

Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente -por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que la votación favorable a la revocación debe ser igual

o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno”.

En consecuencia, conforme a esta doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional y a la expresa disposición constitucional, se produce la revocación de un mandato de elección popular como consecuencia de un referendo revocatorio, cuando “la votación favorable a la revocación [sea] igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo”. Y nada más.

Se trata de un referendo revocatorio de mandatos de elección popular y no de un referendo “ratificatorio” de tales mandatos, el cual no existe en el texto constitucional. Este no regula plebiscito alguno, sino un referendo revocatorio de mandatos; y precisamente por ello, nada indica la Constitución para el caso de que si bien voten a favor de la revocatoria de un mandato un número de electores superior al número de votos que obtuvo el funcionario cuando fue electo, paralelamente, en dicha votación refrendaria se pronunciaren por la no revocación, un número mayor de votos. Ello podría ocurrir, pero la Constitución no le atribuye a ese hecho efecto jurídico constitucional alguno, limitándose a regular los efectos revocatorios del referendo, y nada más.: basta que la votación a favor de la revocación del mandato sea igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, para que quede el mandato revocado. Y ello es así, incluso a pesar de que el Registro Electoral haya variado con el transcurso del tiempo.

Sin embargo, de manera evidentemente inconstitucional, en las *Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular* dictadas por el Consejo Nacional Electoral mediante acto administrativo de 25 de septiembre de 2003³³⁴, si bien se estableció que se considera revocado el mandato “si el número de votos a favor de la revocatoria es igual o superior al número de los electores que eligieron al funcionario”, se agregó la frase: “**y no resulte inferior al número de electores que votaron en contra de la revocatoria**” (Art. 60). Con este agregado, en una norma contenida en un acto administrativo que por tanto es de rango sublegal, se restringió el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares, al establecerse un

334 Resolución n° 030925-465 de 25-09-2003.

elemento que no está en la Constitución relativo al los efectos del voto por la “no revocación”. Con ello se pretendió trastocar la naturaleza “revocatoria” del referendo que regula el artículo 72 de la Constitución, y se lo quiso convertir en un referendo “ratificatorio” de mandatos de elección popular.

Lo inaudito de este fraude constitucional, es que dicho criterio luego sería avalado por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo en una frase contenida en la sentencia n° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), en la cual señaló que:

“Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, debería seguir en él, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato”³³⁵.

Se trataba, en efecto, de una simple “apreciación” de la Sala Constitucional, sobre un criterio de que el funcionario revocado constitucionalmente, sin embargo, en esa circunstancia “debería” permanecer en el cargo. En el texto de la sentencia, además, nada se dijo de que se tratara de una “interpretación vinculante” de la Constitución.

En un referendo revocatorio no puede haber votos “por la permanencia” del funcionario en el cargo; lo que hay son votos por la revocatoria o por la no revocatoria del mandato; es decir, hay votos SI o votos NO. Los votos por la no revocatoria del mandato son votos negativos (NO); y un voto negativo “por la no revocatoria” del mandato no puede ser convertido en un voto positivo (SI) “por la permanencia” del funcionario en su cargo o por la “ratificación del mandato”. Ello sería cambiar la naturaleza del referendo revocatorio, lo que efectivamente ocurrió en Venezuela en agosto de 2004.

En efecto, en esa frase de la sentencia antes citada, la Sala Constitucional cambió la naturaleza de la revocación del mandato, y lo convirtió en un mecanismo para “relegitimar” o para “ratificar” mandatos de elección popular, cuando ello no fue la intención del Constituyente. Lo que la Constitución regula es la revocatoria popular de

335 En *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003 (en prensa).

mandatos, y para ello, lo único que exige en materia de votación es que un número “igual o mayor de electores que eligieron al funcionario hubieren votado a favor de la revocación”.

Es tan evidente que la citada sentencia modificó la Constitución, que con ocasión de la realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República que se efectuó el 15 de agosto de 2004, e independientemente de las denuncias que se formularon en relación a los manejos fraudulentos que acompañaron el proceso de votación, y que se formularon ante el Consejo Nacional Electoral, este órgano, mediante Resolución n° 040826-1118 de 26 de agosto de 2004, no sólo dio los datos definitivos de la votación efectuada en el referendo revocatorio, sino que acordó “ratificar” al Presidente de la República en su cargo en “acto solemne”, hasta la terminación del período constitucional en enero de 2007.

En efecto, en la *página web* del Consejo Nacional Electoral del día 27 de agosto de 2004, apareció la siguiente nota en la cual se informaba que:

“El Presidente del Consejo Nacional Electoral, Francisco Carrasquero López, se dirigió al país en cadena nacional para anunciar las cifras definitivas y oficiales del evento electoral celebrado el pasado 15 de agosto, *las cuales dan como ratificado en su cargo al Presidente de la República*, Hugo Rafael Chávez Frías, con un total de 5 millones 800 mil 629 votos a favor de la opción “No”

En la contienda electoral participaron 9 millones 815 mil 631 electores, de los cuales 3.989.008 se inclinaron por la opción “Sí” para revocar el mandato del Presidente Chávez. La totalización arrojó que la opción “No” alcanzó el 59,25% de los votos, mientras el “Sí” logró el 40,74% del total general, y la abstención fue del 30,02%.

Vale destacar que para estos comicios el Registro Electoral se incrementó significativamente, alcanzando un universo de 14.027.607 de electores con derecho a sufragar en el RR.

Con base en la expresión de la voluntad popular, el Consejo Nacional Electoral, este viernes 27 de agosto, ratificará en la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela a Hugo Chávez Frías, quien culminará su período constitucional en el año 2006”.

De la información contenida en dicha nota, resultaba claro que los electores que votaron por la revocatoria del mandato del Presi-

dente, que fueron 3.989.008, constituían un número mayor que el de los electores que en su momento habían elegido al Presidente, que fueron 3.757.774, lo que conforme al texto expreso del artículo 72 de la Constitución bastaba para que se considerara revocado el mandato. Sin embargo, en la misma nota, y al contrario de lo que se establecía en la Constitución, se consideraba que con la referida votación el Presidente de la República habría sido “ratificado” en su cargo.

Además, siguiendo la orientación de esta nota, el Consejo Nacional Electoral en la mencionada Resolución n° 040826-1118 de 26 de agosto de 2004, resolvió “publicar los resultados de la totalización de actas de escrutinio correspondiente al referendo revocatorio presidencial, celebrado el 15 de agosto de 2004”; siendo su texto leído en el acto solemne efectuado en la sede de dicho organismo el día 27 de agosto de 2004. En dicha Resolución, que sólo fue publicada días después en *Gaceta Electoral* del 30 de agosto de 2004³³⁶, el Consejo Nacional Electoral publicó “los resultados de la totalización de Actas de Escrutinio correspondientes al referendo revocatorio presidencial celebrado el 15 de agosto de 2004”, indicando que los votos por la opción SI, es decir, por la revocatoria del mandato del Presidente de la República fueron de 3.989.008 votos; y que los votos por la opción NO fueron de 5.800.629 votos. El Presidente de la República, como se dijo, había sido electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos, por lo que conforme al artículo 72 de la Constitución su mandato había quedado revocado.

Sin embargo, el Consejo Nacional Electoral en la mencionada Resolución de 26 de agosto de 2004, señaló que vistos los resultados de la votación señalados,

“[Con] con fundamento en el artículo 20 de las Normas para la Totalización y Proclamación de los Resultados del Referendo Revocatorio Presidencial del 15 de agosto de 2004 y *especialmente, con atención a lo dispuesto en la doctrina vinculante con el artículo 72 de la Constitución de la República establecida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de fecha 21 de octubre de 2001*, el Consejo Nacional Electoral *hace constar que el mandato popular del ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, titular de la cédula de identidad n° 4.258.228, como Presidente de la República de la República, ha sido ratificado por el pueblo*

336 *Gaceta Electoral* n° 210 de 30-08-2004.

venezolano en la jornada electoral del 15 de agosto pasado y, por consiguiente, el mencionado ciudadano tiene derecho a ocupar y ejercer el señalado cargo público, hasta la culminación del actual período constitucional”.

Con esta Resolución, puede decirse que se consolidó el fraude constitucional que había ido configurándose, al trastocarse una “revocación de mandato” en una supuesta “ratificación de mandato” de un funcionario que había quedado constitucionalmente revocado.

Además, la propia Asamblea Nacional participó en la configuración del fraude constitucional, y en la misma fecha 27 de agosto de 2004 realizó una sesión solemne para entregarle al Presidente de la República, un “Acuerdo de la Asamblea Nacional *sobre ratificación del Presidente de la República*”, en uno de cuyos Considerandos se afirmó:

“Que el resultado del proceso refrendario ha expresado de manera clara e inequívoca *la ratificación del mandato* del Presidente Constitucional Hugo Chávez Frías, representando una incuestionable victoria democrática de la voluntad mayoritaria del pueblo heroico del Libertador Simón Bolívar, en el esfuerzo colectivo para consolidar y profundizar la revolución democrática, pacífica, la justicia social y la autodeterminación nacional, proceso y proyecto político comprometido con el logro de los fines y propósitos contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

IV. LOS EFECTOS DE LA REVOCATORIA DEL MANDATO

Pero el trastrocamiento del sentido de la revocación de mandatos en la Constitución, tanto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como por el Consejo Nacional Electoral, no sólo ha ocurrido al cambiarse la naturaleza “revocatoria” del referendo por una supuesta “ratificación” de mandatos; sino que además se ha evidenciado por las imprecisiones interpretativas de la mencionada Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

En efecto, en caso de que se produzca la revocatoria del mandato de un funcionario electo, los efectos de tal revocatoria es que debe procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley. Si se trata de un Diputado a la Asamblea Nacional, debería realizarse una nueva elección, pero la Sala Constitucional ha determinado que lo sustituye su suplente por

el resto del período³³⁷. En caso de que no existan suplentes, por supuesto que debería efectuarse una nueva elección.

En relación con el Presidente de la República, la forma de proceder para cubrir la falta absoluta que se produciría con la revocación del mandato, conforme al artículo 233, varía según que ésta ocurra durante los primeros cuatro años de los seis del período constitucional o durante los dos últimos: En el primer caso, debe procederse a una nueva elección presidencial para que quien resulte electo *complete* el período constitucional por los dos años restantes; y en el segundo caso, el Vicepresidente Ejecutivo es quien debe asumir la Presidencia hasta completar dicho período.

Ahora bien, la revocación del mandato de cargos de elección popular, sin duda, confronta claramente dos derechos constitucionales. Por una parte, el derecho individual de cada ciudadano a ser postulado como candidato y ser electo popularmente para cargos o mandatos representativos; y por la otra, el derecho colectivo de los ciudadanos a revocar el mandato de aquellos a quienes el pueblo eligió.

El juez constitucional y, en general, el interprete, por tanto, al momento de considerar los efectos de la revocatoria del mandato, tiene que poner en la balanza judicial ambos derechos, y determinar cuál tiene mayor valor en caso de conflicto o duda. En una democracia puramente representativa, quizás el derecho del representante podría privar; pero en una democracia que además de ser representativa, la participación popular como derecho constitucional tiene un valor preponderante, sin duda que el derecho colectivo del pueblo soberano de revocar el mandato de los elegidos tiene que tener un mayor valor.

Esto tiene particular importancia en cuanto a los efectos de la revocación del mandato. Este es un acto político del pueblo a rechazo de un funcionario, desalojándolo del ejercicio de su cargo; razón por la cual, como sanción popular que es, ello tendría que impedir que el funcionario revocado pueda presentarse de nuevo como candidato al mismo cargo en las elecciones subsiguientes para completar el período constitucional que le habría sido truncado por el pueblo.

337 Sentencia de 05-06-2003 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila*).

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la revocatoria de los mandatos, en lo que se refiere a la revocación del mandato de los diputados a la Asamblea Nacional, la Constitución es explícita en cuanto a la determinación de los efectos de la revocatoria, al señalar expresamente que el diputado revocado “no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período” (art. 198). Sin embargo, nada indica la Constitución sobre los efectos de la revocación del mandato en el caso del Presidente de la República y de los otros funcionarios electos, como son los Legisladores miembros de los Consejos Legislativos estadales, los Concejales miembros de Concejos Municipales, o los Gobernadores y Alcaldes. En estos casos, sin embargo, lo cierto es que el intérprete tiene que considerar la existencia de los dos derechos constitucionales antes señalados y que se encontrarían confrontados. Por una parte, el derecho político colectivo de los ciudadanos a revocarle el mandato a los funcionarios de elección popular, incluido el Presidente de la República; y por la otra, el derecho político individual de éste a ser electo; conflicto en el cual la balanza se tendría que inclinar, sin duda, a favor del derecho político colectivo de los ciudadanos a revocarle el mandato, lo que acarrearía lógicamente que el funcionario revocado no podría presentarse como candidato en la elección que resultara necesario hacer para que un “nuevo Presidente” complete el período constitucional correspondiente³³⁸. De lo contrario se estaría configurando otro fraude a la Constitución.

V. LA INCERTIDUMBRE CONSTRUIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA ELIMINAR EL CARÁCTER DEL GOBIERNO COMO DE MANDATOS REVOCABLES

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin duda, es la llamada a resolver el conflicto entre los dos derechos antes indicados; y acorde con los valores y principios constitucionales, descartar la posibilidad de que un Presidente de la República cuyo mandato haya sido revocado, pudiera ser candidato en la elección que debiera realizarse como consecuencia de la revocatoria de su mandato. Estas nuevas votaciones deberían tener por objeto elegir a un nue-

338 V. las declaraciones de Allan R. Brewer-Carías, “El derecho de los ciudadanos a revocar priva sobre la candidatura de Chávez”, dadas al periodista Edgar López, *El Nacional*, Caracas 11-06-2004, pp. A-1 y A-4.

vo Presidente para completar el mandato del revocado, dándole primacía al derecho político colectivo de los ciudadanos a la revocación del mismo, como manifestación de la democracia de participación consagrada en la Constitución, y del gobierno de mandatos revocables que ella establece³³⁹.

Lamentablemente, sin embargo, la Sala Constitucional, en esta materia, no sólo no ha sido el máximo interprete de la Constitución acorde con sus valores y principios, sino que más bien ha sido complaciente con el Poder, lo que ha quedado en clara evidencia a través de sus sucesivas decisiones en la materia.

En efecto, dado el silencio de la Constitución, la Sala Constitucional comenzó estableciendo en su sentencia n° 2404 de 28 de agosto de 2003 (Caso: *Exssel Alí Betancourt Orozco, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), que en el supuesto de la revocatoria del mandato del Presidente de la República, en la elección del nuevo Presidente:

“Evidentemente no podría participar dicho funcionario (revocado), pues cualquier falta absoluta del Presidente implica la separación del cargo y la consecuente sustitución del mismo. Lo contrario supondría una amenaza de fraude a la soberanía popular”³⁴⁰.

El texto de esta sentencia, sin embargo, fue desconocido posteriormente por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo, de manera por demás insólita: Su contenido fue publicado por el Tribunal Supremo incluso hacia los medios de comunicación, pero no llegó a ser publicada en la *página web* del Tribunal Supremo. La Sala Constitucional, en una inusual “Aclaratoria” emitida de oficio en fecha 1° de septiembre de 2003, *desconoció lo expresado en el fallo*, considerando el tema como no decidido. El texto de la “Aclaratoria”, sin embargo, luego de haber sido incorporada en la *página web* del Tribunal Supremo, fue posteriormente eliminado de la misma, y tiene el tenor siguiente:

339 Nótese que la Constitución de 1999 sustituyó el calificativo de “gobierno representativo” que contenía el artículo 3 de la Constitución de 1961 por el de “gobierno de mandatos revocables” que contiene el artículo 6, equivalente, en la Constitución de 1999.

340 V. la reseña del periodista Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 04-01-2004, p. A-2

“*ACLARATORIA*; El 28 de agosto de 2003 esta Sala Constitucional, en el expediente 03-0763, pronunció sentencia n° 2404, en la que declaró inadmisibles el recurso de interpretación que interpuso el ciudadano EXSSEL ALÍ BETANCOURT OROZCO, en relación con el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como se observa que en el texto de dicha decisión aparecen expresiones que erróneamente pudieran entenderse como una definitiva interpretación de la norma constitucional que se mencionó (art. 72) en el punto que requirió el solicitante, la Sala de oficio aclara y decide que, por cuanto la pretensión del actor fue declarada inadmisibles, los alcances de dicho fallo n° 2404 quedan estrictamente limitados y sujetos al pronunciamiento de inadmisibilidad, sin que, en consecuencia, puedan extenderse a otros aspectos de cualquier naturaleza que pudieran extraerse de la redacción del mismo, máxime cuando, equivocadamente, se invocan pronunciamientos precedentes que la Sala no ha hecho. Por otra parte, ante esta misma Sala cursa expediente número 02-3215 (solicitud hecha por el ciudadano Esteban Gerbasi), cuyo ponente es el Magistrado Dr. José Manuel Delgado Ocando, en el que corresponderá a la Sala Constitucional la decisión sobre si un funcionario de elección popular, a quien le sea revocado el mandato, podrá participar o no en un inmediato y nuevo comicio. Sépase, pues, que sólo en la oportunidad cuando recaiga sentencia que expresamente decida la interpretación del asunto que se refirió habrá certeza sobre el punto”³⁴¹.

En las actas procesales del expediente, en todo caso, la única referencia que quedó relativa a este espinoso asunto, es un “Auto” de la Sala Constitucional del mismo día, 1° de septiembre de 2003, ordenando abrir una averiguación penal para establecer responsabilidades sobre el contenido de la sentencia que supuestamente no se correspondía con el texto del fallo que habían aprobado los Magistrados. Todo este incidente, que originó la apertura de una investigación criminal inusitada, la cual por supuesto, no ha concluido y seguramente concluirá en nada, fue calificado, con razón, como una polémica “con características escandalosas”³⁴².

Con el desconocimiento de su decisión por la propia Sala Constitucional, quedó abierta entonces la cuestión jurídica aún por resolver,

341 El texto ha sido tomado de la cita que hizo el Magistrado Antonio J. García García en su *voto salvado* a la sentencia n° 1173 de 15-06-2004 (Caso: *Esteban Gerbasi*).

342 V. la reseña de Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 04-01-2004, p. A-2.

sobre si un Presidente de la República revocado podría presentarse como candidato en la elección subsiguiente: No sólo la que debía efectuarse para completar el período constitucional si es revocado después de cumplir tres años de mandato pero antes de que se cumplan cuatro del período presidencial; sino en la elección para el período constitucional subsiguiente. El asunto, como se dijo, no está resuelto expresamente en la Constitución, como sí lo está respecto de la revocación de los mandatos de los diputados a la Asamblea Nacional³⁴³.

Posteriormente, el 10 de junio de 2004 ya se reseñaba sobre la existencia de una ponencia de sentencia que circulaba en la Sala Constitucional, de interpretación del artículo 72 de la Constitución, y que aparentemente no resolvía la duda que había quedado con el texto de la sentencia n° 2042 de 28-08-2003, (Caso *Exssel Alí Bentancourt Orozco*), que había sido desconocido por la propia Sala Constitucional³⁴⁴.

Y así, conforme a ese anuncio, días después, la Sala Constitucional dictaría la sentencia n° 1173 de 15 de junio de 2004 (Caso: *Esteban Grebasi*) con motivo de la solicitud de interpretación del artículo 72 de la Constitución, en virtud de la duda razonable que el recurrente había alegado “consistente en saber si un funcionario cuyo mandato le fuere revocado con base en el citado artículo 72 puede optar a algún cargo de elección popular durante el siguiente período correspondiente”. El recurrente también había argumentado que la “prohibición de postulación a cargos de elección popular prevista en el artículo 198 de la Carta Magna” debía “entenderse comprendida dentro del alcance del artículo ... ya que resulta contrario a la razón y, en consecuencia, a toda regla lógica, que un funcionario cuyo mandato ha sido revocado por el propio pueblo que lo eligió opte inmediatamente a un cargo (al) que debe ser también elegido”; considerando que un funcionario, al serle revocado su mandato con fundamento en el

343 El artículo 198 dispone que los diputados cuyo mandato fuera revocado no pueden optar a cargos de elección popular en el siguiente período.

344 V. la reseña de Edgard López en *El Nacional*, Caracas 10-06-2004; V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas 2004, pp. 58-59. V. este trabajo en la Tercera Parte de este libro, páginas 197 y ss.

mecanismo previsto en el artículo 72 de la Carta Magna, “pierde el derecho a ser elegido al mismo cargo del cual le ha sido revocado por mandato popular”.

La Sala Constitucional, para decidir, delimitó el ámbito de la solicitud en relación a “la duda existente en el ánimo del solicitante al interponer la presente acción de interpretación constitucional ...en saber si el Presidente de la República, dado el caso que se le revocara su mandato de conformidad con el mecanismo de participación política previsto en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le sería aplicable la inhabilitación prevista en el artículo 198 *eiusdem*, respecto de los Diputados a la Asamblea Nacional”; pasando entonces a decidir interpretando “las disposiciones constitucionales en concordancia con el resto de la Carta Magna, considerada ésta *in totum*”.

La Sala Constitucional, después de argumentar sobre las técnicas de interpretación constitucional, recordó la “restricción para el empleo de la interpretación modificativa, contenida en el aforismo romano *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, según el cual las disposiciones de carácter prohibitivo deben ser interpretadas restrictivamente y aquéllas favorables a las libertades consagradas en el ordenamiento deben serlo extensivamente”, concluyendo que la interpretación en materia de derechos humanos debe “siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad”.

A continuación la Sala Constitucional analizó el artículo 233 de la Constitución, y estableció que la revocatoria del mandato otorgado al Presidente de la República, conforme al mecanismo previsto en el artículo 72 de la Carta Magna, generaría una falta absoluta de dicho funcionario, la cual debía ser cubierta de los modos siguientes:

“a.- Si la revocatoria del mandato opera antes de concluido el cuarto año de su período constitucional (en el caso del corriente, de conformidad con lo señalado por esta Sala en sus sentencias núms. 457/2001 y 759/2001, del 5 de abril y 16 de mayo de 2001, respectivamente, casos: Francisco Encinas Verde y otros, y Willian Lara, en su orden; antes del 19 de agosto de 2004), tal falta sería cubierta por un nuevo Presidente de la República, resultante de una nueva elección universal, directa y secre-

ta a realizarse dentro de los treinta (30) días consecutivos siguientes a la revocatoria, al cual correspondería concluir el período en curso; y

b.- En el caso de que la revocatoria se produzca durante los últimos dos años del período constitucional (en el caso del presente período presidencial, si se produjera con posterioridad al 19 de agosto de 2004), la falta sería cubierta por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, quien asumiría la Presidencia de la República hasta completar dicho período”.

Luego de estos razonamientos, la Sala fue concluyente al afirmar que:

“Visto lo anterior, esta Sala observa que la revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente (subrayado nuestro)”.

Pero en relación con los alegatos del solicitante en cuanto a la aplicación al Presidente de la República del artículo 198 de la Carta Magna, relativo a la restricción a los Diputados de la Asamblea Nacional para postularse a cargos de elección popular en el período siguiente a la revocatoria popular de su mandato, la Sala Constitucional juzgó “que de ser cierta tal afirmación constituiría una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, cual es, el derecho a la participación del Presidente de la República (*cf.* sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 5 de diciembre de 1996, Caso: *Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*), en una de sus vertientes, el derecho de postulación, consagrado en el último párrafo del artículo 67 de la Carta Magna”; estimando además, que “dicha restricción no se encuentra en la Constitución ni en ley alguna, y pertinente es señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (*Gaceta Oficial* N° 31.256 del 14 de junio de 1977), la cual, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, es de aplicación preferente cuando contenga disposiciones sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas en el ordenamiento interno, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. Por todo ello, la Sala concluyó su sentencia resolviendo que:

“Sobre la base de la anterior motivación y en atención al principio constitucional de preeminencia de los derechos fundamentales establecido en el artículo 2 de la Carta Magna, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declara que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según la cual los Diputados a la Asamblea Nacional, cuyo mandato fuere revocado de conformidad con el mecanismo previsto en el artículo 72 *eiusdem*, no podrán optar a cargos de elección popular en el siguiente período, no es aplicable al Presidente de la República, y así se decide”.

Olvidó la Sala, sin embargo, que en el caso concreto de la revocatoria del mandato del Presidente de la República estaban en juego dos derechos constitucionales y no sólo uno de ellos: la Sala razonó con base en el solo derecho político individual del Presidente de la República a ser postulado y a ser electo; pero para ello se había olvidado que existía otro derecho constitucional en juego, el derecho político colectivo de los ciudadanos a revocarle el mandato al Presidente de la República, el cual debía privar sobre el primero.

Además, la Sala olvidó analizar el artículo 230 de la Constitución que establece que el período presidencial es de seis años, pudiendo el Presidente “ser reelegido, *de inmediato* y por una sola vez, *para un nuevo período*”. Olvidó la Sala considerar que para que un Presidente de la República pueda ser reelecto, tiene que haber completado su período presidencial para poder ser electo “*de inmediato* y por una sola vez, *para un nuevo período*”. Si un Presidente no termina su mandato, porque renunció o porque fue revocado, tendría entonces una imposibilidad de ser reelecto “*de inmediato*”. Por lo que en caso de revocarse el mandato del Presidente de la República, en forma alguna podría ser candidato en la elección para el próximo período presidencial.

Mucho menos, por supuesto, podría ser candidato un Presidente revocado antes de cumplirse los cuatro primeros años de su mandato, en la elección subsiguiente para elegir un “nuevo Presidente” para completar el resto del período del Presidente revocado. Como lo dijo la propia Sala Constitucional en su sentencia: La revocatoria del mandato “acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente”, por lo cual no puede pretender ser electo por el resto de dicho período en el cual fue revocado.

Pero ello no había sido resuelto expresamente, por lo que una vez se prolongó la incertidumbre sobre la posibilidad –absurda- que podía deducirse en forma indirecta, de que un Presidente revocado al no aplicársele la restricción del artículo 198 de la Constitución, pudiera ser candidato y electo en las elecciones presidenciales para el próximo período constitucional. Continuó existiendo la supuesta “duda” sobre si el Presidente revocado antes de cumplirse los primeros cuatro años de su mandato, podía presentarse a la elección para elegir un “nuevo Presidente” que completara el resto del período presidencial.

La antes mencionada sentencia n° 1173 de la Sala Constitucional tuvo dos votos salvados de los Magistrados Antonio J. García García y Rondón Haaz.

El Magistrado Antonio J. García García consideró que los planteamientos de la sentencia de la Sala “confunden los efectos de la revocatoria de mandato de los Diputados a la Asamblea Nacional y del Presidente de la República, en virtud del error en que se incurrió en la elaboración de una de sus premisas”, considerando que:

“[la] Sala, en ejercicio de una interpretación sistemática de la Constitución, debió pronunciarse con claridad sobre cada uno de los supuestos que la solicitud de interpretación encierra. Particularmente, frente a la actual realidad política y electoral que vive el país, se estima importante la definitiva posición de la Sala respecto a la posibilidad de que el Presidente de la República que sea revocado por vía de referendo, intervenga pasivamente en el proceso electoral convocado tanto para proveer –por el resto del período- la vacante producida por la revocatoria del mandato, como para escoger a un nuevo Presidente por el período constitucional siguiente, pues, si bien expresamente se resolvió, como ya se indicó, el último escenario mencionado, quien suscribe observa que, aún cuando resultara obvia la consecuencia lógica de la revocatoria del mandato, nada se dice sobre el impedimento que tendría dicho funcionario para ser candidato en el otro escenario planteado, esto es, en las elecciones a realizarse dentro de los treinta (30) días consecutivos siguientes a la eventual remoción del Presidente por vía de referendo revocatorio, cuando la mayoría sentenciadora señaló que *“la revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente”*.

En caso de revocatoria del mandato, como falta absoluta del Presidente de la República, el Magistrado García consideró que:

“[una] interpretación armónica de la Constitución y de la institución de la figura del revocatorio, nos permitiría decir que el constituyente exige la elección de un nuevo Presidente, sin la posibilidad de que el funcionario revocado pueda medirse en ese proceso electoral convocado para suplir la falta absoluta, de manera que, lógicamente, debe entenderse que la afirmación que se ha hecho en el fallo que antecede con respecto a que la restricción contenida en el artículo 198 eiusdem no es aplicable al Presidente de la República, sólo conduce a concluir que quien haya sido revocado en el cargo de Presidente de la República podrá optar para ser nuevamente elegido por un período constitucional distinto al que no concluyó por la voluntad popular expresada en el referendo revocatorio.

Resultaría un contrasentido que un funcionario al que se le revocó el mandato pueda presentarse como candidato en la elección que se convoque para proveer la vacante causada por la sanción que los electores le propinaron, improbando su gestión, dado que la propia Constitución, en su artículo 233, determina que ‘el nuevo Presidente’ asumirá sus funciones para completar el período, lo que indica claramente que se trata de otro Presidente, pues cualquier falta absoluta implica la separación categórica del funcionario y la consiguiente sustitución personal del mismo. Pretender un efecto contrario significaría una amenaza de fraude a la soberanía de la voluntad popular que, expresada por vía de referendo revocatorio, ha interrumpido el desempeño de un cargo de elección popular, bien por motivos de legitimidad, cuando ha dejado de merecerles su confianza, o bien por resultar inconveniente o inoportuna para los intereses del país la gestión que en el ejercicio del mismo realiza su titular.

Siendo ello así, la inhabilitación natural producida por la revocatoria popular que excluye la aspiración del Presidente removido para culminar el período correspondiente, no podría asimilarse a la inhabilitación a que se refiere el artículo 198 de la Constitución, ya que, según dispone el propio texto constitucional, la forma de cubrir la falta absoluta de los Diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato sea revocado es distinta a la que se preceptúa para proveer la vacante al cargo de Presidente de la República, dada la ausencia en este último caso de un suplente que, junto con el principal, haya sido también elegido popularmente”.

Concluyó el Magistrado García su voto salvado señalando que:

“[una] interpretación integrada de las normas constitucionales lleva a concluir que, independientemente de la falta de prohibición expresa que inhabilite al Presidente de la República removido, para optar a cargos de elección popular, el efecto práctico del referendo revocatorio no puede ser otro que una nueva elección para completar el período presidencial, en la cual no puede participar quien ha sido revocado. Sostener un criterio distinto, bajo el argumento del derecho a ser elegido y el consecuente derecho a postularse que tiene toda persona en cabeza del revocado, dejaría completamente sin efecto la finalidad esencial de todo proceso revocatorio, cual es la sanción política de separarlo del ejercicio del cargo e inhabilitarlo para ello por el período por el cual fue elegido. En definitiva, se irrespetaría con ello la voluntad popular manifestada en el referendo correspondiente”.

Por su parte, el Magistrado Rondón Haaz, en particular destacó que la sentencia no daba respuesta a la duda que expresó el solicitante de la interpretación en cuanto a la posibilidad de participación del Presidente de la República, a quien se le hubiere revocado el mandato, en la elección *inmediata* a que se refiere el artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como fórmula para la cobertura de falta absoluta que tal revocatoria produce. Agregó el Magistrado que:

“Más allá del error del solicitante respecto a la posibilidad, que la Sala descartó, de extensión de la inhabilitación a que se contrae el artículo 198 de la Constitución a funcionarios distintos a los que éste se refiere, la Sala ha debido agotar la interpretación que se le requirió para la resolución, de una vez y en forma integral, de las dudas interpretativas que han generado las disposiciones constitucionales en cuestión y que se reflejan en un grueso número de solicitudes de interpretación de las mismas que cursan en sus archivos”.

Pero lamentablemente, la línea de acción de la mayoría de la Sala Constitucional en esta materia parecía ser más bien no agotar la interpretación de las normas constitucionales sino, al contrario, mantener siempre alguna incertidumbre para tener un hilo de poder permanente. Ello se evidenció de la sentencia n° 1378 del 22 de julio de 2004 (Caso: *Braulio Jatar Alonso y otros*), dictada días después, con motivo de un recurso de interpretación interpuesto precisamente sobre

el artículo 233 de la Constitución, el cual fue declarado sin lugar³⁴⁵, perdiéndose la oportunidad que tenía la Sala de interpretar definitivamente su contenido.

Ahora bien, en cuanto a la sentencia n° 1173, y por lo que respecta al Voto Salvado del Magistrado Rondón Haaz, luego de concordar con la opinión del Magistrado García García, señaló que:

“[Cuando] la Carta Magna exige la elección de un nuevo Presidente, impide la posibilidad de que el funcionario cuyo mandato hubiere sido revocado pueda participar como candidato en el proceso electoral que se convoque para que supla su propia falta absoluta. Y es que, además de que la simple lógica repudia que un funcionario al que se le hubiere revocado el mandato pudiera presentarse como candidato en la elección que se convocase para la provisión de la vacante que habría causado la improbación de su gestión por el electorado, la propia norma constitucional determina que, en esta oportunidad (elección inmediata) deberá elegirse a un nuevo Presidente que completará el período del Presidente saliente.

Por otra parte, la pretensión de lo contrario, con cualquier fundamento (como podría ser el derecho al sufragio pasivo y a postulación de aquel cuyo mandato hubiere sido revocado), enervaría la finalidad de todo proceso revocatorio, cual es, como apuntó el Magistrado García García, la sanción política al funcionario en cuestión, que comporta, además de la separación del ejercicio del cargo, la inhabilitación para su ejercicio por el período por el cual fue elegido, en abierto fraude a la voluntad popular”.

345 La Sala Constitucional, en efecto, se limitó a interpretar el término de los dos últimos años del período presidencial iniciado en 2000, así: “Así las cosas, es claro que en la decisión parcialmente transcrita, la Sala sentenció que el actual período presidencial, cuya duración es de seis (6) años de acuerdo con el artículo 230 constitucional, culmina el 19 de agosto de 2006, pero que el actual Presidente de la República –o quien desempeñe conforme a la Constitución dicho cargo en caso de falta absoluta de aquél- seguirá ocupando dicho cargo hasta la fecha de inicio del primer año del siguiente período constitucional, esto es, hasta el 10 de enero de 2007, para ajustar la realidad electoral del órgano Presidencia de la República a la exigencia del Texto Constitucional sin que sea menester para ello efectuar una enmienda del artículo 231 de la vigente Constitución; en tal sentido, del contenido de la sentencia examinada se desprende de manera indubitable que los (2) dos últimos años del actual período presidencial, iniciado el día 19 de agosto de 2000, comienzan el día 19 de agosto de 2004, sin que para declarar tal situación cronológica sea necesario realizar una interpretación de la norma contenida en el artículo 233 de la Norma Fundamental, o efectuar una interpretación de las normas incluidas en los artículos 230 y 231 *eiusdem*, adicional o complementaria a la hecha en la decisión n° 457/2001, del 5 de abril, caso: *Francisco Encinas Verde y otros*”.

En todo caso, las dudas que habían quedado de la interpretación constitucional que había efectuado la Sala Constitucional, hechas incluso antes de que la sentencia se conociera, dada la divulgación del contenido de la ponencia respectiva³⁴⁶ fueron inmediatamente advertidas³⁴⁷; razón por la cual el solicitante de la interpretación anunció que solicitaría la aclaratoria de la sentencia³⁴⁸. La sentencia, en realidad, se había limitado a señalar que el texto del artículo 198 de la Constitución que contiene una restricción respecto de los diputados revocados, no se podía aplicar al Presidente de la República, lo que era de lógica interpretativa constitucional elemental; pero dejaba sin resolver lo esencial: *Primero*, si el Presidente revocado podía presentarse como candidato en la elección que dentro del mes siguiente debía efectuarse para elegir un “nuevo Presidente” que concluyera el período constitucional para el cual había sido electo el Presidente revocado; y *segundo*, si el Presidente revocado, quien por ello no habría completado su período presidencial, podía presentarse como candidato a la nueva elección presidencial para el próximo período presidencial, una vez completado por un nuevo Presidente el período del cual hubiera sido revocado.

En cuanto a la elección presidencial para elegir a un nuevo Presidente para completar el período constitucional del Presidente revocado, la sentencia sí dijo que la revocación del mandato del Presidente de la república “acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente”, lo que significa que no podría el Presidente pretender presentarse como candidato para ser electo y terminar el período constitucional del cual habría sido popularmente revocado.

Pero el propio Presidente de la República, cuyo mandato se había solicitado fuera revocado en la votación que se efectuó el día 15 de agosto de 2004, antes de esa fecha, el día 8 de julio de 2004 desde Puerto Iguazú, donde había asistido como invitado a la XXVI Cumbre del Mercado Común del Sur, se encargaría de “aclararle” a quien quisiera oír o leer, que si llegaba a perder el referendo revocatorio, entregaría la Presidencia “porque al mes siguiente estaré peleando

346 V. la reseña de Edgar López, en *El Nacional*, Caracas 10-06-2004, p. A-6.

347 V. la opinión de Hermann Escarrá en *El Nacional*, Caracas, 10-06-2004, p. A-6.

348 V. en *El Nacional*, Caracas 16-06-2004, p. A-2; *El Nacional*, Caracas 17-06-2004, p. A-2; 4.

nuevamente por la Presidencia”³⁴⁹. Lamentablemente, esta “aclaratoria” afectaba la que se había solicitado a la Sala Constitucional, particularmente por las simultáneas declaraciones del Presidente del Tribunal Supremo y de la Sala Constitucional, Iván Rincón, dadas con toda diligencia, y que aparecieron publicadas en la prensa al día siguiente, cuyo contenido permitía pensar que el mandato ya estaba hecho.

En efecto, por encima de cualquier duda que pudiera existir, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia y de la Sala Constitucional, en declaraciones publicadas en la prensa el 10 de julio de 2004, ratificaría lo que el Presidente de la República había anunciado la víspera. Dicho Magistrado declaró que ya existía una ponencia de sentencia de “aclaratoria” de la sentencia n° 1173 de la Sala Constitucional, elaborada por el Magistrado Delgado Ocando, cuyo texto dijo que ya conocía, pero había que esperar que la vieran los otros Magistrados, y sin rubor alguno y sin recordar que los jueces no pueden adelantar opinión sobre fallos no publicados, indicó que la confusión que existía en la materia se debía a:

“[Las] declaraciones encontradas de los famosos juristas que siempre están desglosando sentencias y leyes, olvidándose de lo que aprendieron en las Universidades, de las investigaciones que han hecho y de lo que saben... juristas que pertenecen a las famosas Academias de Caracas...”³⁵⁰

349 V. *El Nacional*, Caracas 9-06-2004.

350 Pedro Llorens, sobre esta frase del Magistrado, señaló que “no es capaz de redactar una sentencia medianamente correcta y se limita a leer las que elaboran los otros”, en “El hacedor de sentencias”, *El Nacional*, Caracas 11-07-2004, p. A-9. Por su parte, el profesor José Muci Abraham, ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, dijo: “Los vendedores de sentencias despotrican de los juristas que orgullosamente pertenecemos ‘a las famosas academias de Caracas’. El complejo de provincialismo le sale por los poros. Los punza el dolor de sentirse inferiores y de haberse destacado sólo a expensas de servir los intereses de los poderosos, por una dádiva compensatoria de su servilismo. ¿Han pensado esos bufones del foro, que con su torcida interpretación exponen al país a una contienda de impredecibles consecuencias? ¿Han meditado sobre los efectos de constreñir insensatamente a un pueblo a que vuelva a los comicios para enfrentar de nuevo al gobernante proscrito 30 días antes?”, en “Supina ignorancia del supremo”, *El Nacional*, Caracas, 14-07-22004, p. A-9.

Agregando que:

“La sentencia es muy clara y tiene solo una lectura...La sentencia dice: Señores, los derechos consagrados en la Constitución son iguales para todos, salvo en casos de excepciones establecidas en la misma Carta Magna, en las leyes o en los Tratados Internacionales.

En materia de derechos constitucionales, las restricciones tienen que estar expresamente establecidas en leyes formales, como se desprende de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con las cuales se nos amenaza constantemente.

Nosotros, lo que decimos es que la Constitución establece expresamente la imposibilidad de que un diputado al que se le haya revocado su mandato, opte a cargos de elección popular en el siguiente período, pero no indica nada respecto de los alcaldes, los gobernadores y el Presidente de la República. Terminamos diciendo que no puede haber restricciones si no están en ley o en la Constitución

La gente lo que pregunta es: pero ¿Chávez puede participar? Señores, no hay restricciones si no están en la Constitución o en la ley y ahora nosotros tenemos que responder en la aclaratoria si Hugo Chávez Frías puede participar o no en caso de que le sea revocado el mandato”³⁵¹.

El Magistrado, al dar dichas declaraciones, no sólo olvidó su condición de tal Magistrado, sino que olvidó de nuevo que lo que estaba en juego en este caso judicial, no solo era el ejercicio de un derecho político individual del Presidente revocado de postularse y ser electo; sino el derecho político colectivo de los ciudadanos a revocarle el mandato a los representantes electos. La Sala Constitucional no podía resolver la cuestión tomando en cuenta el sólo derecho individual del Presidente e ignorando el derecho político colectivo de los ciudadanos. Al hacer tal afirmación, en todo caso, el Magistrado había ignorado que el gobierno en Venezuela “es de mandatos revocables” (Art. 6 de la Constitución); y había olvidado que al menos tenía que ponderar ambos derechos en la balanza de la justicia, y establecer por qué uno privaría sobre el otro.

351 V. en la entrevista con Edgard López, *El Nacional*, Caracas 10-07-2004, p. A-2.

El abogado Gerbasi, quien había sido el recurrente en el recurso de interpretación, el día 13 de julio de 2004 no tuvo otra alternativa que recusar al Magistrado Presidente de la Sala Constitucional, por haber adelantado opinión sobre la anunciada “aclaratoria” de la sentencia³⁵²; pero al día siguiente, el 14 de julio de 2004, el propio Magistrado Iván Rincón, Presidente del Juzgado de Sustanciación (además de ser Presidente de la Sala Constitucional y del propio Tribunal Supremo), declararía sin lugar la recusación por considerarla extemporánea, ya que después de dictarse sentencia definitiva no habría recusación, y en el caso concreto se trataba de una aclaratoria de una sentencia. Argumentó además el Magistrado que las declaraciones que aparecieron en la nota del periodista Edgar López en el diario *El Nacional*, supuestamente eran “el producto de interpretación que realizó el periodista y no una transcripción exacta” de lo que había expresado en la entrevista; a lo cual respondió el periodista Edgar López, en la “Nota del redactor” que publicó, que “Es inútil aclarar que en el texto publicado no hay interpretación ni inexactitud que pudiera alterar el sentido de lo dicho por el presidente del TSJ... La grabación no permitirá a nadie mentir”³⁵³.

En definitiva, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, a pesar de haber tenido en sus manos la posibilidad de resolver la interpretación constitucional de los artículos 72, 230 y 233 de la Constitución antes de la realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, el cual finalmente se efectuó el 15 de agosto de 2004 a solicitud popular conforme al artículo 72 de la Constitución³⁵⁴; sin embargo, no lo hizo y continuaron las dudas que existían sobre dos aspectos esenciales en esta materia de los efectos de un referendo revocatorio de mandato presidencial: Primero, si el Presidente cuyo mandato era revocado podía presentarse como candidato y ser electo como “nuevo Presidente”, en las elecciones que debían

352 Gerbasi dijo a la prensa: “Después de un año y seis meses que no contestaron el recurso de interpretación, solicitamos una aclaratoria. Chávez le dejó una orden expresa a Rincón desde Argentina”, *El Nacional*, Caracas, 11-07-2004, p. A-7. V. además, *El Nacional*, 14-07-2004, p. A-6.

353 V. en *El Nacional*, Caracas 15-07-2004, p. A-4

354 Sobre las vicisitudes para dicha convocatoria V. Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004. V. este trabajo en la Tercera Parte de este libro, páginas 197 y ss.

convocarse dentro del mes siguiente a su revocación para completar los dos años restantes (2004-2006) del período constitucional presidencial (que había iniciado en 2000 y culminaba en 2006) del cual había sido revocado; y segundo, si un Presidente revocado podía presentarse como candidato a la “reelección”, en las elecciones presidenciales que debían realizarse a finales de 2006, para el período constitucional presidencial subsiguiente (2007-2013).

La duda interpretativa continuó, y el órgano constitucional llamado a interpretar la Constitución y a aclarar las dudas, lo que había hecho era prolongar la incertidumbre, con el objeto, sin duda, de seguir ejerciendo el poder último de decisión en la materia.

El Presidente de la República, antes de que se realizara el acto de votación del referendo sobre la revocatoria de su mandato el 15 de agosto de 2004, en todo caso, sobre el primer aspecto que había quedado constitucionalmente sin resolver, ya se había anticipado a los posibles acontecimientos y había anunciado públicamente que en caso de ser revocado su mandato, el Vicepresidente Ejecutivo quedaría encargado de la Presidencia de la República y él, “al mes siguiente ya sería candidato a la Presidencia de la República otra vez”³⁵⁵.

Sin embargo, no tuvo oportunidad de violentar la Constitución, pues se le había adelantado el Consejo Nacional Electoral, el cual, como se ha dicho, el 26 de agosto de 2004, sin competencia constitucional alguna, decidiría “ratificar” al Presidente de la República en su cargo, dado que según las cifras de votación que anunció, a pesar de que había suficientes votos para que constitucionalmente hubiera quedado revocado el mandato (más de los que había sacado cuando fue electo), sin embargo, habría habido más votos por la no revocación de su mandato.

355 V. *El Nacional*, Caracas 06-08-2004, p. A-6. La misma declaración la formuló ante los corresponsales extranjeros el 12-08-2004. V. *El Nacional*, Caracas, 13-08-2004, p. A-4

§11. *La Sala Constitucional vs. la garantía constitucional al debido proceso o la ilegítima despersonalización de las sociedades y la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria, como justificación para la violación del derecho a la defensa*)*

INTRODUCCIÓN

El abuso que con frecuencia se ha hecho de la personalidad jurídica con la finalidad de eludir o diluir las responsabilidades que podrían corresponder a determinadas personas naturales y sociedades respecto de determinadas obligaciones, también ha motivado en Venezuela la construcción doctrinal y jurisprudencial del tema de la despersonalización de la sociedad o del llamado levantamiento del velo de la personalidad jurídica³⁵⁶, precisamente para garantizar el

* Este estudio fue publicado como “La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad”, en *Congreso Internacional La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia, julio 28-30, 2004, pp. 103-142; y “La ilegítima despersonalización de las sociedades, la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria y la violación del debido proceso en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela”, en Alfredo Morles e Irene Valera (Coordinadores), *Derecho de Grupos de Sociedades*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Eventos, n° 19, Caracas 2005, pp. 91-129

356 V. por todos, Roquefelix Arvelo Villamizar, *La doctrina del levantamiento del velo corporativo de las personas jurídicas*, Caracas 1999; Magali Perretti de Parada, *La doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas*, Caracas 2002; Levis Ignacio Zerpa, “El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, n° 116, Caracas 1999; Francisco Hung Vaillant, “La denominada doctrina del levantamiento del velo por abuso de la personalidad jurídica”, en *El derecho público a comien-*

cumplimiento de determinadas obligaciones ante actuaciones ilícitas y que mediante la utilización abusiva del derecho a establecer sociedades o personas jurídicas, constituyan actos de simulación.

A tal efecto, a pesar del hermetismo que tradicionalmente ha caracterizado a la personalidad jurídica³⁵⁷, durante los últimos lustros se han venido consagrado con fines específicos y en diversas leyes precisas y específicas, regulaciones, por ejemplo, sobre obligaciones recíprocas o solidarias entre las empresas componentes de determinados grupos económicos; sobre el tratamiento de éstos en particular, y sobre el control de las sociedades que los componen, a los efectos de permitir la actuación de control de la Administración Pública sobre sociedades relacionadas o vinculadas con las que operan en el sector económico objeto de control estatal. La constitución de grupos económicos, por tanto, es lícita en el ordenamiento jurídico venezolano, y sólo podría considerarse ilícita cuando se demuestre que la creación de sociedades de manera abusiva dentro de un grupo económico, es el resultado de una simulación entre sus componentes para eludir el cumplimiento de determinadas obligaciones.

La situación la resumió la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia n° 558/2001 (Caso: *Cadafé*), señalando que:

“La existencia de grupos empresariales o financieros es lícita, pero ante la utilización por parte del controlante de las diversas personas jurídicas (sociedades vinculadas) para diluir en ellas su responsabilidad o la del grupo, en sus relaciones con las terceras personas, han surgido *normas en diversas leyes* que persiguen la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica de dichas sociedades vinculadas, permitiendo al acreedor de una de dichas sociedades, accionar contra otra con la que carecía objetivamente de relación jurídica, para que le cumpla, sin que ésta pueda oponerle su falta de cualidad o de interés”.

Como se desprende de este texto de la Sala Constitucional, la posibilidad de aplicar la doctrina de la despersonalización societaria o del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, ante todo de-

zos del Siglo XXI. *Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Ed. Civitas, Madrid, Tomo II, pp. 2035-2063.

357 Francisco Hung V., *loc. cit.*, p. 2035.

pende de la expresa regulación legal que se haya previsto en el ordenamiento jurídico, por lo que debe corresponder en general a los jueces su aplicación sea cuando la ley expresamente lo autorice o cuando esté comprobada la utilización de la personalidad jurídica como un hecho abusivo, constitutivo de un acto de simulación y, por tanto, ilícito.

La figura, por tanto, *es de la estricta reserva legal*, pues al permitirse que los jueces puedan enervar en un caso concreto la ficción de la personalidad jurídica, ello constituye una limitación al derecho de asociación garantizado en el artículo 52 de la Constitución así como, en su caso, a la garantía de la libertad económica regulada en el artículo 112 del mismo texto constitucional. Es decir, la despersonalización de la sociedad sólo puede decidirse por los jueces cuando mediante un proceso se compruebe la simulación en la utilización de la personalidad jurídica; o cuando el ordenamiento jurídico la autorice mediante norma legal expresa, por tratarse de un régimen que es de la reserva legal al constituir una limitación a los derechos constitucionales, y que por ello es de aplicación restrictiva.

I. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA DESPERSONALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES

En efecto, tanto para que se pueda decidir el levantamiento del velo de las sociedades o acordar la despersonalización societaria, como para el establecimiento de determinadas obligaciones solidarias entre los miembros de un grupo económico, de acuerdo con el ordenamiento constitucional venezolano siempre se requiere de texto legal expreso que la regule o autorice, pues ello constituye una materia de la reserva legal, dado que ello constituye una limitación a diversos derechos constitucionales, particularmente los derechos constitucionales a la libre asociación y a la libertad económica y de empresa.

1. *El derecho constitucional de asociación*

En el mundo contemporáneo, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica no sólo lo tienen las personas naturales, como derecho humano tal y como está regulado en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que también lo tienen las mismas personas naturales cuando constituyen personas

jurídicas o morales como consecuencia, por ejemplo, del ejercicio del derecho constitucional de asociación. Estas, una vez constituidas, como tales personas jurídicas, también tienen derecho al reconocimiento de su propia personalidad.

Por tanto, el levantamiento del velo de las personas jurídicas o la despersonalización de las sociedades constituye, ante todo, una limitación al derecho de asociación garantizado en el artículo 52 de la Constitución de 1999, en el cual no sólo se establece el derecho de toda persona “de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley”, sino que se precisa que “el Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho”.

Como se dijo, una de las consecuencias jurídicas más destacadas del ejercicio de este derecho constitucional de asociación, y quizás la más tradicional de todas, es la posibilidad que tienen las personas naturales y jurídicas de poder constituir conforme a las prescripciones del Código Civil y del Código de Comercio, otras entidades o personas jurídicas (morales) distintas de las personas que las constituyen, como son las sociedades civiles o mercantiles. El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que garantiza el artículo 20 de la Constitución, por tanto, garantiza a las personas naturales el poder libremente constituir personas jurídicas con patrimonio propio y distinto de las que las constituyen, con las solas limitaciones que puedan derivarse del ejercicio de sus derechos por las demás personas y del orden público o social; limitaciones que deben establecerse expresamente en las leyes.

Además, la misma previsión de la posibilidad de la personalidad jurídica o moral en el ordenamiento jurídico, debe considerarse como el producto más acabado de la protección que el Estado ha estructurado respecto de determinados intereses personales o patrimoniales, los cuales manifestados en un sustrato personal o real, son precisamente los que se protegen cuando se permite dotarlos de una personalidad jurídica, diferente y diferenciada de la que tienen quienes promueven o establecen la sociedad civil o mercantil. Como lo establece el artículo 201 del Código de Comercio: “Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios”; principio que resulta general para todas las personas jurídicas o morales, pues igualmente podría decirse por ejemplo, que las sociedades civiles constituyen personas jurídicas distintas de las de sus asociados; que

las fundaciones constituyen personas jurídicas distintas de las de sus fundadores o administradores; o que las corporaciones o comunidades (los colegios profesionales, los sindicatos, los partidos políticos, por ejemplo) constituyen personas distintas de las de sus miembros o integrantes.

El Estado está obligado, por tanto, no sólo a proteger el derecho de asociación de las personas, sino a proteger su producto más inmediato y acabado: las personas jurídicas o morales que resultan del ejercicio de dicho derecho. Ello resulta además, de la propia Constitución, cuando establece en general la obligación del Estado de proteger el ejercicio de todos los derechos constitucionales al consagrar, en general, respecto de todos los derechos humanos (incluido el derecho de asociación), que su respeto y garantía “son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen” (Art. 19).

Por supuesto, como sucede en general con todos los derechos constitucionales, las personas que ejercen el derecho de asociación mediante la creación de personas jurídicas societarias, como se ha dicho, tienen como límite para su ejercicio “el derecho de los demás y el orden público y social” (Artículo 20 de la Constitución). Ello es lo que faculta al Estado, por supuesto sólo mediante ley (principio de reserva legal), para establecer límites y regulaciones en relación con el ejercicio de dicho derecho, que tienen que tener como justificación la protección del derecho de las demás personas y del orden público y social que corresponde a la comunidad en general.

En esta forma, una vez constituida una persona jurídica, como las sociedades anónimas por ejemplo, la misma es diferente de la personalidad de sus promotores, socios o administradores; y responde en el mundo del derecho con su propio patrimonio. Si una sociedad es la obligada, está sujeta a cumplir con su obligación con “todos sus bienes habidos y por haber” (Art. 1.863 del Código de Comercio); y son esos bienes de la persona jurídica los que son “la prenda común de sus acreedores” (Art. 1.864 del Código Civil). En esta materia priva el principio de la individualidad patrimonial de los sujetos de derecho, como principio esencial del derecho que explica porqué las sociedades responden de sus obligaciones frente a terceros con su propio

patrimonio. Toda excepción a este régimen general tiene que ser el resultado de una previsión legislativa expresa.

2. *La libertad económica y el derecho constitucional a la libre empresa*

El artículo 112 de la Constitución de 1999 establece el derecho de todas las personas de poder dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. Como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo:

“[El] derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad *de su preferencia* en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas”³⁵⁸.

La libertad económica, por tanto, queda sujeta a limitaciones legales, habiéndose agregado en la Constitución, al enunciado de motivos de las mismas, las razones de desarrollo humano y protección del ambiente³⁵⁹. Sobre estas limitaciones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia n° 85 de 24 de enero de 2002 (Caso: *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal vs. Superintendencia de Bancos*), ha establecido su criterio de que -la ganancia o la libertad negocial no pueden partir de una ilimitada y desorbitada explotación de los demás-, “y menos en áreas que por mandato constitucional pertenecen al Estado, o donde éste otorga a particulares concesiones; o los autoriza para que exploten dichas áreas o actúen en ellas”. Los “particulares pueden crear en estos espacios autorizados

358 V. sentencia n° 460 de 06-04-2001, (Caso: *Oly One Import C.A. vs. Guardia Nacional*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

359 V. sobre la evolución constitucional de la libertad económica, en Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, San Cristóbal, 1996, pp. 662 y ss.

riqueza propia, pero esta creación no puede ser en detrimento de quienes entran en contacto con las actividades que se realizan en ellas, y que por ser atinentes a todos los venezolanos, mal pueden ser aprovechados por algunos en desmedido perjuicio de los otros”³⁶⁰. La Sala Constitucional, incluso agregó, en dicha sentencia lo siguiente:

“No es que el Estado Social de Derecho propenda a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad, sino que es un Estado que protege a los habitantes del país de la explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza, y que conforme a las metas contenidas en el Preámbulo de la Constitución, tiende en toda forma a evitar la actividad monopólica, los abusos de la posición de dominio, la demanda concentrada (artículo 113 constitucional); los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (artículo 114 *eiusdem*); la adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (artículo 117 constitucional)”³⁶¹.

En todo caso, en cuanto a las limitaciones a la libertad económica, dado el principio de la reserva legal, las mismas tienen que estar establecidas en la ley, sin que la misma pueda desnaturalizar el derecho mismo. Así lo precisó la misma Sala Constitucional en sentencia N° 329 de 4 de mayo de 2000:

“De las normas antes transcritas se puede colegir, que las mismas consagran la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante la ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe destacarse que ello no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del legislador, el cual, no podrá incurrir en arbitrariedades y pretender calificar por ejemplo, como “razones de interés social” limitaciones a la libertad económica que resulten contrarias a los principios de justicia social, ya que, si bien la capacidad del Estado de limitar la libertad económica es flexible, dicha flexibilidad existe mientras ese derecho no se desnaturalice. En este mismo sentido debe entenderse

360 Caso: *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal vs. Superintendencia de Bancos en Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

361 *Idem*.

que cuando la norma transcrita se refiere a las limitaciones a dicho derecho, y señala sólo “*las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes...*” no puede interpretarse que la Constitución establezca garantías cuya vigencia pueda ser determinada soberanamente por el legislador ya que todos los derechos subjetivos previstos en la Constitución son eficaces por sí mismos, con independencia de la remisión legal a la que pueda aludir la Constitución. Lo que la Ley Fundamental ofrece es un “*estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitando de ningún complemento para ser operativo inmediatamente*” (E. García de Enterría, citado por Linares Benzo, Gustavo, en su ponencia “Lo que la Libertad Económica saca del Juego” en el IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional)³⁶².

En sentido similar lo ha establecido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia n° 177 de 1 de marzo de 2001 (Caso: *Video & Juegos Costa Verde vs. Prefecto Municipio Maracaibo*):

“El derecho a la libertad económica indudablemente es un derecho de los denominados “limitables”, en el sentido de que el Estado tiene la facultad de regular su ejercicio, a través de normas sustantivas de control de la actividad particular, con el propósito de lograr el desarrollo del referido derecho, bajo parámetros de orden y control, que no pongan en juego el buen estado de la cosa pública. Esto es lo que en doctrina administrativa se ha denominado como la intervención administrativa, comúnmente identificada con el nombre de “policía”. Ella atiende a la modalidad de obrar mediante la ocurrencia de actos de contenido operativo, prohibitivos y limitativos, dentro de la estructura organizativa de la función administrativa. Así, la actividad de policía, se reduce en su régimen jurídico íntegramente al previsto por el Derecho Público.

Por otra parte, desde el mismo momento en que la “policía administrativa”, faculta al Estado para tomar ciertas medidas que influyen en la esfera de los derechos propios de los particulares -(entre ellos el de la libertad económica)- respetando por supuesto la especificidad jurídica de medios y fines de tal actuación de policía, nos adentramos en el campo de los límites a los derechos constitucionales, y el alcance de tales potestades de policía, se configurarían como “límites a las limitaciones” antes referidas...

362 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 358-359.

En consecuencia, queda suficientemente claro que el fundamento de estas limitaciones reside en la necesidad de satisfacer exigencias y requerimientos propios del interés público, contra el que no pueden prevalecer los derechos y los intereses particulares, dentro del marco de razonabilidad previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para la cual, nuestra sociedad política y jurídica ha sido concebida y creada en aras de la obtención del bienestar general, que incluye el bien común de todos y cada uno de nosotros, pero sin que los individuos puedan abdicar para ello de sus propios derechos y libertades, sino simplemente verlos restringidos por la necesaria prevalencia del interés público.

Ahora bien, esos límites que están facultado el Estado para imponer, tienen a su vez limitaciones, constituidas principalmente por la razonabilidad de la actividad administrativa, y por la adecuación de ésta al principio de legalidad.

En cuanto al primero de los supuestos, en los casos concernientes al ejercicio de la policía administrativa, deben concurrir las siguientes situaciones: 1) fin público que habilite la actuación; 2) circunstancia justificantes; y 3) adecuación del medio elegido al fin propuesto. Lo cierto es que el principio de razonabilidad obliga a ponderar con prudencia las consecuencias sociales de la decisión, para evitar la arbitrariedad por “prohibiciones injustificadas” o por “excepciones arbitrarias”. (Vid. Canasi, José, *Poder de Policía y Cuestiones de Jurisdicción*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1963, pág. 38 y siguientes).

En lo que respecta al segundo de lo supuesto -esto es la adecuación de la actividad al principio de legalidad- se refiere a que las limitaciones que imponga el Estado al ejercicio de los derechos constitucionales, deben tener contenido legislativo, vgr. “reglamentos de policía” que imponen “penas de policía”, ya que éstas sin contenido legislativo, se configurarían como penas inconstitucionales. (Vid. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 523 y siguientes)³⁶³.

En todo caso, además, conforme al artículo 112 de la Constitución, y como garantía adicional de libertad económica, se obliga al Estado a promover la iniciativa privada, garantizando “la libertad de trabajo, la *libertad de empresa*, la libertad de comercio, la libertad de industria”, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para pla-

363 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.

nificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Ahora bien, conforme a estos principios constitucionales, entre las disposiciones legales limitativas a la libertad económica y a la libertad de empresa, deben destacarse las que se han venido sancionando sobre los grupos económicos y las sociedades controlantes y controladas con diversos fines y consecuencias, y que entre otras, las que están contenidas en la Ley del Mercado de Capitales sobre sociedades dominantes, dominadas y participaciones recíprocas (arts. 55 y ss); en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia sobre la posición de dominio en el mercado y las personas relacionadas (artículos 14 y 15); en la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional (artículo 2) sobre las personas asociadas; en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras sobre las empresas relacionadas o vinculadas de carácter no financiero sometidas al control de la Superintendencia de bancos (artículos 161 al 170); en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario sobre condiciones abusivas en relación con los consumidores (artículo 15); en el Código Orgánico Tributario sobre unidades económicas a los efectos de la verificación del hecho imponible (artículo 22); en la Ley de Impuesto sobre la Renta sobre personas vinculada, consorcios y partes relacionadas (artículos 10, 112, 113), Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (artículo 1º); en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (artículo 9); en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (artículo 191) y en la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 177) sobre la determinación de los beneficios de las empresas a los efectos del cálculo del derecho de los trabajadores a participar en los mismos.

En general, conforme a dichas leyes y mediante disposiciones legales expresas, en muchos casos se ha venido permitido tratar a grupos económicos como una unidad o se ha previsto la posibilidad de exigir responsabilidad a cualquiera de los integrantes de grupos económicos, o al grupo en su globalidad. Sin embargo, no todas las mencionadas disposiciones legales conducen necesariamente a la posibilidad misma del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Basta recordar, por ejemplo, que las disposiciones de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (arts. 161 y 162) ni siquiera facultan a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras para desconocer la personalidad jurídica de socieda-

des, sino que a lo que la facultan es para supervisar y controlar sociedades *distintas* a las instituciones financieras pero que conformen un grupo económico con alguna de ellas.

En todo caso, como lo destacó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 903 de 14 mayo de 2004 (Caso: *Transporte SAET S.A.*), aprobada con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo sólo puede ocurrir “cuando se cumplen los supuestos de hecho de sus normas”; lo que implica el reconocimiento explícito de la reserva legal en la materia; circunstancia que la propia Sala Constitucional desconoció, precisamente en la misma contradictoria e inconstitucional sentencia antes mencionada, cuyo contenido motiva estos comentarios, pues en la misma se avaló la violación del derecho a la defensa de una empresa condenada sin ser citada y ni siquiera ser mencionada en las actas de un proceso; principio del debido proceso que la misma Sala había defendido en sus sentencias, precisamente con ponencias del mismo Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

II. LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y EL CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA

La más importante de las garantías constitucionales que tiene toda persona natural o jurídica, además del acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, es que la justicia se imparta de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, en el curso de un debido proceso, cuyos principios se aplican no sólo en las actuaciones judiciales sino administrativas.

La garantía al debido proceso³⁶⁴ que se ha desarrollado detalladamente en el artículo 49 de la Constitución, ha sido analizada extensamente por el Tribunal Supremo de Justicia, calificándosela por la

364 V. en general, Antonieta Garrido de Cárdenas, “La naturaleza del debido proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 89-116; Antonieta Garrido de Cárdenas, “El debido proceso como derecho fundamental en la Constitución de 1999 y sus medios de protección”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen I, pp. 127-144.

Sala Constitucional como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho”³⁶⁵. Así, en sentencia n° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), la Sala Constitucional señaló que “se denomina debido proceso a aquél proceso que reúne las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva”, no siendo una clase determinada de proceso, “sino la necesidad de que cualquiera sea la vía 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”³⁶⁶.

Por su parte, en sentencia n° 157 de 17 de febrero de 2000, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo (Caso: *Juan C. Pareja P. vs. MRI*), precisó 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. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han precisado, que este derecho no debe configurarse aisladamente, sino vincularse a otros derechos fundamentales como lo son, el derecho a la tutela efectiva y el derecho al respeto de la dignidad de la persona humana...

El artículo 49 del Texto Fundamental vigente consagra que el debido proceso es un derecho *aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas*, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que *el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener*

365 V. sentencia n° 123 de la Sala Constitucional (Caso: *Sergio J. Meléndez*) de 17 de marzo de 2000, en *Revista de Derecho Público*, n° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 143.

366 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos”³⁶⁷.

En particular, en relación con el proceso penal o sancionatorio en general, la misma Sala Político Administrativa ha precisado las siguientes garantías derivadas del debido proceso: el derecho al Juez natural (numeral 4 del artículo 49); el derecho a la presunción de inocencia (numeral 2 del artículo 49); el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados (numeral 1 del artículo 49); el derecho a ser oído (numeral 3 del artículo 49); el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (numeral 8 del artículo 49); el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (numeral 1 del artículo 49); el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma (numeral 5 del artículo 49); y el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses del procesado (artículo 26 de la Constitución)³⁶⁸.

Como lo ha reiterado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia n° 80 de 1 de febrero de 2001 (Caso: *Impugnación de los artículos 197 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*):

“La referida norma constitucional, recoge a lo largo de su articulado, la concepción que respecto al contenido y alcance del derecho al debido proceso ha precisado la doctrina más calificada, y según la cual el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías, que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las del ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, la articulación de un proceso debido, la de obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, la de ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente, la de un proceso sin dilaciones indebidas y por supuesto, la de ejecución de las sentencias que se dicten en tales procesos. Ya la jurisprudencia y la doctrina habían entendido, que el derecho al debido proceso debe aplicarse y respetarse en cualquier estado y grado en que se encuentre la causa, sea ésta judicial o administrativa, pues dicha afirmación parte del principio de igualdad frente a la ley, y que en materia procedimental representa

367 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 135.

368 V. sentencia n° 224 de 24-02-2000, *idem*, pp. 136 y ss.

igualdad de oportunidades para las partes intervinientes en el proceso de que se trate, a objeto de realizar -en igualdad de condiciones y dentro de los lapsos legalmente establecidos- todas aquellas actuaciones tendientes a la defensa de sus derechos e intereses”.

Ahora bien, en particular, en relación con la garantía del derecho a la defensa, el ordinal 1º del artículo 49 de la Constitución no sólo establece el derecho a la *defensa*, sino a la *asistencia jurídica* (de abogado)³⁶⁹ los que considera como derechos inviolables en *todo estado y grado* de la investigación y del proceso. Adicionalmente, precisa que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se la investiga, de *acceder a las pruebas* y de *disponer del tiempo* y de los medios adecuados para ejercer su *defensa*. El derecho a la defensa ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como por la de la antigua Corte Suprema de Justicia, considerándose como “garantía que exige el respeto al principio esencial de contradicción, conforme al cual, las partes enfrentadas, en condiciones de igualdad, deben disponer de mecanismos suficientes que les permitan alegar y probar las circunstancias tendientes al reconocimiento de sus intereses, necesariamente, una sola de ellas resulte gananciosa”. (Sentencia nº 1166 de 29 de junio de 2001, Ponente Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: *Alejandro Moreno vs. Sociedad Mercantil Auto Escape Los Arales, S.R.L.*)³⁷⁰

369 La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia nº 352 de 22-03-2001 (Caso: *Colegio de Médicos del Distrito Federal vs. Federación Médica Venezolana*) en tal sentido ha señalado que “la intervención real y efectiva del abogado garantiza a las partes actuar en el proceso de la forma más conveniente para sus derechos e intereses y les permite defenderse debidamente contra la parte contraria”, en *Revista de Derecho Público*, nº 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 100 y ss.

370 Esto ya lo había sentado la sentencia nº 3682 de 19 de diciembre de 1999, la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia al destacar que el reconocimiento constitucional del derecho a la defensa se extiende a todas las relaciones de naturaleza jurídica que ocurren en la vida cotidiana, y con especial relevancia, en aquellas situaciones en las cuales los derechos de los particulares son afectados por una autoridad pública o privada; de manera que el derecho constitucional impone que en todo procedimiento tanto administrativo como judicial, “se asegure un equilibrio y una igualdad entre las partes intervinientes, garantizándole el derecho a ser oída, a desvirtuar lo imputado o a probar lo contrario a lo sostenido por el funcionario en el curso del procedimiento”. V. en *Revista de Derecho Público*, nº 79-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

El derecho a la defensa, como garantía del debido proceso, por tanto, no puede ser desconocido ni siquiera por el legislador.³⁷¹ Esto lo ha precisado con claridad, la misma sala Constitucional en sentencia n° 321 de 22 de febrero de 2002, con Ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*) en la cual ha precisado que las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental, derivan por sí mismas del texto constitucional y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas, señalando lo siguiente:

“[D]ebe observarse que tanto el artículo 68 de la abrogada Constitución, como el 49.1 de la vigente, facultan a la ley para que regule el derecho a la defensa, regulación que se ve atendida por el ordenamiento adjetivo. Ello en modo alguno quiere significar que sea disponible para el legislador el contenido del mencionado derecho, pues éste se halla claramente delimitado en las mencionadas disposiciones; si no que por el contrario, implica un mandato al órgano legislativo de asegurar la consagración de mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, no sólo en sede jurisdiccional, incluso en la gubernativa, en los términos previstos por la Carta Magna. De esta forma, las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional”.

El derecho a la defensa, por tanto, es un derecho constitucional absoluto, “inviolable” en todo estado y grado de la causa dice la Constitución, el cual corresponde a toda persona, sin distinguir alguno si se trata de una persona natural o jurídica, por lo que no admite

371 Por ello, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia, ha desaplicado por ejemplo normas que consagran el principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, por considerarlas inconstitucionales. V. Sentencia n° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo V.* en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

excepciones ni limitaciones³⁷². Dicho derecho “es un derecho, fundamental que nuestra Constitución protege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige”³⁷³.

Todas las Salas del Tribunal Supremo han reafirmado el derecho a la defensa como inviolable. Así, por ejemplo, la Sala de Casación Civil en sentencia n° 39 de 26 de abril de 1995 (Caso: *A.C. Expresos Nas vs. Otros*), ha señalado sobre “el sagrado derecho a la defensa” es un “derecho fundamental cuyo ejercicio debe garantizar el Juez porque ello redundaría en la seguridad jurídica que es el soporte de nuestro estado de derecho; más cuando la causa sometida a su conocimiento se dirige a obtener el reconocimiento y posterior protección de los derechos con rango constitucional”. Este derecho, ha agregado la Sala, “es principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado y grado de la causa”³⁷⁴. En otra sentencia n° 160 de 2 de junio de 1998, la Sala de Casación Civil reiteró dicho derecho ha “entenderse como la posibilidad cierta de obtener justicia del tribunal competente en el menor tiempo posible, previa realización, en la forma y oportunidad prescrita por la ley, de aquellos actos procesales encaminados a hacer efectivos los derechos de la persona” agregando que, por tanto, no es admisible “que alguien sea condenado si antes no ha sido citado, oído y vencido en proceso judicial seguido ante un juez competente, pues en tal caso se estaría ante una violación del principio del debido proceso”³⁷⁵.

Por su parte la Sala de Casación Penal de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de junio de 1996, sostuvo que:

372 Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15-8-97 (Caso: *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)*) señaló que. “resulta inconcebible en un Estado de Derecho, la imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en el general, cualquier tipo de limitación o restricción a la esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa”. V. en *Revista de Derecho Público*, n° 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

373 Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia n° 572 de 18-8-97. (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*).

374 V. en Jurisprudencia Pierre Tapia, n° 4, Caracas, abril 1995, pp. 9-12

375 V. en Jurisprudencia Pierre Tapia, n° 6, junio 1998, pp. 34-37

“El derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado e cumplimiento previo a la imposición de toda sanción de un conjunto de actos o procedimientos destinados o permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan, las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho de defensa es equiparable a lo que en otros estados de derecho ha sido llamado como principio del debido proceso”³⁷⁶

La Corte Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia, por su parte, en sentencia de 30 de julio de 1996, enmarcó el derecho a la defensa dentro del derecho de los derechos humanos, protegido además en el ámbito de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, conforme al principio de la progresividad, señalando lo siguiente:

“Por ello, la Constitución de la República estatuye que la defensa pueda ser propuesta en todo momento, “en todo estado y grado del proceso”, aún antes, entendiéndose por proceso, según Calamandrei, “el conjunto de operaciones metodológicas estampadas en la ley con el fin de llegar a la justicia”. Y la justicia la imparte el Estado. En el caso concreto que se estudia, a través de este Alto Tribunal. El fin que se persigue es mantener el orden jurídico.

Así mismo, debe anotar la Corte que en materia de Derechos Humanos, el principio jurídico de progresividad envuelve la necesidad de aplicar con preferencia la norma más favorable a los derechos humanos, sea de Derecho Constitucional, de Derecho Internacional o de derecho ordinario. Esta doctrina de interpenetración jurídica fue acogida en sentencia de 3 de diciembre de 1990 por la Sala Político-Administrativa, en un caso sobre derechos laborales, conforme a estos términos:

[...] Igualmente debe señalarse que el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal *constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan, de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental*. Según el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenido en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana,

376 V. en Jurisprudencia Pierre Tapia, n° 6, Caracas, junio 1996

no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos...”

Desde el punto de vista internacional, considera este Alto Tribunal que importa fortalecer la interpretación sobre esta materia, señalando la normativa existente.

Así, entre otros, el artículo 8 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o Tribunal competentes, 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 carácter”.

De la misma manera, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, garantiza a toda persona el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales, mediante proceso legal y justo, en el cual se aseguren en forma transparente todos sus derechos.

Esta normativa rige en plenitud dentro del país. Al efecto y tal como se indicó anteriormente, el artículo 50 de la Constitución de la República consagra la vigencia de los derechos implícitos conforme a la cual:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuran expresamente en ella”.

A ello se agrega que las reproducidas disposiciones de tipo internacional se encuentran incorporadas al ordenamiento jurídico interno, conforme a lo previsto en el artículo 128 de la Constitución de la República”.³⁷⁷

Pero además, con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la nueva Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en sentencias con Ponencias del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, ha insistido en el carácter absoluto e inviolable del derecho a la defensa. Así, por ejemplo, en sentencia n° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A.*

377 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 67-68, EJV, Caracas, julio-diciembre 1996, pp. 169-171.

vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas), la Sala señaló:

“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.

De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes”³⁷⁸.

Sin embargo, ha sido la misma Sala Constitucional en la antes mencionada sentencia n° 903 de 14 de mayo de 2004 (Caso: *Transporte SAET S.A.*), dictada sobre una Ponencia del mismo Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, la que ha avalado la violación del derecho a la defensa de una empresa, mediante la construcción de una ilegal teoría de los grupos económicos combinada con una también ilegal distorsión de los principios de la responsabilidad societaria.

III. LOS GRUPOS ECONÓMICOS CONFORME A LA DOCTRINA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1. *La sentencia del Caso: Transporte SAET S.A. de 14 mayo de 2004*

Ahora bien, la Sala Constitucional, con fecha 14 de mayo de 2004 y con Ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, dictó

378 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, EJV, Caracas, 2000.

la sentencia n° 903 en el Caso: *Transporte SAET S.A.*, con ocasión de conocer de un recurso de revisión que se había interpuesto contra una sentencia de amparo dictada por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas el 26 de diciembre de 2002. En la sentencia de dicho Juzgado Superior se había declarado con lugar una acción de amparo intentada por la empresa Transporte SAET S.A. contra una sentencia de un Tribunal de instancia en materia laboral, mediante la cual *se la había condenado sin siquiera haber participado en el juicio, ni haber sido citada y ni siquiera haber sido mencionada dicha empresa en las actas del proceso*; condena que se había producido por obligaciones laborales que habían sido contraídas por otra empresa distinta denominada Transporte SAET La Guaira C.A..

La Sala Constitucional con su decisión, despersonalizó la sociedad Transporte SAET S.A., incluso sin que la Ley Orgánica del Trabajo así lo regulara o permitiera; y lo más grave, avaló la violación al debido proceso y, en particular, al derecho a la defensa de Transporte SAET S.A., que la sentencia de amparo del Tribunal Superior había querido proteger.

En efecto, en dicha sentencia, la Sala Constitucional, luego de analizar las antes referidas leyes y precisar, en general, sus criterios para determinar la existencia de grupos económicos en el ordenamiento jurídico venezolano, así como sus características generales, pasó a generalizar, sin fundamento legal alguno para ello, sobre las consecuencias jurídicas de las obligaciones de aquellos y sobre la despersonalización de las sociedades; y todo ello, para justificar la violación flagrante que el caso concreto debatido judicialmente había ocurrido respecto del derecho al debido proceso de la empresa que había sido condenada (*Transporte SAET S.A.*), la cual como se dijo, ni había sido la demandada, ni había sido citada en juicio y ni siquiera había sido mencionada a lo largo del proceso. La Sala Constitucional, además, distorsionó la intención de la norma que regula la forma de cálculo de prestaciones en la Ley Orgánica del Trabajo (art. 177), admitió la inconstitucional previsión del Reglamento de dicha Ley sobre obligaciones solidarias en materia laboral de los grupos económicos (Art. 21), y se excedió incluso respecto de lo que establece la norma, convirtiendo incluso las obligaciones solidarias reglamentariamente

creadas en obligaciones indivisible, lo que por lo demás, es *contra natura*.

Es decir, la Sala Constitucional, de un plumazo, en una sentencia en la cual al decir del *Voto Salvado* del Magistrado Rondón Haaz, se hacen afirmaciones que “son falsas, contienen imprecisiones de orden técnico, excesos expresivos, contradicciones”; trastocó el régimen de la personalidad de las sociedades, hizo estallar la garantía del debido proceso, y cambió ilícitamente el régimen de las obligaciones establecido en el Código Civil.

En la parte motiva de la sentencia, la Sala Constitucional, del análisis de las normas legales antes citadas, dedujo sus criterios sobre la determinación de los grupos económicos en el ordenamiento jurídico venezolano y estableció sus características.

2. *Los criterios para determinar la existencia de grupos económicos*

En efecto, en la mencionada sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al referirse al conjunto de disposiciones de las leyes antes mencionadas, señaló que “permiten exigir responsabilidades a cualquiera de los miembros del grupo o a él mismo como un todo, siempre y cuando se cumplan los supuestos de hecho de sus normas”; sintetizando los criterios para determinar cuando se esta en presencia de un grupo, en la forma siguiente:

En *primer lugar*, el criterio del interés determinante, lo que es tomado en cuenta en la Ley de Mercado de Capitales (artículo 67.4) y en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (artículo 15).

En *segundo lugar*, el criterio del control de una persona sobre otra, acogido en el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, y en el artículo 2.16.f) de la Ley sobre Prácticas Desleales en el Comercio Internacional, y la Ley de Mercado de Capitales.

En *tercer lugar*, el criterio de la unidad económica, el cual se enfoca desde la unidad patrimonial o de negocios. Este criterio, de acuerdo a la doctrina de la Sala Constitucional “se presume cuando hay identidad entre accionistas o propietarios que ejerzan la administración o dirección de, al menos, dos empresas; o cuando un conjunto de compañías o empresas en comunidad realicen o exploten negocios

industriales, comerciales o financieros conexos, en volumen que constituya la fuente principal de sus ingresos". Este es el criterio sería el acogido por la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 177, donde se toma en cuenta al bloque patrimonial, como un todo económico, para reconocer la existencia del grupo.

En *cuarto lugar*, el criterio de la influencia significativa, que consiste en la capacidad de una institución financiera o empresa inversora para afectar en un grado importante, las políticas operacionales y financieras de otra institución financiera o empresa, de la cual posee acciones o derecho a voto (artículo 161, segundo aparte y siguientes de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras).

3. *Las características de los grupos económicos*

De la normativa antes señalada, la Sala Constitucional aisló las siguientes características de los grupos económicos, que conforme a su criterio permiten calificarlos de tales:

En *primer lugar*, dijo la Sala, que "debe tratarse de un conjunto de personas jurídicas que obran concertada y reiterativamente, en sentido horizontal o vertical, proyectando sus actividades hacia los terceros".

En *segundo lugar*, a juicio de la Sala, tiene que existir el actuar concertado, es decir, "es necesario que exista un controlante o director que, efectivamente, ejerza el control; o la posibilidad inevitable de que una o varias personas (naturales o jurídicas) puedan dirigir a otras personas jurídicas, imponiéndole directrices".

En *tercer lugar*, "ese control o dirección puede ser directo, como se evidencia de una objetiva gerencia común; o puede ser indirecto, practicado diafanamente o mediante personas interpuestas. En relación con este control indirecto la sala se refirió a las cadenas de compañías o sociedades, doctrinariamente llamadas "instrumentalidades" que son las que reciben del controlante la dirección". Lo que caracteriza al grupo a juicio de la Sala "es la relación entre controlantes y controlados", por lo que por ejemplo, debe tenerse como el o los controlantes "a quien corresponde la administración del conjunto; o a quien tiene la mayor proporción del capital o del total de operaciones; o el mayor número de activos reflejados en el Balance.

En *cuarto lugar*, ha señalado la Sala que “los miembros del conjunto no requieren tener el mismo objeto social”, aun cuando algunas leyes, como las de bancos y de seguros, en principio requieren que el objeto o la actividad principal de los miembros del grupo sea complementario o conexo al de los bancos o al de las empresas de seguros, según el caso.

En *quinto lugar*, los controlados deben seguir órdenes de los controlantes; de allí la unidad de dirección, gestión, o gerencia común, por lo que en consecuencia, ellos son instrumentos a un fin.

En *sexto lugar*, señaló la Sala, “los administradores de los controlados, como condición natural del grupo, carecen de poder decisorio sobre las políticas globales que se aplican a sus administradas, ya que reciben órdenes sobre lo que han de hacer las sociedades que manejan. De no ser así, no existiría unidad de decisión o gestión”.

En *séptimo lugar*, de acuerdo con el criterio de la Sala, “la noción de grupo, es excluyente en el sentido que, al ser una unidad, un grupo no puede ser parte de otro, él es o no grupo, y cuando se asocia en un negocio determinado con otro o con alguien, no se conforma entre ellos un solo grupo, sino el consorcio de dos o más entes para realizar un fin específico y puntual”.

En *octavo lugar*, consideró la sala que “siendo lo importante en la concepción jurídica grupal, la protección de la colectividad, ante la limitación de la responsabilidad que surge en razón de las diversas personalidades jurídicas actuantes, es evidente que lo que persiguen las normas que se refieren a los grupos, es que los verdaderos controlantes respondan por los actos del grupo, o que las personas jurídicas más solventes de estos conglomerados encaren las responsabilidades del conjunto; y por ello no sólo las diversas personas jurídicas están sujetas a pagar o a cubrir obligaciones del grupo, sino también las personas naturales que puedan ser señaladas, conforme a los supuestos objetivos prevenidos en las leyes, como controlantes”.

En *noveno lugar*, la Sala precisó que todas las leyes antes citadas, “toman como sujetos del grupo a las sociedades civiles y mercantiles, ya que lo que persiguen es que la personalidad jurídica se allane y los terceros puedan resarcirse”, siendo diversa la situación, cuando se trata de dos o más personas naturales que realizan operaciones por interpuestas personas, pues, en estos casos, se estaría ante simples simulaciones.

En *décimo lugar*, siendo el grupo “una unidad que actúa abierta o subrepticamente” estimó la Sala que “esa unidad puede estar domiciliada (como unidad, a pesar de su aparente fraccionamiento), tanto dentro de Venezuela, como fuera de ella”, de manera que “los grupos económicos o financieros son instituciones legales, que pueden asumir carácter trasnacional”.

En *décimo primer lugar*, conforme al criterio de la Sala, “la noción de grupo, significa permanencia y no relación ocasional para uno o varios negocios, ya que esto último, jurídicamente, es una asociación, que puede no tener personalidad jurídica. El grupo, al contrario, no es para un negocio determinado, sino para actuar dentro de una o varias actividades económicas permanentemente, de allí su diferencia con asociaciones en cuentas de participación, o consorcios para la construcción o manejo de una obra, o para la explotación de un negocio”.

De todas estas características, concluyó la Sala señalando que

“[C]onforme a las leyes venezolanas citadas, los grupos económicos adquieren como tal responsabilidades y obligaciones, sin importar cuál sector del grupo (cuál compañía) las asume, por lo que la personalidad jurídica de las sociedades responsables en concreto se desestima, y se hace extensible a otras, cuya individualidad como personas jurídicas no las protege”.

IV. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LA DESPERSONALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES EN MATERIA LABORAL

1. *La ausencia de regulación de la despersonalización de las sociedades en materia de responsabilidad laboral y las obligaciones solidarias*

Ahora bien la Ley Orgánica del Trabajo³⁷⁹ establece en su artículo 177, una norma protectora de los derechos laborales de los trabajadores, al prever que para la determinación de los beneficios de una empresa a los efectos del cálculo del monto de aquellos derechos, cuando la empresa aparezca dividida incluso entre diversas personas jurídicas, ello debe hacerse atendiendo al concepto de unidad económica. La norma, en efecto es del tenor siguiente:

379 *Gaceta Oficial*, nº 5.152 Extraordinaria de 19-06-1997.

“Artículo 177. La determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada”.

Debe destacarse que en el texto de esta norma no se hace referencia alguna a los grupos económicos, por lo que no es cierto que la Ley Orgánica del Trabajo, como lo señaló la Sala Constitucional en la antes citada sentencia n° 903, hubiera supuestamente “reconocido la existencia de grupos económicos, con base en el criterio de unidad económica”. Al contrario, en la norma no existe regulación ni indicio alguno que permita deducir la regulación de grupos económicos, ni previsión alguna sobre responsabilidades u obligaciones de ningún tipo respecto de los componentes de grupos económicos ni, en particular, sobre responsabilidades u obligaciones que pudieran corresponder de manera solidarias a diversas empresas. Lo único que se regula en la norma es que la determinación de los beneficios de una empresa se debe hacer atendiendo a la unidad económica que resulte de las diversas personas jurídicas con las que aparezca dividida.

Esta norma, sin embargo, fue desarrollada en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en el cual, sin que fuera una exigencia derivada del texto de la norma, no sólo se precisó el concepto de grupo económico que no está establecido en la Ley Orgánica, sino que se estableció en forma expresa la responsabilidad solidaria de sus integrantes, cuando ello, conforme al artículo 1.223 del Código Civil, sólo puede hacerse por convención expresa entre las partes de un contrato o mediante texto expreso de la Ley.

Apartándose de dicho principio, el artículo 21 del Reglamento de la Ley, sin embargo, estableció lo siguiente:

“Artículo 21.- Grupos de empresas: Los patronos que integren un grupo de empresas, serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores...”

Se estableció así, el principio de la solidaridad en cuanto a las obligaciones de los patronos que integren un grupo económico; y a los efectos de la aplicación de la norma, en sus dos párrafos subsiguientes se precisó, en primer lugar, cuándo se considera que existe

un grupo de empresas, como unidad económica, y en segundo lugar, los índices que presumen su existencia; así:

“Parágrafo Primero: Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.

Parágrafo Segundo: Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

- a) Existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;
- b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas;
- c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o
- d) Desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración”.

Ahora bien, las presunciones conforme al artículo 1394 del Código Civil, son “las consecuencias que la Ley o el juez sacan de un hecho para establecer uno desconocido”; y la presunción legal “es la que una disposición especial de la Ley atribuye a ciertos actos o a ciertos hechos”, que se enumeran explícitamente en el artículo 1395 del mismo Código, en relación con los actos que la ley declara nulos, con los casos en que la Ley declara que la propiedad o la liberación resultan de algunas circunstancias determinadas, y en relación con la autoridad que da la Ley a la cosa juzgada. Por tratarse de presunciones legales es que el Código dispensa de toda prueba a quien la tiene a su favor (Art. 1397 CC).

Un acto administrativo reglamentario, por tanto, no solo no puede crear una presunción legal, sino que tampoco puede crear obligaciones solidarias, lo que está reservado a la ley, por lo que el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo está viciado de ilegalidad, por violación de la garantía de la reserva legal que es el límite básico de la potestad reglamentaria. Como lo indicó el Magistrado Rondón Haaz en su *Voto Salvado* a la sentencia n° 903, la Sala Constitucional no debió siquiera haber aplicado dicha norma, y debió

desaplicarla por inconstitucional. Sin embargo, la norma no sólo fue tomada en cuenta por la Sala Constitucional, sino que en su decisión, ni siquiera la aplicó en cuanto a la posible obligación solidaria que ella ilegalmente consagra, sino que distorsionando su contenido, derivó de ella una obligación indivisible, que no existe.

2. *El tema decidendum en la sentencia de la Sala Constitucional*

En efecto, en la sentencia de amparo del Tribunal Superior con competencia laboral que había sido objeto del recurso de revisión por ante la Sala Constitucional y que finalmente sería anulada por la misma Sala, aquél había concedido el amparo a favor de la empresa Transporte SAET S.A., argumentando, en síntesis, lo siguiente:

“Es cierto, por otra parte, que el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo establece la solidaridad entre los patronos que integren un grupo de empresas; pero, procesalmente, para que opere dicha solidaridad es indispensable que las empresas involucradas, hayan tenido la oportunidad de discutir en el juicio la existencia o inexistencia de la vinculación que se les atribuye...

En este orden de ideas, se observa que de las pruebas cursantes en autos se evidencia que a pesar de la similitud de nombres entre ambas empresas, Transporte Saet, S.A. y Transporte Saet La Guaira, C.A., se trata de dos personas jurídicas perfectamente diferenciadas, que la primera de ellas nunca fue demandada; que no hubo alegatos en el libelo invocaran la solidaridad entre ellas respecto a las obligaciones laborales (...); que la sentencia no podía condenar a una persona natural o jurídica que no había sido demandada ni mucho menos citada y que, por tanto, no pudo alegar sus defensas. En fin hubo una flagrante y grosera violación del derecho a la defensa de la sociedad mercantil Transporte Saet, S.A. y del debido proceso...”

El Tribunal Superior, en su decisión, con razón, aún dando como válida y constitucional la norma del artículo 21 del Reglamento de la Ley del Trabajo en cuanto al establecimiento de la obligación solidaria entre los patronos que integren un grupo de empresas, estimó que en los casos de obligaciones solidarias no se puede ignorar el derecho al debido proceso y a la defensa, y si bien cualquiera de los codeudores podría ser demandado para el pago de la obligación, ninguno podría ser condenado sin ser citado y sin ser oído, debiendo siempre garantizársele el derecho a la defensa.

La Sala Constitucional, en cambio, señaló que como supuestamente se evidenciaba, no de las actas del proceso judicial principal de amparo, sino de las actas de la acción de amparo intentada por la empresa Transporte SAET S.A. en contra la sentencia que la había condenado *inaudita parte* y sin ser parte en el juicio:

“[Que] la Presidenta de Transporte SAET, S.A. y de Transporte SAET LA GUAIRA, C.A., es la misma persona: y que en los estatutos de Transporte SAET LA GUAIRA, C.A. se declara que su principal accionista es Transporte SAET, S.A.”

Ello, a juicio de la Sala, supuestamente demostraba:

“[Que] entre ambas sociedades, con la denominación común «Transporte Saet», existe unidad de gestión y unidad económica, por lo que se está ante un grupo que debe responder como tal a los trabajadores del mismo, así los servicios se presten a una de las sociedades que lo conforman”.

De los anteriores razonamientos, la sala concluyó entonces que

“[Al] condenarse al pago de una obligación laboral indivisible a la empresa controlante, el juez accionado en amparo no conculcó los derechos a la defensa y al debido proceso invocados por la presunta agraviada, ni actuó fuera de su competencia, contrariamente a lo declarado por el *a quo*”.

La Sala Constitucional, en esta forma, de una obligación solidaria establecida en forma inconstitucional en el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, dedujo una obligación indivisible, lo que es una imposibilidad jurídica, sólo para supuestamente justificar la violación al derecho a la defensa.

V. EL TRASTOCAMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS EN OBLIGACIONES INDIVISIBLES, HECHO POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA JUSTIFICAR LA VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

1. *Algunas precisiones sobre las obligaciones solidarias y sobre las obligaciones indivisibles*

En efecto, el artículo 1221 del Código Civil dispone que una obligación es solidaria

“[C]uando varios deudores están obligados a una misma cosa, de modo que cada uno puede ser constreñido al pago de la totalidad, y que el pago hecho por uno sólo de ellos liberte a los otros”.

Se trata, en este caso, de la llamada solidaridad pasiva que existe cuando varios deudores están obligados todos por la misma prestación o a la misma cosa, de manera que cada uno de ellos puede ser constreñido al cumplimiento por la totalidad; y si esto ocurre, ello libera a los otros.

Con esta previsión legal, el acreedor tiene la ventaja práctica de tener a su disposición varios patrimonios para exigir el pago de una sola y misma cosa o prestación, teniendo la posibilidad de obtener la prestación, aún en el caso de insolvencia de uno o varios codeudores, siempre que al menos uno de ellos sea solvente. El acreedor, por tanto, tiene la opción de escoger a cuál codeudor demandar, pudiendo siempre dirigirse a cada uno de los otros en caso de incumplimiento, aún parcial, por parte del primero o de los precedentes. En todo caso, en las obligaciones solidarias, el codeudor que haya pagado la deuda íntegra tiene derecho a repetición de los demás codeudores, pero solo por la cuota parte de cada uno de ellos (art. 1238 C.C.)

Ahora bien, conforme a lo expresamente estipulado en el artículo 1223 del Código Civil, el principio general en materia de obligaciones solidarias es que “no hay solidaridad entre deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de la ley”; es decir, la obligación solidaria sólo puede tener su origen en un contrato o en una previsión expresa de la ley; y es sólo en las obligaciones mercantiles en las cuales por disposición expresa del Código de Comercio, “se presume que los codeudores se obligan solidariamente, si no hay convención con-

traria" (art. 107). No podían, por tanto, crearse obligaciones solidarias por vía reglamentaria como se hizo en el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, pues ello constituye una violación al principio de la reserva legal en la materia.

No hay solidaridad entre deudores, como lo dispone el artículo 1223 del Código Civil, a menos que haya una disposición legal o pacto expreso en contrario; y la obligación solidaria, "se divide en partes iguales entre los diferentes deudores" también salvo disposición o convención en contrario (art. 1225 C.C.). En estos casos de obligaciones solidarias entre deudores, "cada uno de los deudores solidarios responde solamente de su propio hecho en la ejecución de la obligación, y la mora de uno de ellos no tiene efectos respecto de los otros" (art. 1227). Por ello, el artículo 1226 del Código Civil dispone que "las acciones judiciales intentadas contra uno de los deudores, no impiden al acreedor ejercerlas también contra los otros", y "la sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios no produce los efectos de la cosa juzgada contra los otros codeudores" (art. 1236 C.C.). En definitiva, la condena a uno de los codeudores no implica la condena a los demás; y por más solidaria que sea la obligación entre codeudores, no se puede condenar a un codeudor sin que sea parte en el juicio correspondiente, sin que se lo haya citado y, en definitiva, sin que se le haya garantizado su derecho a la defensa.

Otra cosa distinta es la obligación indivisible, de manera que incluso conforme al Código Civil, "la obligación estipulada solidariamente no adquiere el carácter de indivisibilidad" (art. 1251).

En efecto, la obligación indivisible, conforme al artículo 1250 del Código Civil, se caracteriza porque siempre tiene "por objeto un hecho indivisible, la constitución o la transmisión de un derecho no susceptible de división". Es decir, sólo se puede hablar de obligación indivisible cuando se trate de una obligación única, sea porque la prestación tenga por objeto una cosa o un hecho que sea indivisible por su naturaleza, en cuyo caso, la indivisibilidad deriva de la propia naturaleza de la cosa o hecho a cumplirse (la llamada indivisibilidad objetiva); sea porque así se pacte expresamente entre las partes, en cuyo caso, la indivisibilidad es contractual o pactada aún cuando la cosa o el hecho pudieran ser divisibles por su naturaleza (la llamada indivisibilidad subjetiva).

De lo anterior resulta que la obligación indivisible sólo puede existir cuando la cosa objeto de la obligación sea indivisible por su naturaleza, de manera que no pueda concebirse ni su divisibilidad material o física, ni una divisibilidad por cuotas; o cuando se pacte expresamente por las partes en el contrato.

La función práctica de la indivisibilidad pasiva, sin duda, cuando existe una pluralidad codeudores, es la salvaguardia de la unidad del objeto de la prestación y el cumplimiento de la obligación en forma única, de manera que cada codeudor tiene la obligación de hacer la prestación única al acreedor. Como lo dispone el Código Civil, en su artículo 1254: “Quienes hubieren contraído conjuntamente una obligación indivisible están obligados cada uno por la totalidad”; para lo cual, como se dijo, o se trata de una indivisibilidad objetiva (cosa o prestación indivisible por naturaleza) o de una indivisibilidad pactada.

En todo caso, el hecho de que cada codeudor esté obligado a cumplir la obligación indivisible en su totalidad, y que el acreedor puede demandar a cualquiera de los codemandados, en ningún caso implica que se puede condenar en juicio al codeudor que no haya sido demandado, ni citado en juicio y que no haya participado en el proceso.

2. *La deliberada e inadmisibles confusión de la Sala Constitucional entre obligaciones solidarias e indivisibles*

La Sala Constitucional, en su antes mencionada sentencia, con motivo de identificar los grupos económicos trató en forma indiscriminada el tema de las obligaciones solidarias e indivisibles. La Sala, en efecto, consideró que las leyes que regulan los grupos económicos buscaban evitar que las distintas compañías, con las personalidades jurídicas que les son propias pero que conforman una unidad económica, pudieran evadir la responsabilidad grupal ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por uno de sus componentes; y además, señaló lo siguiente:

“Con ello, se persigue legalmente evitar el abuso del derecho de asociarse, que produce una conducta ilícita, o impedir un fraude a la ley, o una simulación en perjuicio de terceros. Para evitar estas posibilidades, el ordenamiento jurídico ha señalado deberes y *obligaciones solidarias* a la

actividad concertada entre personas jurídicas y para ello ha reconocido a los grupos, sean ellos económicos, financieros o empresariales, los cuales pueden obedecer en su constitución a diversos criterios que las mismas leyes recogen. Como unidades que son, existe la posibilidad de que ellos asuman también obligaciones *indivisibles o equiparables* a éstas, bien porque la ley así lo señale expresamente, o bien porque la ley –al reconocer la existencia del grupo y su responsabilidad como tal- acepta que se está frente a una unidad que, al obligarse, *asume obligaciones que no pueden dividirse en partes*, ya que corresponde a la unidad como un todo, por lo que tampoco puede ejecutarse en partes, si se exige a la unidad (grupo) la ejecución, así la exigencia sea a uno de sus componentes”.

En esta forma, la Sala, de admitir la existencia de un régimen legal establecido en algunos casos respecto de obligaciones solidarias de los componentes de los grupos económicos; pasó a renglón seguido a admitir que también existían casos de obligaciones indivisibles pero que no derivaban de la naturaleza de la prestación o del pacto expreso de las partes en un contrato (únicos casos admitidos en el Código Civil), sino que derivaban del sólo hecho de que la ley reconociera la existencia de un grupo o unidad económica, lo que era contrario a lo establecido en el Código Civil, deduciendo entonces que “al existir una obligación *indivisible o equiparable*, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad (artículo 1254 del Código Civil) por lo que el pago y el cumplimiento efectuado por uno de los miembros del grupo libera a los otros”.

Particularmente, al considerar la situación derivada de las regulaciones de la Ley del Trabajo y de su Reglamento, la Sala Constitucional trastocó la responsabilidad solidaria que se establece, así sea inconstitucionalmente, en el artículo 21 de este último, en indivisible, siguiendo la siguiente línea de razonamiento:

En *primer lugar*, la Sala destacó en relación con lo previsto en el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y conforme al régimen del Código Civil, que “la creación de una responsabilidad *solidaria* de todos los miembros de un grupo de empresas, para responder a los trabajadores, obliga a cualquiera de los componentes del conjunto que sea demandado al pago de las prestaciones del reclamante, así no sea el demandado el que realizó el contrato laboral con el accionante”.

En *segundo lugar*, conforme a la garantía del debido proceso, la Sala señaló que “Este es un tipo de responsabilidad que exige la ley al grupo para responder a sus trabajadores por las obligaciones laborales, y tratándose de una *solidaridad*, el demandado debe haber sido accionado judicialmente, a fin que sea condenado en su condición de deudor solidario, no pudiéndose ejecutar la decisión contra quien no fue demandado”.

Pero luego de las anteriores consideraciones, en *tercer lugar*, y a pesar del texto expreso del artículo 21 del mencionado Reglamento, la Sala comenzó a apartarse de lo regulado expresamente en su texto, señalando que “la realidad es que quienes conforman al grupo, *no adquieren necesariamente una responsabilidad solidaria*, ya que entre el grupo -que es una unidad- no pueden existir acciones de regreso, como las contempladas entre solidarios por el artículo 1238 del Código Civil, cuando el grupo se ha constituido en base al criterio de unidad económica, ya que el patrimonio efectivo es uno solo y mal pueden existir acreencias y deudas entre sus miembros, que se extinguen por confusión”. Es decir, la Sala, no sólo pretendió trastocar la obligación solidaria que regula inconstitucionalmente el Reglamento de la Ley Orgánica, convirtiéndola en indivisible, sino que además, desconoció el derecho de repetición que garantiza el artículo 1239 del Código Civil al deudor contra los codeudores en caso de pago de obligaciones solidarias.

Para insistir en este cambio de criterio, de la supuesta incompatibilidad entre la obligación solidaria y la unidad económica, en *cuarto lugar*, la Sala agregó que

“[La] solidaridad funciona, cuando el criterio que domina al grupo no es el de la unidad económica y para precaver cualquier situación diferente a ella, el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, antes transcrito, previene la solidaridad en su Parágrafo Segundo. Igual ocurre cuando el grupo se conforma con un sentido diferente al de la unidad económica, y actúa con abuso de derecho o fraude a la ley, caso en el cual la responsabilidad es solidaria a tenor del artículo 1195 del Código Civil, o cuando la ley así lo establezca”.

De lo anteriormente expuesto, en *quinto lugar*, la Sala dedujo su trastocamiento de la obligación solidaria en obligación indivisible, señalando que:

“[C]uando la unidad económica es la razón de ser del grupo, *ya no puede existir una responsabilidad solidaria* entre sus miembros, ya que la acción de regreso no existe, sino que el grupo queda obligado por una *obligación indivisible*. Por tanto, *no se trata de una responsabilidad solidaria*, sino de una *obligación indivisible del grupo*, que actúa como una unidad económica y que se ejerce repartida entre varias personas, y que en materia de orden público e interés social como lo es la laboral, persigue proteger los derechos de los trabajadores. Se está ante una unidad patrimonial que no puede ser eludida por la creación de diversas personas jurídicas. Quien estructura un grupo económico para actuar en el mundo jurídico, no puede eludir las responsabilidades mediante lo formal de la instrumentalidad, en perjuicio de contratantes, terceros, Fisco, etcétera”.

Y todo lo anterior, para concluir, en *sexto lugar* que:

“Ante esta realidad, si en el curso de una causa donde está involucrado el orden público y el interés social, surge la certeza de que hay otros miembros del grupo formado por la unidad económica, diferentes a los demandados, la sentencia puede abarcar a éstos, *así no hayan sido mencionados como accionados, ni citados*. Al fin y al cabo, como miembros de la unidad, conocen la obligación del grupo y uno de sus miembros ha defendido los derechos grupales en la causa.

Se perdería el efecto del levantamiento o suspensión del velo, si el acreedor tuviere que dividir su acreencia, e ir contra cada uno de los partícipes del conjunto, y *ello no es lo previsto en las leyes especiales que regulan la responsabilidad grupal*.

Para evitar tal efecto, se contempla expresamente en muchas leyes la *solidaridad*, pero ella no tendría técnicamente razón de ser cuando no es posible en teoría la acción de regreso, como ocurre en los grupos que nacen bajo el criterio de la unidad económica, por lo que o se está ante una obligación legal, lo que no resuelve el problema del emplazamiento de uno solo de los miembros, o se está ante una *obligación indivisible*, que sí posibilita la solución del emplazamiento de uno de sus miembros, tal como se declara”.

De lo anterior resulta, en todo caso, una abierta violación de lo dispuesto en el Código Civil sobre obligaciones indivisibles, las cuales sólo pueden tener su fuente en la naturaleza indivisible de la cosa o prestación o en el pacto expreso entre las partes (Art. 1250); y no

pueden resultar de la sola existencia de un grupo económico como la pretendió la Sala Constitucional.

3. *La justificación indebida de la violación de la garantía del debido proceso y en particular del derecho a la defensa*

Ahora bien, como se evidencia de los últimos párrafos transcritos de la sentencia de la Sala Constitucional, en realidad la ilegítima deducción de la existencia de obligaciones indivisibles de la sola existencia de grupos económicos que deban ser tratados como una unidad económica (y en los cuales supuestamente no habría acciones de regreso), aparentemente tendría como único objetivo justificar la violación de la garantía constitucional al debido proceso que había ocurrido en el caso concreto, lo cual, en ningún caso, incluso tratándose de obligaciones indivisibles podría admitirse en el ordenamiento venezolano.

La Sala, en otras partes de la sentencia fue más precisa en cuanto a esta justificación de lo injustificable, al señalar “tratándose de una unidad, *no es necesario citar a todos los componentes, sino que –conforme el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al caso- basta citar al señalado como controlante, que es quien tiene la dirección del resto del conjunto*”. No se entiende, en todo caso, cómo la Sala pretende aplicar dicha norma por analogía en este caso, que se refiere a la comparecencia de determinadas entidades demandadas en juicio mediante representantes, si considera que en el caso de grupos económicos precisamente habría que podrían ser condenadas sin ser “demandadas”.

La Sala, en efecto, señaló en su sentencia, que “en estos casos, al sentenciarse al grupo, podría condenarse a sus miembros identificados en el fallo, que fueron mencionados en la demanda, así no fueran emplazados”. Pero en otras partes de la sentencia, incluso la Sala fue más allá al admitir la posibilidad de condena de una sociedad, que ni siquiera se hubiese mencionado en el juicio, señalando que “el principio anterior, a juicio de esta Sala, sufre una excepción en materia de orden público, cuando la ley señala una obligación -o una actividad- que debe corresponder en conjunto al grupo”, en cuyo caso “no se trata exclusivamente de una cuestión de solidaridad entre los diversos miembros del grupo económico, como la denomina el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo o el artículo 323 del

Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y como fuese planteado por el fallo sometido a consulta, sino de una *obligación indivisible* que nace por la existencia de los grupos"; y "es en estas materias donde se puede dictar el fallo contra personas determinadas que surgen de autos como elementos del grupo, así no fueran mencionados en la demanda".

La solución a tamaña inconstitucionalidad, sin embargo, la pretendió dar la misma Sala Constitucional al señalar que "de ser incluida en el grupo y sentenciada como tal, una persona no citada y que no pertenece a él," tendría abierta entonces la vía de la invalidación con base al ordinal 1º del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil, "ya que fraudulentamente fue citada en otra persona, como lo sería el o los representantes del grupo". No se entiende, en todo caso, cómo se podría intentar este juicio de invalidación, ante el mismo juez que dictó la sentencia.

Por otra parte, pretender salvaguardar el derecho a la defensa con la posibilidad *ex post facto* de intentar juicios de invalidación, es negar dicho derecho. Es como ofrecer para justificar la violación el uso de otros medios ineficaces, lo cual además de una burla, es inadmisibile³⁸⁰.

APRECIACIÓN FINAL

En el caso decidido por la Sala Constitucional, si se puede efectivamente identificar un abuso, ello es en la utilización y generalización indiscriminada de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en que incurrió la Sala Constitucional, ignorando su carácter excepcional y la necesidad de que su aplicación siempre debe obedecer a una previsión expresa de la ley, dado que constituye una limitación al derecho constitucional de asociación y a la libertad económica.

380 Por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 29-07-93 (Caso: *Luís H. González vs. Concejo del Municipio Libertador del Estado Mérida*), decidió que "el derecho a la defensa debe ser ejercitado en los términos y condiciones establecidos por la Ley; de manera que si se impide a una persona, de conformidad con los medios establecidos en la Ley, ofreciéndosele, por el contrario, defenderse de otras maneras no consagradas en el ordenamiento jurídico, se le está violando el derecho a la defensa puesto que cualquier medio no previsto en la Ley no sería un medio *eficaz* de defensa". V. en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Caracas, julio-diciembre 1993, pp. 167-169.

En tal sentido, y contrariamente a lo decidido por la sala Constitucional, tal como lo destacó el Magistrado Rondón Haaz en su *Voto Salvado* a la sentencia,

“Ninguna norma del ordenamiento jurídico venezolano establece que las compañías integrantes de los grupos de sociedades respondan *de manera indivisible* de las que puedan ser consideradas como obligaciones del grupo; ninguna norma del ordenamiento jurídico venezolano establece una responsabilidad a cargo del grupo como unidad, con un patrimonio ejecutable y con una responsabilidad jurídica diferenciada; y ninguna norma o conjunto de normas acepta –como dice la mayoría sentenciadora– que se está frente a una unidad que, al obligarse, asume obligaciones que no pueden dividirse en partes, ya que corresponde a la unidad como un todo, por lo que tampoco puede ejecutarse en partes, si se exige a la unidad (grupo) la ejecución, así la exigencia sea a uno de sus componentes. Se parte de un falso supuesto de derecho cuando se presume la existencia de una construcción jurídica contraria al principio de la individualidad patrimonial de los sujetos de derecho (arts. 1863 y 1864 del Código Civil) principio cardinal del derecho común que tiene, además, en materia de sociedades mercantiles, una expresión particular en el Código de Comercio, cuyo artículo 201, después de la formulación de las reglas conforme a las cuales responden las sociedades de sus obligaciones frente a terceros, agrega: “*Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios*”. Cualquier excepción a ese régimen general ha de ser objeto de una formulación legislativa expresa y tal formulación no existe en los términos que fueron expuestos en los párrafos que se citaron”.

Y sobre la censurable conclusión justificativa que hizo la Sala Constitucional de la violación a la garantía constitucional del debido proceso, basta también citar el *Voto Salvado* a la sentencia del Magistrado Rondón Haaz, quien al destacar que con el fallo se pretendió la ampliación de la teoría del levantamiento del velo, –claramente excepcional– “con lo cual admite que determinada sociedad mercantil, que no ha sido citada a juicio ni participado en éste, sea condenada por la sentencia estimatoria de la demanda que hubiere sido incoada contra otra compañía de comercio perteneciente al mismo grupo que aquella”; señaló con razón, que “no es cierto que el levantamiento del velo corporativo permite la *condenatoria de una sociedad mercantil que no ha sido parte en juicio*, por la sola circunstancia de pertenecer al mismo

grupo empresarial que la sociedad mercantil que sí había sido demandada”; agregando que el ordenamiento jurídico venezolano:

“[No] permite la excepción de la que habla la mayoría, ni siquiera en materia laboral u otras de orden público, ya que su aplicación comporta un desequilibrio procesal intolerable en cualquier Estado de Derecho, porque es contraria al principio de la tutela judicial eficaz que preceptúa el artículo 26 de la Constitución vigente, así como al debido proceso y al derecho fundamental a la defensa que reconoce nuestra Carta Magna a toda persona (natural o jurídica), y que implica el derecho a ser oído con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, así como la posibilidad de alegación y prueba (ex artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)”.

La verdad es que en sentido coincidente con las apreciaciones del voto salvado, en sentencias anteriores de la Sala Constitucional dictadas con ponencias del mismo Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero se había considerado el derecho a la defensa como inviolable en términos absolutos. Así, por ejemplo, en sentencia n° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes C.A. vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas*), la Sala señaló que:

“La defensa no será posible si las personas que pueden ser afectadas por la sentencia que pone fin al proceso, no son llamados a juicio. Esta es, precisamente, la razón por la que el artículo 215 del Código de Procedimiento Civil, declara que es formalidad necesaria para la validez del juicio la citación del demandado para la contestación de la demanda. Luego, para que haya un debido proceso, es condición necesaria la comparecencia de todos los demandados.

En la situación que se analiza, se ha omitido la citación de uno de los demandados en el juicio por cobro de bolívares iniciado por la abogada Zinnia Betzaida Briceño Monasterio contra la presunta agraviada y el ciudadano Juan Ramón Tejada. Peor aún, sin que se hubiera cumplido con la comparecencia de todos los demandados, que es un requisito indispensable, como ha sido indicado, para un proceso debido en el que no haya ocurrido indefensión, se da por terminado un juicio homologando la transacción celebrada por uno de los demandados, sin que la otra persona que podía ser afectada por la sentencia haya integrado la relación procesal”.

Pero en particular, en relación con los juicios de orden laboral, la Sala Constitucional en sentencia n° 148 de 24 de marzo de 2000, también con Ponencia del mismo Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero (Caso: *Grupo V.P.C Protectora de Crédito, S.A. vs. Juzgado Décimo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas*), al reafirmar el carácter absoluto del debido proceso y del derecho a la defensa, resolvió en un caso concreto como sigue:

“Observa esta Sala que, en el caso *in examine*, existió una flagrante violación al derecho a la defensa, por medio de la decisión del Juzgado Décimo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declarase con lugar la incidencia de la sustitución de patronos alegada por el trabajador reclamante, condenando a las empresas GRUPO V.P.C. PROTECTORA DE CREDITO, S.A. y PROMOCIONES EXCEL, C.A. a cumplir con unas determinadas obligaciones laborales, sin haberles dado la oportunidad de defenderse.

En efecto, el tribunal en referencia abrió una articulación para que las partes aportaran las pruebas relativas a la sustitución de patronos, pero -tal como se evidencia del análisis de autos- no notificó, ni citó en forma alguna a las empresas contra las cuales operaba la misma -y que el tribunal de la causa consideró como sustitutas-, sino a tan sólo a aquella que resultó demandada en el procedimiento de calificación de despido, calificada luego como presunto patrono sustituido.

Es precisamente en este punto -en la ausencia total de citación o notificación- en donde radica la violación de la garantía constitucional, pues la misma aniquila la posibilidad real de conocimiento por parte de la agraviada, de que existe un determinado proceso en el que puede resultar perjudicada. Más aun, no podría afirmarse que era innecesaria la notificación, dado que las partes se encontraban a derecho, en virtud de que las empresas consideradas como sustitutas no fueron llamadas en ningún momento a juicio; por lo que les resultaba imposible oponer las defensas pertinentes para desvirtuar el alegato del reclamante en el referido proceso laboral.

De conformidad con los anteriores planteamientos, esta Sala Constitucional considera que sí se produjo la violación del derecho a la defensa y al debido proceso alegadas por el accionante, por lo que debe confirmar la decisión del Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas”.

La Sala Constitucional, para justificar la violación de un derecho constitucional inviolable como lo es el derecho a la defensa, bajo la Ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, en la sentencia n° 903 de 14 de mayo de 2004 recurrió a una ficción, la de los grupos económicos y del levantamiento del velo; ni siquiera previstos en el ordenamiento legal; olvidándose de lo que la misma Sala Constitucional había decidido en sentencia n° 1385 de 21 de noviembre de 2000, con ponencia del mismo Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero (Caso: *Aeropullmans Nacionales, S.A. (AERONASA) vs. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia*), donde señaló que:

“Resulta un absurdo jurídico que la ficción impere sobre la realidad, y que en situaciones ambiguas u oscuras, se prefiera considerar que el demandado no contestó la demanda, dejándolo sin la defensa de la recepción de sus alegatos, antes que reconocerle la utilización efectiva de su derecho.

En fin, la Sala interpreta que en casos de duda, las normas deben interpretarse a favor de la parte que de manera expresa e inequívoca hace uso de sus medios de defensa. Es esta clase de interpretación la que garantiza la realización de la justicia, que como fin del proceso establece el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

§12. *El juez constitucional vs. la libertad de expresión: la libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional**

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, dictó la Sentencia n° 1.013 de fecha 12-06-01, en la cual declaró *improcedente in limine litis*, es decir, al iniciarse el proceso, sin seguir el procedimiento legal ni oír a las partes, la acción de amparo intentada por el periodista Elías Santana, quien actuaba en nombre propio, y en representación de la Asociación Civil *Queremos Elegir*, contra el Presidente de la República y la Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, por la negativa de ambos de permitirle el ejercicio del derecho de réplica respecto de planteamientos hechos por el Presidente de la República en un programa denominado *Aló Presidente* que se trasmite semanalmente en dicha Radio.

Con esta decisión, la Sala Constitucional, muy diligentemente, relevó al Presidente de la República de la carga que tenía de acudir, como presunto agravante, a la audiencia pública y oral propia del procedimiento de la acción de amparo, para que se defendiera de la imputación de violación de un derecho constitucional que le hizo el

* Publicado en el libro *La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013*, (Allan R. Brewer-Carías, Héctor Faúndez Ledesma, Pedro Nikken, Carlos M. Ayala Corao, Rafael Chavero Gazdik, Gustavo Linares Benzo y Jorge Olavaria), Edición Conjunta Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José 2001, pp. 17-57.

accionante. Lo mismo resolvió la Sala respecto de la Presidenta del Instituto Autónomo.

Con esta decisión, la Sala Constitucional, violó su propia “doctrina vinculante” establecida en la sentencia n° 7 del 01-02-00 (Caso: *José A. Mejía y otros*), conforme a la cual, en esa etapa del proceso de amparo, que es su inicio, siguiente a la presentación de la acción, “los Tribunales o la Sala Constitucional que conozcan de la solicitud de amparo, admitirán o no el amparo”. En la decisión, por tanto, la Sala tenía la alternativa de admitir la acción y necesariamente dar inicio al procedimiento, convocando a la audiencia pública y oral, o declarar inadmisibles el amparo lo que sólo podía hacer por las causales expresamente establecidas en la ley.

La Sala Constitucional no hizo expresamente ni la una ni la otra cosa; lo que hizo fue, supuestamente, dar por “admitida” la acción para, en el mismo acto, al iniciarse el proceso (*in limine litis*), declararla improcedente. En esta forma, ilegítimamente, no sólo relevó al Presidente de la comparecencia a la audiencia pública y oral, si es que quería defenderse, lo que era la consecuencia de admitir el amparo; sino que sentó una peligrosa jurisprudencia (¿vinculante?) conforme a la cual los jueces de amparo podrían decidir las acciones de amparo, *in limine litis*, sin seguir el procedimiento, al momento de decidir sobre la admisión de las mismas, sea declarándolas procedentes (con lugar) o improcedentes (sin lugar). Ello no sólo desnaturaliza la acción de amparo sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 26 de la Constitución y, por ende, el derecho al debido proceso y a la defensa (art. 49, Constitución).

Pero al recurrir al subterfugio de admitir la acción de amparo para, en el mismo acto declararla sin lugar (*improcedente in limine litis*), la Sala lo que pretendió hacer, sin que ninguna de las partes se lo hubiese pedido, fue sentar criterios sobre el tema de la libertad de expresión que no fueron objeto de contención procesal alguna y, así, servir con más claridad al Poder.

Se trataba de una acción de amparo intentada por una persona natural en su propia condición y como representante de una asociación civil; y como es sabido, la acción de amparo es de carácter personalísimo, de manera que la pretensión y su decisión sólo pueden referirse al accionante, salvo si se intentare en protección de derechos constitucionales colectivos o difusos, lo cual no era el caso. El accio-

nante, en este caso, reclamaba el ejercicio de su derecho a réplica ante el Presidente de la República en su carácter de conductor de un programa de radio, en la Radio oficial, y le fue negado; pero como ello aparentemente no era suficiente para satisfacer al Poder, la Sala se dedicó a “interpretar” como quiso, y sin que nadie se lo hubiese pedido, los artículos 57 y 58 de la Constitución y a declarar que la doctrina expuesta en la decisión sería “doctrina vinculante” respecto de la referida interpretación.

Sin embargo, no hay duda de que no puede considerarse como “vinculante” cada palabra, frase o párrafo de una decisión que dedica 16 páginas tamaño oficio (pp. 5 de 22 a 21 de 22) a las “consideraciones para decidir” y que comienzan con la frase:

“A continuación pasa la Sala a decidir, lo que será doctrina vinculante en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental” (p. 5 de 22).

En estas notas queremos analizar cuál es el “contenido” y “alcance” de la tal “doctrina vinculante”, para lo cual dividiremos estos comentarios en tres partes: en *primer* lugar, haremos un breve comentario sobre la labor interpretativa de los jueces constitucionales y los abusos en los que incurrió la Sala Constitucional; en *segundo* lugar, estudiaremos los diversos derechos constitucionales relativos a la libertad de expresión y a la información; y, en *tercer* lugar, analizaremos con todo detalle el contenido de la sentencia de la Sala Constitucional a la luz, precisamente, de lo que dicen los artículos 57 y 58 de la Constitución, en conjunción con lo que regulan los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tienen rango constitucional conforme lo establece el artículo 23 de la Constitución.

Para la mejor comprensión de la materia, dichas normas establecen lo siguiente:

Constitución de 1999

“Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura.

Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”.

“Artículo 58. La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, 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.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

“Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respecto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

“Artículo 20.

1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

I. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL VINCULANTE, LA “DOCTRINA VINCULANTE” Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como todos los Tribunales de la República, está en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución (art. 334 C); y en particular, de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 335 C). Tiene, además, como todas las Salas del Tribunal Supremo la característica de ser el máximo y último interprete de la Constitución y la misión de velar por la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución (art. 335 C).

No obstante, en cuanto a las interpretaciones que la Sala Constitucional establezca sobre el *contenido o alcance de las normas y principios* constitucionales, la Constitución considera que las mismas son vinculantes (las interpretaciones) para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y para los demás tribunales de la República (art. 335 C).

La interpretación jurídica de una norma no es otra cosa que la operación intelectual del juez que tiene por objeto indagar sobre el significado, sentido, alcance, fin o valor de la misma. La interpretación, por tanto, no es más que un instrumento que el ordenamiento jurídico da a los jueces para aplicar la norma general y abstracta que está contenida en la Constitución, en las leyes y en otros actos estatales normativos.

La Constitución la dicta el Poder Constituyente, y la ley la sanciona el Parlamento. En una sociedad democrática, el Poder Constituyente radica en el pueblo, el cual como lo precisa el artículo 347 de la Constitución “es el depositario del poder constituyente originario”; y la ley nacional sólo puede ser sancionada por la Asamblea Nacional, como lo indica el artículo 187,1 de la Constitución, inte-

grada por diputados elegidos (art. 186 C) como representantes del pueblo, en el cual reside intransferiblemente la soberanía (art. 5 C).

En consecuencia, conforme a la Constitución, no puede haber norma constitucional alguna que no haya sido adoptada por el Poder Constituyente, ni ley nacional alguna que no haya sido sancionada por la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador (art. 202 C).

La Sala Constitucional, por tanto, puede y debe interpretar la Constitución para determinar el sentido y alcance de las normas y principios constitucionales; pero en esa labor no puede sustituirse en el pueblo, es decir, no puede crear nuevas normas constitucionales no previstas en el Texto o que no resulten de la integración de sus normas, ni puede modificarlas, estableciendo, por ejemplo, excepciones no previstas en ellas; así como tampoco puede dictar normas legales o modificar o reformar las que estén contenidas en las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional.

El juez constitucional nunca puede ser legislador; puede anular las leyes con efectos *erga omnes*, eliminándolas del ordenamiento jurídico, con efecto similar a la derogación, como si fuera un “legislador negativo” (H. Kelsen); pero nunca puede ser un “legislador positivo”, que dicta normas. De hacerlo, no sólo incurriría en usurpación de autoridad, por la usurpación de las funciones legislativas que corresponden a la Asamblea Nacional, lo que haría de la sentencia un acto nulo e ineficaz (art. 138 C), sino que violaría el principio democrático, que impone que la “ley” sólo puede ser emanación de los órganos del Estado integrados por representantes del pueblo, elegidos mediante votación popular.

En cuanto a la interpretación constitucional, es ella la que tiene carácter vinculante cuando la realiza la Sala Constitucional; pero ello no significa que todo el cuerpo motivo de una sentencia pueda llegar a tener ese carácter vinculante. La “doctrina” expuesta por la Sala en una sentencia, es eso, doctrina, que sirve de motivación para decidir. Esa doctrina nunca puede tener carácter vinculante, aún cuando sea un valioso instrumento auxiliar para la aplicación de la ley.

Lo que puede ser vinculante de una sentencia, por tanto, sólo puede ser la parte resolutive de la misma, en la cual la Sala Constitucional fije la interpretación de una norma, y ello debe señalarlo expre-

samente. La interpretación de la norma establecida, entonces, en la parte resolutive de una sentencia, pasa a ser fuente del derecho del mismo rango que el que tiene la norma que se interpreta: si es una norma constitucional, la interpretación adquiere rango constitucional, y si es una ley la que se interpreta, adquiere rango legal. Por ello, la Sala Constitucional no puede, *ad libitum*, estar modificando sus interpretaciones.

En todo caso, al determinar la interpretación de una norma, la Sala no puede crear nuevas normas o reformar o derogar las que están expresamente en la ley.

Lo único que puede hacer en relación con las normas que considere inconstitucionales es anularlas y ello sólo cuando la Sala conoce de una acción de nulidad, pero nunca cuando decide una acción de amparo, o revisa una sentencia de amparo, o decide un recurso de interpretación abstracto. En los casos en los cuales conozca de un recurso de colisión de leyes, lo que podría resolver la Sala es declarar cual ley debe prevalecer en relación con otra, en virtud del poder derogatorio de las leyes.

Ahora bien, en el caso de la Sentencia n° 1.013, la Sala Constitucional se apartó de su misión constitucional, comentó lo que a su juicio derivaba de las normas constitucionales, estableció excepciones no previstas en la Constitución, pretendió regular, normativamente, el ejercicio de los derechos a la libre expresión del pensamiento y a la información, violando la reserva legal; y todo ello, pretendiendo otorgar a la “doctrina” sentada carácter vinculante. Por ello, antes de analizar detalladamente el contenido de la sentencia, debemos precisar los derechos constitucionales que derivan de los artículos 57 y 58 de la Constitución, en conjunción con las normas internacionales antes indicadas.

II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y A LA INFORMACIÓN

Los artículos 57 y 58 de la Constitución constituyen una unidad conceptual a los efectos de la regulación de los diversos derechos que consagran. El hecho de que el contenido de los mismos se haya dividido en dos artículos constitucionales, con números diferentes y consecutivos, no tiene significación alguna. Pudo haber estado todo el

contenido de ambos artículos en uno sólo o pudo haberse dividido en más de dos artículos, sin que ello pudiera tener efectos sobre la conceptualización de los derechos constitucionales que derivan de las normas.

Lo importante es tener en cuenta que las dos normas regulan un conjunto de derechos relacionados entre sí, imbricados, y derivados de la clásica libertad de expresión del pensamiento. Estos derechos también son objeto de regulación en la Convención Americana y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en dos artículos en cada uno de dichos textos, configurados en forma diferente, pero conformando, en todo caso, una unidad de regulación.

En efecto, en estos artículos, se consagran y garantizan al menos cinco derechos constitucionales de todas las persona: *primero*, el *derecho a la libre expresión* del pensamiento; *segundo*, y como una modalidad del anterior, el *derecho a comunicar o a informar* que también corresponde a las personas y, en particular, a las que pueden tener acceso a los medios de comunicación; *tercero*, el *derecho a establecer y desarrollar medios para la comunicación e información*; *cuarto*, el *derecho a recibir información oportuna, veraz e imparcial*, y *quinto*, el *derecho a la réplica (o respuesta) y a rectificación* frente a informaciones inexactas o agraviantes, que tienen las personas que se vean afectadas directamente por las mismas.

El texto de los artículos 57 y 58 de la Constitución que consagra estos cinco derechos, se complementa, por otra parte, con el de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el de los artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales tienen rango constitucional conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Constitución de 1999 e, incluso, son de aplicación preferente respecto de la propia Constitución y las leyes, si contienen normas sobre el goce y ejercicio de tales derechos más favorables a las establecidas en el ámbito nacional.

Con este conjunto de normas, puede entonces construirse el marco constitucional de los derechos relativos a la expresión del pensamiento y a la información, en los siguientes cinco derechos constitucionales.

1. *El derecho a la libre expresión del pensamiento*

El primero de los derechos constitucionales es el derecho a la libre expresión del pensamiento que consagra el artículo 57, el cual se regula conjuntamente con el segundo de los derechos constitucionales, que es el derecho a informar o comunicar.

Se trata de un derecho consagrado con criterio universalizador pues, en *primer* lugar, corresponde a “toda persona”, es decir, toda persona natural o moral, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, de derecho público o de derecho privado, estatal o no estatal. Por tanto, el sujeto activo del derecho es toda persona, sin discriminación alguna, y puede serlo tanto un comunicador social (periodista) como quien no lo es.

En *segundo* lugar, el derecho se configura como una libertad de expresión del pensamiento, es decir, se trata de un derecho de las personas a expresarse libremente, sin limitaciones ni restricciones, salvo las generales relativas a la libertad, es decir, las limitaciones que derivan del derecho de los demás y del orden público y social (art. 20 C).

En particular, en cuanto al ejercicio de esta libertad, la propia norma constitucional y las convenciones internacionales, prohíben el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios, los que promuevan la intolerancia religiosa, y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupos de personas, por cualquier motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En *tercer* lugar, el derecho de toda persona a expresarse libremente en relación con sus pensamientos, sus ideas y sus opiniones. La persona puede, entonces, expresar libremente lo que piensa, puede expresar libremente sus ideas y puede expresar libremente sus opiniones sobre cualquier materia. Este no es un derecho que se reduce a la libertad de opinar, sino también de expresar o informar lo que se oye, se siente, se huele, se ve o se lee.

En *cuarto* lugar, la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones puede realizarse por cualquier medio, sea de viva voz, mediante el habla; sea por escrito, mediante expresión gráfica o artística;

sea, en general, mediante cualquier otra forma de expresión, por señales de cualquier tipo, signos o muecas de la libre elección de quien ejerce el derecho. Este derecho a expresarse libremente lo tienen no sólo las personas en general, sino también quienes informan, es decir, aquellos que han hecho de la búsqueda de información, de su expresión y de su comunicación su profesión u oficio, es decir, los comunicadores o periodistas.

El ejercicio de este derecho, sin embargo, depende de los medios mismos y del acceso que estos den a las personas, de acuerdo al tiempo, el espacio y el propio interés del medio. No puede una persona obligar a un medio a comunicar su pensamiento, pero a la vez el medio no puede discriminar a una persona (vetarlo) para expresar y comunicar su pensamiento.

En *quinto* lugar, la libertad de expresión no puede estar sometida a censura previa de tipo alguno, por parte de nadie, ni del Estado ni de los privados. En particular, la norma constitucional prohíbe la posibilidad de censura a los funcionarios públicos para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades. En consecuencia, ni siquiera puede haber instrucciones derivadas de la jerarquía administrativa que restrinjan la libertad de expresión de los funcionarios sobre los asuntos que están bajo su responsabilidad.

En *sexto* lugar, el ejercicio de esta libertad de expresión y el derecho a informar o comunicar, como de toda libertad, por supuesto, acarrea responsabilidad personal por los daños y perjuicios que se pueda causar. Por ello, señala el mismo artículo 57 de la Constitución, que quien haga uso de este derecho a la libre expresión del pensamiento, asume plena responsabilidad por todo lo expresado. Además, por ello, el artículo 58 de la Constitución precisa que la comunicación, que es libre, comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley.

Esto lo precisa la Convención Americana al señalar que las responsabilidades ulteriores que pueden derivarse del derecho a la libertad de expresión del pensamiento, en todo caso, deben estar expresamente fijadas por la ley y además, acumulativamente, ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

2. *El derecho a informar o comunicar*

El derecho a la libre expresión del pensamiento conlleva el derecho a informar o comunicar, es decir, el derecho a la libre expresión del pensamiento a través de medios de comunicación o de información. Este es el segundo de los derechos derivados de la libertad de expresión del pensamiento estrechamente vinculado al primero.

Este derecho a informar o comunicar goza del mismo carácter universal del primero; corresponde a toda persona, sin discriminación, siempre que pueda tener acceso a un medio de comunicación y está sujeto sólo a las limitaciones generales del respeto del derecho a los demás y del orden público o social (art. 20 de la Constitución). Con especial particularidad, se refieren al ejercicio de este derecho las mencionadas prohibiciones del anonimato, de propaganda de guerra, de mensajes discriminatorios, o que promuevan la intolerancia religiosa, de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia o cualquier otra acción ilegal contra personas o grupo de personas por cualquier motivo que sea.

El derecho a informar o comunicar, en particular, está precisado en la Convención Americana al referirse a la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Este derecho corresponde, igualmente, a todos, por lo que no sólo lo tienen quienes ejercen la profesión de informar, como los periodistas o comunicadores, sino todas las personas, sin discriminación. Por ello, la Constitución (art. 58) precisa que la comunicación es libre, es decir, es una libertad de todas las personas. Precisamente por ello, se ha considerado como contraria a la Convención Americana la reserva que las leyes hacen a favor de los periodistas en cuanto al ejercicio del derecho a informar o cuando imponen la colegiación obligatoria de los periodistas para ejercer el derecho a informar o comunicar a través de los medios de comunicación. (Véase la *Opinión Consultiva OC-5/85- de 13-11-85 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sobre la incompatibilidad con la Convención Americana de la Ley de Colegiación obligatoria de periodistas de Costa Rica*).

El derecho a la libre expresión del pensamiento conlleva el derecho de informar o comunicar, es decir, el derecho de expresión mediante medios de comunicación. El derecho o la libertad de comunicación, por tanto, es una modalidad del derecho a la libre expresión del pensamiento, e implica el derecho no sólo de crear y establecer medios de comunicación, sino el derecho de las personas a utilizar dichos medios de comunicación para comunicarse con los demás, incluso cuando se hace de la comunicación una profesión u oficio, como la que ejercen los periodistas.

Ese derecho a la comunicación, como lo dice el artículo 58, es libre y plural, es decir, constituye una libertad individual y debe ejercerse sin exclusivismos o exclusionismos, es decir, asegurando la pluralidad propia de una sociedad democrática.

Este derecho a informar o a comunicar, por supuesto, tampoco puede estar sometido a censura previa de tipo alguno, por parte de nadie, ni del Estado ni de los particulares.

Por otra parte, dispone la Convención Americana que el derecho de expresión no se puede restringir por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

El ejercicio del derecho a informar o a comunicar también está sujeto a responsabilidades ulteriores, las cuales como lo establece la Convención Americana, deben ser expresamente fijadas por la ley y además ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos a la reputación de los demás y para asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. *El derecho a establecer medios de comunicación*

El tercero de los derechos que consagran los artículos 57 y 58 de la Constitución, derivados de los derechos ciudadanos a la libre expresión del pensamiento y a la comunicación e información, es el derecho de toda persona a establecer medios de comunicación; es decir, los instrumentos necesarios para que el pensamiento pueda expresarse en forma masiva, como podría ser, por ejemplo, un diario, una revista, una estación de radio o una estación de televisión.

Este derecho al igual que el anterior, no puede ser restringido en forma alguna si se trata de medios escritos de comunicación, como se ha dicho, por medios indirectos, tales como el abuso de controles del papel para periódicos.

En cuanto a los medios radioeléctricos o visuales, los mismos exigen para su creación y desarrollo, del uso de las ondas radioeléctricas que son del dominio público y que requieren de una concesión del Estado para su uso. La Convención Americana prohíbe que se restrinja el derecho por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de las frecuencias radioeléctricas o de los enseres o aparatos usado en la difusión de informaciones, como podrían ser los controles de importación o aduaneros de los aparatos para las estaciones de radio o televisión.

Los medios de comunicación son, en todo caso, el vehículo indispensables para la comunicación e información del pensamiento de las personas, por lo que deben asegurar la pluralidad propia de una sociedad democrática, garantizando el acceso a los mismos a todas las personas sin discriminaciones.

4. *El derecho a la información*

El cuarto derecho que consagra la Constitución en su artículo 58, es el derecho de toda persona a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución.

En efecto, como contrapartida al derecho de todos a la libre expresión del pensamiento, y al derecho a la comunicación y a informar, también existe un derecho de todos a ser informados, de manera oportuna, veraz e imparcial.

Esto implica, en primer lugar, como se ha dicho, que existe un derecho a informar o a comunicar libremente, el cual conlleva este derecho constitucional a la información, es decir, el derecho de todas las personas a ser informadas, sin que pueda haber censura respecto de las informaciones, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución, entre ellos, el principio de la igualdad y no discriminación. En particular, se precisa que los niños y los adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Ahora bien, la información a la que tienen derecho todas las personas debe ser conforme a la Constitución “oportuna, veraz e imparcial” (Nuestro voto salvado sobre estos calificativos se puede consultar en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, Caracas, 1999, pp. 154 y ss).

En todo caso, en primer lugar, la información debe ser oportuna. La oportunidad tiene una connotación temporal relativa al hecho del cual se informa, y su apreciación es difícil que llegue a ser totalmente objetiva. Tanto quien informa como quien recibe la información tienen sus respectivos parámetros del sentido de la oportunidad, los cuales pueden no coincidir.

Por ello, en definitiva es el informador, el que establece cuándo el suministro de una información es o no oportuno. Es decir, quien suministra la información y quien la difunde o comunica es el que juzga sobre la oportunidad de hacerlo.

Ello debe quedar a criterios de lógica, racionalidad y razonabilidad, y no puede ser arbitrario; pero la apreciación de la oportunidad, no puede quedar en las solas manos de quien recibe la información, pues cada una de las personas que recibe una información, de un hecho, por ejemplo, al leer un periódico, oír un programa de radio o ver la televisión, puede tener su propia evaluación de lo que es o no oportuno, según el mayor o menor conocimiento que tenga del hecho o asunto. Alguien que no conoce una invención por ejemplo, puede juzgar oportuna la información sobre la misma que se pueda suministrar en la actualidad. Por tanto, la medida de la oportunidad está tanto en quien suministra la información como en quien la recibe, y si bien la misma no puede ser arbitraria, pues queda sometida a los límites de la racionalidad, razonabilidad o logicidad; no es posible concebir que exista una sola autoridad la llamada a decir cuándo es o no oportuna la información.

El derecho a la información implica no sólo que la información sea oportuna, sino veraz, es decir, que responda a criterios de veracidad o certeza. De nuevo se está en presencia de un elemento que tampoco es ni puede ser de valor absoluto y enteramente objetivo. No existe la verdad objetiva; la verdad es siempre subjetiva y cada persona tiene su verdad.

Sin embargo, los hechos, en general no admiten apreciación en cuanto a su acaecimiento. Acaecen, por lo que cuando la información sólo se refiere a hechos, su misma expresión, es en sí misma, verdad. Llovió, alguien murió, hubo un choque de trenes. La expresión del hecho es, en sí misma, la verdad, si el hecho es cierto, es decir, acaeció.

Sin embargo, al pasar a la apreciación del hecho, su interpretación, la explicación de lo que lo motivó, sus circunstancias y las consecuencias de su realización, la posibilidad de veracidad objetiva desaparece. Cada persona tiene su forma y manera de apreciar los hechos; y es libre de hacerlo, así como de interpretarlos, por lo que la expresión de ello es siempre subjetiva y depende de la voluntad del comunicador.

Nadie puede, por tanto, establecer una verdad objetiva respecto de hechos o acaecimientos, que puedan satisfacer a todos los que tienen derecho a la información. Cualquier persona puede informar, en la actualidad, sobre una invención. La información puede ser veraz para el informador, si ignora que hay una invención previa, o constata que el nuevo "inventor" ignoraba que ya había sido inventado. La discusión legal puede ser si tal invención tiene o no carácter de novedad a los efectos de patentarla, pero no puede haber discusión sobre la veracidad de la información por el hecho de que muchos hubieran sabido de una invención precedente.

La veracidad, por tanto, nunca es objetiva, sino que siendo subjetiva, corresponde primeramente su apreciación a quien informa. Por supuesto, esta libertad de apreciación está sometida a los mismos límites de racionalidad, razonabilidad y logicidad, pero lo definitivo es que nadie puede establecer una verdad objetiva ni, por supuesto, una verdad única u "oficial".

Además, el derecho a la información implica que todos tienen derecho a que la información sea imparcial, es decir, que no se efectúe en favor o para beneficiar a alguien en perjuicio de otro. La imparcialidad tampoco puede ser determinada objetivamente, es decir, nadie puede establecer con carácter general cuándo una información es o no parcial o imparcial. La apreciación sobre esto es también, esencialmente subjetiva. Cada quien, al recibir una información y según el conocimiento de los hechos, tendrá su apreciación sobre la parcialidad o no de la información, y siempre será diferente de una a otra

persona. Por tanto, la imparcialidad, de nuevo, tiene que ser apreciada por el comunicador, quien también tiene como límites de su apreciación, los principios de racionalidad, razonabilidad o logicidad. Sin embargo, nadie puede establecer, con carácter general, los criterios de parcialidad o imparcialidad de las informaciones.

5. *El derecho a la réplica y a la rectificación*

El quinto derecho que regula la Constitución, conforme al artículo 58, es el derecho de “toda persona” a la réplica (respuesta) y a la rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes.

Ante todo, debe señalarse que este derecho que también tienen todas las personas, tiene las mismas características de universalidad que el derecho a la libre expresión del pensamiento. Corresponde a toda persona, natural o moral, nacional o extranjera, domiciliada o no domiciliada en el país, de derecho privado o derecho público estatal o no estatal, sin discriminación alguna y sea cual sea su profesión u oficio. La Constitución no establece excepción alguna, por lo que toda persona tiene este derecho a réplica y rectificación.

El derecho, por otra parte, se consagra respecto de informaciones inexactas o agraviantes que afecten directamente a las personas; es decir, se trata de un derecho constitucional ante informaciones de cualquier naturaleza, expresadas en medios de comunicación escritos, auditivos o visuales, por cualquier persona, que afecten directamente a una persona por ser inexactas o porque la agraven. Como lo precisa la Convención Americana, este derecho de rectificación y respuesta lo tiene toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general.

El derecho es de todos, por tanto, siempre que la información, sea quien sea que la dé y la forma como se dé, afecte directamente a la persona porque sea inexacta o porque la agrave. El informante puede ser un periodista que informa sobre un hecho o acontecimiento y da una noticia o puede ser cualquier persona que exprese su opinión en un medio dirigido al público en general, porque escriba un artículo o cualquier otro escrito, o tenga, lleve o conduzca cualquier programa de opinión o de noticias en un medio de comunicación.

Por tanto, el que da la información que origina el derecho a la réplica y rectificación puede ser o no ser un periodista o profesional de la comunicación; y quien se ve afectado por la información personalmente, porque es inexacta o lo agravia, puede ser o no ser un periodista o un director de un medio de comunicación. La Constitución no distingue. Lo único que exige es que para que alguien tenga derecho a la réplica y a la rectificación, debe estar afectado directamente (no indirectamente) por una información que tiene que ser inexacta o tiene que haber agraviado a la persona. El titular de este derecho, por tanto, para ejercerlo, tiene que probar que ha sido afectado directamente por la información, es decir, que la misma lo toca directamente en sus derechos, sus intereses o su situación jurídica y que, además, lo afecta directamente porque la información es inexacta o lo agravia. Ello implica que el interesado tiene que explicar cuál es la exactitud de los hechos informados para poner en evidencia la inexactitud de la información; o alternatively, tiene que explicar cómo la información lo agravia, es decir, cómo lo afecta u ofende en sus derechos personales, particularmente, en lo que concierne al derecho al honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación (Art. 60).

Este derecho, por otra parte, consiste en un derecho a respuesta o réplica; es decir, la persona afectada directamente por la información tiene derecho a responderla, se entiende, en la misma forma y por el mismo medio en el cual salió la información lesiva; o como lo dice la Convención Americana, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. Por ello, además, la persona afectada tiene derecho a que quien suministró la información inexacta o agravante, rectifique la misma, en la misma forma y en el mismo medio en el cual se dio la información.

El sujeto pasivo de este derecho a réplica y rectificación, por supuesto, tiene que ser la persona que expresó o comunicó la información, y esa persona puede ser el periodista que suscribe la información en la prensa o que la suministra en los medios audiovisuales, o la persona que edita una publicación o un programa de radio o televisión, si la información suministrada no tiene autoría específica, o la persona que tiene una columna periodística regular o un programa de radio o televisión regular, y que, por tanto, tienen los medios para po-

der rectificar y dar cabida a la respuesta que origine la información suministrada.

Para la efectiva protección de la honra y la reputación, agrega la Convención Americana, toda la publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión debe tener una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero personal.

Por último, debe destacarse, que en ningún caso el ejercicio del derecho a la rectificación o la respuesta eximen de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

6. *El principio de la alteridad en los derechos relativos a la libre expresión del pensamiento y a la información*

Todos los cinco derechos constitucionales que consagran los artículos 57 y 58 de la Constitución y los mencionados artículos de la Convención Americana y del Pacto Internacional, están configurados conforme al principio de la alteridad, de manera que no se trata de meras declaraciones de principios, sino que se trata de auténticos derechos constitucionales en los cuales se puede distinguir un titular de los mismos (sujeto activo) y un obligado (sujeto pasivo), ya que todo derecho implica la relación derecho-obligación. De manera que en los cinco derechos, se puede identificar un sujeto activo y un sujeto pasivo.

En cuanto al derecho a la libre expresión del pensamiento, tratándose básicamente de una libertad, el derecho consiste en la potestad de toda persona de expresar su pensamiento, sus ideas y sus opiniones como se ha dicho, por cualquier medio y en cualquier forma sin que pueda haber censura.

Este derecho de toda persona conlleva una obligación, también de toda persona estatal o no estatal, de no hacer, de abstención, es decir, de no impedir u obstruir la libre expresión del pensamiento. Esta obligación corresponde a toda persona y, particularmente, al Estado, cuyos órganos no pueden ejercer el Poder, para imponer censura ni para impedir el ejercicio de la libertad mediante otros medios indirectos como los señalados en la Convención Americana.

La alteridad en este caso, es la de libertad-abstención.

La misma relación de alteridad se da respecto de la libertad de información y de comunicación. Toda persona tiene derecho a buscar información y a difundirla, libremente, derecho que no sólo tienen los periodistas. Esta libertad de información implica la obligación de todos de no impedir u obstaculizar el ejercicio de tal libertad, es decir, un deber de abstención que corresponde a toda persona y, en particular, también al Estado cuyos órganos no pueden ejercer el Poder para restringir o limitar el ejercicio de la libertad de información o comunicación.

La misma alteridad se encuentra respecto del derecho de crear y establecer medios de comunicación, que corresponde a toda persona; estando obligada también, toda persona y, en particular, el Estado, a abstenerse de establecer restricciones al ejercicio del derecho, en particular por vías o medios indirectos, encaminadas a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

El cuarto de los derechos regulados en la Constitución es el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial. Los sujetos activos de este derecho son todas las personas, y los sujetos pasivos, son todas aquellas personas que informan y que se dedican en cualquier forma a informar y a comunicar. Por tanto, los medios de comunicación y los periodistas, que se dedican a informar y comunicar, están obligados a asegurar que la información que difundan sea oportuna, veraz e imparcial. En otras palabras, el sujeto pasivo en este derecho no puede suministrar información inoportuna, falsa o parcial. Ya hemos señalado, sin embargo, la dificultad que existe de considerar estos elementos objetivamente.

El quinto derecho relativo a la libre expresión del pensamiento y a la información, es el derecho a réplica (respuesta) y a rectificación. Este derecho tiene un sujeto activo, que es toda persona que haya sido directamente afectada por una información inexacta o agravian-te; y el sujeto pasivo, es todo aquél que haya suministrado tal información, y que no puede ser otro que un medio de comunicación, un comunicador determinado o toda persona que disponga de un espacio regular en medios de comunicación. La obligación de estos consiste en dar cabida a la respuesta o réplica en el mismo medio y de efectuar la rectificación de la información inexacta o agravian-te también en el mismo medio.

III. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y A LA INFORMACIÓN SEGÚN LA “DOCTRINA VINCULANTE” DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1. *La falsa dicotomía de derechos constitucionales de la cual partió la Sala Constitucional para su interpretación*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada sentencia n° 1.013 de 12-06-01, ha pretendido interpretar los artículos 57 y 58 de la Constitución sentando una “doctrina vinculante”, para lo cual partió del falso supuesto de que la Constitución “separa” en forma absoluta en esas normas, dos derechos: primero, el derecho a la libre expresión del pensamiento; y segundo, el derecho a la información “en beneficio de los ciudadanos”, “el cual involucra el derecho a la réplica y rectificación” que tienen aquellos afectados por informaciones inexactas o agraviantes (p. 5 de 22).

Con esta premisa, equivocada, la Sala sentó, a la vez, una doctrina equivocada. En efecto, en primer lugar, la Constitución no consagra sólo dos derechos, como lo señala la sentencia, sino como hemos señalado, al menos cinco derechos: el derecho a la libre expresión del pensamiento; el derecho a comunicar e informar; el derecho a establecer medios de comunicación; el derecho a la información; y el derecho a réplica (respuesta) y rectificación.

En segundo lugar, es falso que el derecho a réplica y respuesta sólo esté vinculado, o relacionado con “el derecho a la información” o con “la información comunicacional” como lo dice la Sala (p. 5 de 22). El derecho a réplica y rectificación corresponde a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, e “informaciones” son toda forma de comunicación al público, en general, a través de medios de comunicación, de expresiones del pensamiento de una persona, en cualquier forma que sea. No es cierto, por tanto, que el derecho a réplica y rectificación sea sólo “un derecho de los ciudadanos ante los medios de comunicación en general”, si bien es por la información de ideas, opiniones o hechos que sean inexactos o agraviantes en los medios que, en general, surge el derecho. Sin embargo, el derecho podría surgir, también, ante cualquier otra forma de comunicación de ideas o pensamiento que se realice en forma regular, en público, y que afecte a una persona. Por ejemplo, el profesor en su

clase universitaria, al expresar su pensamiento, ideas u opiniones puede dar una información u opinión inexacta o agravante respecto de otra persona. Esta tendría derecho a respuesta y rectificación en las clases del profesor involucrado, en el mismo curso.

Por ello, el derecho a rectificación y respuesta es un derecho que surge como contrapartida, en general al derecho a la libre expresión del pensamiento, cuando éste se exprese en medios o actividades realizados en forma regular y al público.

2. *El derecho a la libre expresión del pensamiento, el acceso a los medios de comunicación y el olvido del tratamiento de los medios de comunicación oficiales (del Estado)*

Hemos señalado que además del derecho a la libre expresión del pensamiento está el derecho a la comunicación, divulgación o información del pensamiento mediante medios de comunicación. Este derecho a comunicar o informar, sin embargo, como lo ha señalado la Sala, implica “la posibilidad de acudir a los medios de comunicación para expresarse”; pero ello “no es un derecho irrestricto que tiene todo ciudadano para transmitir su pensamiento, ya que cada medio tiene limitaciones de tiempo y espacio”, correspondiendo al “director” del mismo escoger cuáles ideas, pensamientos u opiniones son comunicables masivamente. Por ello, dijo la Sala que si bien la libertad de expresión del pensamiento “es irrestricta”, sufre una “restricción” de hecho, cuando se pretende utilizar para divulgarla en los medios de comunicación masiva. (p. 6 de 22).

En realidad no se puede hablar de “restricción” a la libertad de expresión del pensamiento por el hecho de que no exista “libertad” de acceso a los medios de comunicación. La Sala, confundió el derecho a la libre expresión del pensamiento con el derecho a informar o comunicar en los medios de comunicación, para cuyo ejercicio debe tenerse acceso a los mismos.

En todo caso, de lo afirmado por la Sala surge una distinción entre los dos primeros derechos que hemos mencionado, entre “la libertad de expresión que es en principio irrestricta” y la “libertad de comunicación de esa expresión” que no origina un derecho de utilizar “coercitivamente la forma de comunicación y difusión que la persona crea más conveniente”. La Sala incluso dijo que el derecho al “uso de

cualquier medio de comunicación o difusión” a que se refiere el artículo 57, es un “derecho relativo” que depende del real acceso que se tenga a los medios (p. 6 de 22).

Esto, por supuesto, no es lo que dice el artículo 57 en el cual la referencia al derecho “de hacer uso” para expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones, “de cualquier medio de comunicación y difusión”, es para indicar la amplitud del derecho, el cual no puede ser objeto de limitación por vía legal que establezca, por ejemplo, que determinadas personas no pueden hacer uso de determinados medios de comunicación.

En todo caso, lo que evidentemente deriva del derecho a comunicar o a informar como lo dice la Sala, es que “los medios no pueden vetar a nadie para expresarse en ellos, pero tal actividad depende del tiempo, oportunidad, espacio, etc., que puedan brindarle a las personas para emitir sus pensamientos”.

La sentencia agrega respecto de los medios de comunicación que aquellos “que utilizan servicios, bienes o derechos concedidos por el Estado, deben prestar una mayor colaboración hacia la sociedad, en beneficio de la libertad de expresión de los ciudadanos” (p. 6 de 22). Apunta esta afirmación a la radio o la televisión que requieren de concesiones o permisos de uso del dominio público radioeléctrico.

Esto no deriva de las normas constitucionales, ni puede imponerse a quien realiza legítimamente una actividad vinculada a los medios de comunicación, la obligación de prestar colaboración “a la sociedad” por el hecho de requerir una concesión del Estado (uso del aspecto radioeléctrico, por ejemplo) para la realización de la misma. Esta carga no está prevista en norma alguna y sólo en la imaginación del Ponente de la sentencia.

En todo caso, se olvidó la Sala, sin embargo, dedicarle un párrafo más terminante a los medios de comunicación *del Estado*, es decir, los periódicos que publica el gobierno, la Radio Nacional o la Televisora Nacional, los cuales, con mayor énfasis, son los que deben abrirse a todos los ciudadanos, sin exclusivismos o exclusionismos, aún cuando sean oposición al gobierno. Téngase en cuenta que la acción de amparo que originó la sentencia se había intentado contra el Presidente de la República y contra la Presidenta de la Radio Nacional, por lo que la ocasión era propicia para imponerle a esta última la obliga-

ción de no excluir ni discriminar a la oposición en el acceso a la misma.

3. *La interpretación "regresiva" de la libertad de expresión del pensamiento, la responsabilidad ulterior y el fantasma del "vilipendio" a funcionarios*

La Sala Constitucional, por otra parte, dedica una serie de consideraciones a destacar la plena responsabilidad que corresponde al emisor del pensamiento por todo lo expresado, la cual puede ser una responsabilidad civil, penal, disciplinaria o de otra índole legal, conforme al daño que cause a los demás, la libertad de expresión utilizada ilegalmente. De allí deriva la apreciación de la Sala de que "la libertad de expresión, aunque no está sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas" (p. 7 de 22).

Esta responsabilidad para el emisor de la información, señala la Sala, en muchos casos está compartida:

"Con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un terrorismo comunicacional que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones, máxime cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas y conceptos" (p. 7. de 22).

La Sala construyó, así, una responsabilidad solidaria entre comunicador y medio de comunicación que no tiene asidero jurídico alguno ¿cuándo, en efecto, puede decirse que hay "terrorismo comunicacional que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones"? Esto sólo ha ocurrido en la historia cuando los medios de comunicación están controlados por el Estado y quienes controlan el Poder los acaparan para aplastar la disidencia. ¿Y no es esto lo que ha ocurrido, en los tiempos presentes, en los programas de radio del Presidente de la República, con sus ruedas de prensa "en cadena nacional", y con el control político de los medios de comunicación del Estado; instrumentos mediante los cuales el propio Presidente de la República se ha encargado de expresar "denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas y conceptos "respecto de todo lo que sea disidencia con su gobierno y su política?

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad penal para enjuiciar delitos derivados del ejercicio de la libertad de expresión, la Sala precisó que es el juez quien debe ponderar el *animus injuriandi* para determinar si la actitud de alguien que expone sus pensamientos, “realmente persigue dañar o es parte de la crítica que se ejerce sobre ciertas situaciones, que por lo regular, involucra políticas públicas y sus protagonistas” (p. 7 de 22).

Ante esto, también cabe preguntarse ¿cómo el juez va a considerar probado que hubo *animus injuriamendi*, que lo informado, así esté errado, se hizo con ánimo de injuriar, de causar daño? ¿Cómo se puede llegar a afirmar, objetivamente, algo que en definitiva es totalmente subjetivo?

En particular, debe señalarse que la Sala al hacer referencia a las responsabilidades penales derivadas del ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento, destacó los casos de “vilipendio a funcionarios públicos (artículos 223 y 226 del Código Penal)”, olvidándose de que dicho tipo delictivo (conocido en otros países, como “leyes de desacato”) ha sido considerado como incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe sobre la compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Doc 9, 88º Período de sesiones, Informe Anual, Washington, 17-02-95, Capítulo V). En este caso, en lugar de aplicar el principio de la progresividad que impone el artículo 19 de la Constitución en materia de derechos humanos, la Sala Constitucional, violando dicha norma, hizo su “interpretación” conforme al principio contrario, el de la “regresividad” o restrictivo de la libertad.

La Comisión Interamericana, en efecto, ha sentado la doctrina siguiente en el punto IV del *Informe* indicado:

“Las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos porque reprimen la libertad de expresión necesaria para el debido funcionamiento de una sociedad democrática”.

Y al final del *Informe*, en su último párrafo, afirma la Comisión en forma más general, que

“Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”.

Es verdaderamente asombroso, por lo demás, que en su tarea de interpretar el contenido de los artículos 57 y 58 de la Constitución, la Sala constitucional haya ignorado, también, tan olímpicamente, la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos plasmada en esta materia en otros Informes específicos, como el *Informe n° 22/94, Caso 11.012 (Verbitsky)* referido, precisamente al tema de las leyes que establecen el delito que nuestro Código Penal denomina como “vilipendio a funcionarios públicos”, considerado como incompatible con la Convención Americana. En su lugar, como analizaremos más adelante, la Sala recurrió a jurisprudencia europea (Alemania, España), siendo que, como es bien sabido, la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de ese derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

En todo caso, del análisis de la Sala Constitucional a las Convenciones internacionales que regulan la materia, se destaca que la libertad de expresión genera responsabilidades, que en todo caso “deben ser expresamente fijadas por la ley y que deben asegurar” el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; la protección de la seguridad nacional, del orden público, o la salud o la moral pública; y la protección moral de la infancia y la adolescencia.

Lo que le faltó precisar a la Sala Constitucional fue lo que indicó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que dichas restricciones, además, “tienen que ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas” conforme a lo que estipulan los artículos 29 y 30 de la Convención Americana, que como se ha dicho, tienen rango constitucional en Venezuela. Dichas normas, en efecto, establecen lo siguiente:

“Artículo 29. *Normas de interpretación.* Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella:

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados:

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

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”.

“Artículo 30. *Alcance de las Restricciones.* Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Como se verá, con su interpretación “regresiva” la Sala Constitucional violó abiertamente estas normas”.

4. *La libertad de expresión del pensamiento y la extraña exclusión del derecho a réplica o rectificación*

En la sentencia, la Sala Constitucional, de golpe, sin motivación alguna, llegó a una conclusión que es a todas luces insostenible constitucionalmente, al considerar el derecho a la libre expresión del pensamiento en forma aislada, y no en su globalidad, como parte de un conjunto de derechos que son, además, el derecho a comunicar o informar, el derecho a establecer medios de comunicación, el derecho a la información y el derecho de réplica o rectificación. La Sala, en efecto, afirmó lo siguiente:

“En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas (art. 19, PIDCP; art. 13 CADH), el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar” (p. 9 de 22).

De esto resulta, por tanto, la inconstitucional dicotomía que intentó montar la Sala: de que el ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento sólo originaría responsabilidades ulteriores, pero no originaría el derecho a rectificación o réplica por parte de una persona agraviada por la expresión del pensamiento o lesionada directamente por la información inexacta, sino que, en consecuencia, el derecho a réplica y rectificación sólo se podría exigir ante la libertad de información o comunicación.

Esto no tiene asidero constitucional alguno, pues el hecho de que el conjunto de derechos constitucionales vinculados a la libertad de expresión esté regulado en dos artículos separados (tanto en la Constitución como en la Convención Americana), no puede conducir a considerarlos como compartimientos estancos. El ejercicio del derecho a la libre expresión del pensamiento, el derecho a informar y a comunicar, el derecho a establecer medios de comunicación, como el ejercicio de cualquier derecho, genera responsabilidades, y además, respecto de todos ellos, la persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes tiene derecho a réplica o a rectificación cuando las mismas consten en un medio de comunicación o se produzcan en formas de difusión regular del pensamiento (las clases en un curso universitario, por ejemplo).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al contrario de lo afirmado por la Sala Constitucional, al referirse a los artículos 13 y 14 de la Convención Americana en la *Opinión Consultiva OC-7/86 de 29-08-86* (Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta) ha señalado:

“25. La ubicación del derecho de rectificación o respuesta (art. 14) inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), confirma esta interpretación. La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 (*La colegiación obligatoria de periodistas, supra* 18). Recuérdese que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10 de la Convención Europea, sobre la libertad de expresión”.

La Sala Constitucional, contrariando esta doctrina, llega a una conclusión contraria, pero inmotivada, en el sentido de que supuestamente “en relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está prevista en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella” (p. 9 de 22) ... !!!.

Pues resulta que es todo lo contrario: el derecho de respuesta y rectificación es consustancial al derecho a la libertad de expresión, del cual deriva, independientemente de las responsabilidades ulteriores, que siempre existen.

5. *El derecho a la libre expresión del pensamiento y la burla a la prohibición constitucional de censura*

La Sala Constitucional, en su sentencia, argumentó sobre la prohibición de censura respecto del derecho a la libre expresión del pensamiento (art. 57), considerando que, sin embargo, no ocurriría censura en los casos en los cuales se impida la difusión de ideas y conceptos que se emitirían en violación del artículo 57, es decir, en los casos en que se pretenda expresar el pensamiento en forma anónima, que constituya propaganda de guerra, que contenga mensajes discriminatorios o que promueva la intolerancia religiosa (p. 9 de 22). Esto no es otra cosa que “legitimar” la censura previa, lo cual es totalmente inconstitucional.

En efecto, la prohibición de la censura previa en la Constitución y en la Convención Americana es de carácter absoluto, de manera que no es posible que se prevea excepción alguna a la prohibición. Así lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe n° 11/96, Caso 11.230 Chile (Martorell) (n° 56)*.

La sentencia de la Sala Constitucional, por tanto, puede considerarse violatoria de la Constitución y de la Convención Americana al admitir que “antes de su publicación” (p. 9 de 22) puede “impedirse” la difusión de ideas y conceptos en forma anónima, que constituyan propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa.

Esta afirmación es peligrosísima y peor cuando está contenida en una “doctrina vinculante”. ¿Quién, en efecto, se va a erigir en el defensor de que una difusión de ideas o conceptos va a caer, *a priori*, en

una de las prohibiciones constitucionales?. Esa es la más clásica de las censuras: aquellas instrumentadas por el Poder para, con la excusa de que se trata de controlar la propaganda de guerra, o los mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa, pueda impedirse con antelación, la difusión de ideas o conceptos que, en definitiva, lo que constituyen son manifestaciones contrarias al régimen político imperante.

Al final de su absurda consideración, sin embargo, la Sala Constitucional señaló que:

“Ante informaciones de esta naturaleza en los medios de comunicación, el amparo constitucional es la vía para que dichas disposiciones se cumplan y se restablezca la situación jurídica lesionada o amenazada por estas trasgresiones” (p. 10 de 22).

En esta forma, en una forma todavía más absolutamente inconstitucional, la Sala Constitucional pretende convertir al amparo constitucional en un instrumento de censura, lo cual sería gravísimo sobre todo si se trata de amparos decididos *in limine litis*, como el resuelto en la sentencia que comentamos.

No obstante, la Sala Constitucional fue más allá en su absurda argumentación al considerar que mediante *ley* pueden regularse “mecanismos tendientes a impedir que sean difundidos anónimos, propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa, y que ello no constituiría censura” (p. 10 de 22).

Para impedir la publicación de tales conceptos o ideas, la ley tendría que establecer mecanismos de “revisión” previa de los textos, lo que no es otra cosa que censura previa. La Sala Constitucional, al hacer esta afirmación ha violado abiertamente la Constitución que establece una prohibición absoluta de la censura.

La Sala Constitucional, además señaló que “la ley puede prohibir la circulación de expresiones del pensamiento que atenten contra otros derechos constitucionales como son, por ejemplo, los relativos al interés superior del niño”, (p. 10 de 22), prohibición que, sin embargo, la Sala consideró es distinta a la censura y cuya trasgresión originaria responsabilidades.

La Ley puede, en efecto, en cumplimiento de la Constitución (art. 78), dictar una legislación en protección del niño que prohíba deter-

minadas expresiones contrarias a la niñez en los medios de comunicación; pero lo que no puede es permitir la instalación de “censores” en los medios, para revisar con carácter previo el material a ser publicado o divulgado, y poder impedir la difusión de lo que el “censor” considere que violaría las prohibiciones legales.

Además, en su sentencia, la Sala, consideró que la acción de amparo constitucional sería la vía para impedir la censura previa tanto oficial como privada, calificando a esta última como “boicot” (p. 10 de 22). El amparo constitucional es también la vía para ordenar de nuevo una publicación, cuando se mutilen expresiones del pensamiento antes de publicarse, o se las tergiverse haciéndolas perder sentido (p. 10 de 22).

Ahora bien, la censura previa, como se dijo, esta prohibida en términos absolutos. Por ello, no es posible ni siquiera admitir la figura del “juez censor” que establece la Sala. Al abrir la vía para la censura judicial previa, la Sala Constitucional viola la Constitución.

Sobre el tema de la censura, se destaca, además, la siguiente declaración de la Sala en el sentido de que:

“No constituyen formas indirectas de censura, las tasas impositivas que se imponga -en igualdad de condiciones- a las empresas editoriales, ni las normas sobre concesiones de bienes del dominio público (espacio radioeléctrico), ni las disposiciones legales que permitan medidas preventivas sobre programas comunicacionales, obras contentivas de expresiones del pensamiento, etc. (tal como las previstas)” (p. 10 de 22).

Por supuesto, al contrario, estos mecanismos indirectos sí pueden ser instrumentos de censura, al lesionar la independencia de los medios de comunicación. Por ello, el principio n° 13 de la *Declaración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobada por la OEA, sobre libertad de expresión señala que:

“La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública, la concesión de prebendas arancelarias, la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”.

Agrega, además, la Declaración que “los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente”, por lo que “presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”.

La afirmación general, de la Sala Constitucional, en todo caso, formulada fuera de contexto con el objeto del proceso que originó la sentencia, como tantas otras afirmaciones que se formulan en la decisión, sin duda es peligrosa. Todos esos procederes pueden traducirse en formas de censura, precisamente, indirectas, cuando se abusa de ellas.

6. *El derecho a la información, el derecho de autor y las noticias*

La Sala Constitucional, además, entró a considerar el derecho a la información el cual consideró “íntimamente ligado al de la libertad de expresión”, definiéndolo como “un derecho de las personas que se adelanta, entre otras formas de adquirirlo, por los medios de comunicación”.

La Sala estimó que este derecho no está únicamente referido

“A la trasmisión de expresiones del pensamiento como conceptos, ideas u opiniones, sino a la propagación de noticias del acontecer diario en el mundo, en el país o en una región del mismo; a la entrevista periodística, al reportaje, a la ilustración fotográfica o visual” (art. 3 Ley de Ejercicio del Periodismo) (pp. 10 de 22 y 11 de 22).

La amplitud del concepto es indudable, por lo que el derecho a la información a que se refiere el artículo 58 constitucional, comprende tanto a la expresión del pensamiento como a la difusión de noticias en cualquier forma.

Pero esta amplitud fue luego reducida por la propia Sala Constitucional: primero dijo que la norma trata “preferentemente” la noticia periodística y luego, señaló que la norma

“No se refiere a las obras sujetas a los derechos de autor en sentido lato (libros, cuadros, etc.) que se corresponden con el ejercicio de la libertad de expresión, sino a la información de noticias” (11 de 22).

Ante todo debe señalarse que no hay un derecho de autor en “sentido lato” y otro que no lo sea (¿sentido estricto?). El derecho de autor se refiere a cualquier creación del intelecto de una persona, lo que incluye desde una fotografía hasta la interpretación de un hecho cualquiera, por lo que no tiene sentido la diferencia que pretendió hacer la Sala. Sobre toda creación existe derecho de autor, y como expresión del pensamiento está sujeto a la Constitución y protegido por la misma (art. 98).

Ahora, que el derecho ciudadano a la información se ejercite con más frecuencia en relación con la difusión de noticias, no implica que no exista respeto de otras formas de expresión del pensamiento. Los ciudadanos tiene así derecho, por ejemplo, que en las bibliotecas públicas estén las obras de todos los autores posibles, por lo que se violaría el derecho a la información, si las bibliotecas públicas sólo contienen libros de ciertos autores, por ejemplo, afectos al gobierno o al régimen. Igual sucede con los museos de obras de arte: los ciudadanos tienen derecho a la información sobre la plástica, por lo que un museo público, por ejemplo, debe tender a tener pinturas representativas de la mayor cantidad de corrientes artísticas representativas del universo de las tendencias en un país; y no sólo pinturas de los artistas amigos o favorecidos por el régimen.

Ahora, en cuanto a la noticia, la Sala Constitucional la define como:

“El suceso (actual o pasado, o sus proyecciones futuras) transmitido a la colectividad por los medios de comunicación social (lo que hasta podría realizarse mediante pantallas públicas de información, por ejemplo), que también incluye a los anuncios que la ley ordena se difundan y a la publicidad en general, la cual no es *per se* una información de noticias, pero sí sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios de toda clase al alcance del público, las cuales no deben ser engañosas a tenor del artículo 117 constitucional” (p. 11 de 22).

Mezcla así, la Sala Constitucional en su concepto de “noticia” incluso la “publicidad comercial” sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios, convirtiendo la competencia desleal en el mundo mercantil o de la libre competencia en una materia constitucional.

Luego, vienen apreciaciones de la Sala sobre el manejo masivo de la noticia, respecto de lo cual no se entiende en qué puede consistir la “doctrina vinculante” de lo que se dice en el párrafo; así:

“El manejo masivo de la noticia, que permite a la persona ejercer el derecho a la información oportuna, puede efectuarse por instituciones públicas o privadas, siendo por lo regular estas últimas empresas mercantiles, con fines de lucro, que realizan actos de comercio a tenor del artículo 2º del Código de Comercio, las cuales escogen a dedo, conforme a sus conveniencias, a sus periodistas y colaboradores, y que presentan, junto con las noticias y la publicidad, artículos de opinión, emanados o no de periodistas, entre los que se encuentran los editoriales de la prensa de todo tipo, siendo –por lo tanto– las empresas o instituciones de comunicación masiva, un medio para difundir noticias (informaciones) y opiniones, muchas de las cuales se insertan más en los cánones publicitarios que en el ejercicio de la libertad de expresión **strictu sensu**, ya que lo que buscan es vender bienes o servicios de manera interesada, más que expresar ideas, conceptos o pensamientos con fines no comerciales. Muchas veces estas opiniones que difunden los medios se basan en sucesos (hechos) a los cuales se remiten, y no es raro que tales opiniones (incluso adversas) estén destinadas a dar publicidad a un personaje, y sean parte de una trama para ese fin”. (p. 11 de 22).

La referencia a la escogencia, “a dedo”, conforme a sus conveniencias, de los colaboradores de los medios de comunicación contenida en este párrafo (p. 11 de 22), en realidad, lo que recuerda es la designación de los propios Magistrados de la Sala Constitucional que dictaron la sentencia, ocurrida el 22-12-99, al margen de toda norma constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente, y la designación o “ratificación” de algunos de dichos Magistrados, con fundamento tanto en una ley que se apartó de la Constitución de 2000 y en una sentencia de los mismos Magistrados de la Sala Constitucional, en la cual decidieron que la Constitución no se les aplicaba a ellos mismos. Nada impide en ejercicio de la libertad económica (art. 112 C) y de la libre competencia (art. 299 C) que los medios de comunicación escojan, como quieran a sus colaboradores.

Por otra parte, la sugerencia de que los medios de comunicación privados persiguen fines de lucro, lo que es natural y normal, aparece en la sentencia como un estigma; al igual que se estigmatiza el hecho de que un medio de comunicación escoja libremente sus colaborado-

res, periodistas o columnistas, “a dedo”. Eso es libertad de contratación y nada más, pues los medios no tienen por qué hacer concurso alguno para seleccionar a su personal, ni existe una ley que defina el perfil o requisitos de los periodistas o columnistas que se puede contratar. Ello sí debería existir en los medios de comunicación del Estado, pero allí sólo laboran las personas afectas al régimen; y sobre esto nada dijo la sentencia. En los medios oficiales de comunicación, en efecto, si deberían existir mecanismos para la selección de funcionarios públicos, al contrario de lo que sucedió con los propios Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, como los que dictaron la sentencia, los cuales sin embargo sí fueron escogidos “a dedo” por el Poder.

7. *La libertad de información, la confusión entre las noticias y la publicidad: el derecho y las responsabilidades*

En otra parte de la sentencia, la Sala Constitucional destacó “la información” como derivado de la libertad de expresión, pero con especificidad y autonomía, pues -dijo- “la información se comunica” a través de medios de comunicación, afirmando que

“La información clandestina no pasa de ser el chisme, el rumor o la intriga a nivel personal, y no masivo” (p. 11 de 22).

Para reafirmar “esta autonomía de la libertad de información, con respecto a la libertad de expresión” la Sala remitió a lo decidido por el Tribunal Constitucional español en el Caso *Vinader* (105/83).

La Sala Constitucional, dándole un tratamiento único a la información, sea “la noticia o la publicidad”, efectuada por medios de comunicación, que debe ser conforme al artículo 58 de la Constitución, oportuna, veraz, imparcial, sin censura y ceñida a los principios constitucionales, precisó que:

“La violación de esos mandatos que rigen las noticias y la publicidad, hace nacer derechos de toda persona para obrar en su propio nombre si la noticia no se amoldó a dichos principios”. (p. 12 de 22).

La Sala precisó, además, que “la comunicación (pública) comporta tanto en el comunicador como en el director o editor del medio, las responsabilidades que indique la ley”, lo que “tiene que ser así” por

el secreto de las fuentes de información periodística (art. 28 de la Constitución). En consecuencia, dijo la Sala,

“Los dislates periodísticos que atentan contra el derecho de los demás y contra el artículo 58 constitucional, generan responsabilidades legales de los editores o de quienes los publican” (p. 12 de 22).

Queda por determinar, en todo caso, cuándo se está en presencia de un “dislate”, es decir, de un “disparate”, que es lo mismo que algo “atroz” o “contrario a la razón” de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*; y quién debe o puede determinarlo.

La Sala, por otra parte, precisó cómo los medios de comunicación pueden asegurar el derecho a la información, en la siguiente forma: emitiendo información veraz, oportuna e imparcial; y evitando la difusión de la noticia falsa, o manipulada con medias verdades; la desinformación que niega la oportunidad de conocer la realidad de la noticia; o la conjetura o información parcializada para lograr un fin específico contra algo o alguien (p. 12 de 22).

Consideró la Sala, además, en la sentencia como:

“Un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado”. (p. 13 de 22).

Contra estas actitudes, la Sala consideró que procedía intentar acciones para lograr que se informe debidamente, lo que, estimó, sin explicación alguna, que no se correspondía con el derecho de réplica ni de rectificación, sino a una acción de amparo (p. 13 de 22).

En todo caso, quedaría por resolver cómo se intentaría esta acción de amparo. Si alguien dijera, respecto de la sentencia de la Sala Constitucional, que es “funesta”, un “exabrupto”, sin señalar en qué consiste lo criticable de la sentencia; entonces, en qué consistiría la acción de amparo. ¿Se intentaría contra la persona que emitió esos conceptos

negativos o críticos contra la sentencia, para “obligarlo” a acudir a los medios de comunicación a razonar sus asertos? ¿Y si simplemente se niega a hacerlo? ¿Incurriría en desacato y podría ser objeto de una medida de privación de la libertad? El sólo pensar en la consecuencia de lo que afirma la sentencia, confirma su absurdo contenido. ¿O es que la Sala ha querido de nuevo abrir la vía a la censura judicial, para que por vía de amparo se impida que alguien emita esos conceptos sobre un acto o un hecho?. El sólo pensar en esta posibilidad lleva a rechazar el texto de esta sentencia, por inconstitucional.

En todo caso, con las “lecciones de periodismo”, que contiene este párrafo de la sentencia, sin embargo, la Sala Constitucional, por ejemplo, ignoró cómo ante expresiones de “tribunal genuflexo” y de calificar a un Magistrado del Tribunal Supremo de Argentina como “asqueroso”, resultó el *Informe n° 22/94 Caso: 11.012, Argentina (Verbitsky)* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que implicó la derogación del artículo del Código Penal Argentino (art. 244) que regulaba la figura equivalente al vilipendio de funcionarios, y se dejó sin efecto la condena por ello contra el periodista Sr. Horacio Verbitsky.

Para concluir, la Sala dictó otra norma en evidente usurpación de funciones, estableciendo como “doctrina vinculante” lo siguiente:

“Igualmente, el ejercicio de la libertad de expresión y en cierta forma el de la libertad de información a ello unida, admite opiniones y valoraciones críticas de los hechos noticiosos que se comunican, incluso con el empleo de expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos, siempre que los mismos no constituyan insultos o descalificaciones fuera de discurso, desconectadas o innecesarias con el tema objeto de opinión o información; ni de expresiones hirientes, insidiosas o vejatorias sin conexión con el tema objeto de información u opinión, o innecesarias para la formación de la opinión pública, ni cuando se trata de expresiones injuriosas que exteriorizan sentimientos personales ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable. No puede existir un insulto constitucionalmente protegido, y ellos, carecen de cobertura constitucional” (p. 17 de 22).

8. *La información veraz, imparcial y oportuna y la línea de opinión de los medios de comunicación*

De acuerdo con la Constitución, las personas tienen derecho a réplica y rectificación cuando se vean afectadas por informaciones inexactas o agraviantes. Se trata, como lo indicó la Sala Constitucional, de un derecho individual y no colectivo; aún cuando, afirma la Sala, que:

“Será posible incoar acciones para ejercer derechos e intereses difusos, cuando la publicidad atente contra la calidad de la vida, cuando la comunicación deja de ser plural, o cuando no contribuyan a la formación ciudadana (artículo 108 constitucional)” (p. 12 de 22).

De nuevo, estas frases provocan la pregunta, por ejemplo, sobre quién, cómo y cuándo puede juzgarse que una comunicación “no contribuye a la formación ciudadana”. Expresiones tan indeterminadas, lo que abren es el paso a la intervención oficial.

En todo caso, la Sala Constitucional “hizo suya” la doctrina del Tribunal Constitucional español sentada en fallo de 19-04-93, en la cual, sobre la información veraz, estableció que implicaba un deber de diligencia del comunicador en la comprobación razonable de la veracidad, aún cuando su total exactitud fuera controvertible o se incurriera en errores circunstanciales (p. 13 de 22).

Con otras citas de otras sentencias del Tribunal Constitucional español, la Sala continuó la elaboración sobre el deber de diligencia del informador (pp. 15 de 22 y 16 de 22); y luego se refirió a la doctrina de la “malicia real” sentada en el Caso: *New York Times vs. Sullivan* mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América de 09-03-64, con ponencia del juez William J. Brennan, conforme a la cual aún manifestaciones de hechos falsos pueden estar amparados constitucionalmente si para su expresión no se comprueba “real malicia”. O como lo dijo la Sala Constitucional, las

“Informaciones pueden ser erradas, y conculcarían derechos personales de naturaleza constitucional, cuando se difunden con conocimiento de que eran falsas o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no” (p. 16 de 22).

En otra parte de la sentencia, sin embargo, la Sala sólo apuntó que:

“Hay falta de veracidad, cuando no se corresponden los hechos y circunstancias difundidas, con los elementos esenciales (no totales) de la realidad” (p. 14 de 22).

El problema con la información veraz, en todo caso, sigue siendo el de la determinación de la “verdad”. Esta, en muchos casos, es subjetiva, pues de determinados hechos, cada quien puede tener “su” verdad, la cual no es objetiva. El peligro de la objetivización es que alguien pretenda decir cuál es la verdad “oficial” y ello, en definitiva, significa control de lo que se puede decir.

Consideró además, la Sala que:

“También es una atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores” (p. 13 de 22).

Con esta norma (doctrina vinculante), que estableció la Sala, usurpando la función legislativa que corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional (art. 187,1 de la Constitución), cometió un atentado contra la libertad de información y contra el derecho a establecer medios de comunicación. ¿Qué significa “mayoría”? ¿La mitad más uno o se trata de una “mayoría” específica? ¿Cómo se definen las “tendencias ideológicas”? ¿Es lo mismo una tendencia ideológica que una línea de opinión? ¿Estaba la Sala pensando en la línea de opinión oficialista o de oposición? ¿Son esas tendencias ideológicas?

La sentencia, al menos, tiene la siguiente implicación: si los voceros de un medio de comunicación, donde la mayoría de los columnistas tienen una posición política general, y mantienen e identifican esa posición, entonces no habría atentado alguno a la información veraz e imparcial. ¿Estaría pensando la Sala en la Radio Nacional y en el programa *Aló Presidente* que lleva el Presidente de la República, donde la oposición no tiene cabida alguna?

¿Cómo se puede obligar a un medio de comunicación, a su director y editor, a los columnistas y periodistas del mismo, a declararse como voceros de una corriente ideológica? Parece que esa es la única

forma como la Sala Constitucional concibe que un diario que tiene columnistas con una corriente de opinión relativamente uniforme, no viole la libertad de expresión. La verdad es que una confesión de ese tipo, además de violar la libertad de conciencia, sólo podría darse en un diario oficialista, del gobierno.

9. *El conflicto entre el derecho a informar y otros derechos constitucionales*

La Sala Constitucional, en su sentencia, al referirse en un “plano particular” al derecho a réplica y rectificación, constató lo siguiente:

“Está referido a las personas que se ven afectadas por informaciones inexactas o agraviantes o que atentan contra sus derechos humanos, contra su dignidad o contra derechos constitucionales que les corresponden, quienes, hasta ahora, no reciben ningún apoyo de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a los derechos humanos, cuando su dignidad, el desenvolvimiento de la personalidad, el honor, la reputación, la vida privada, la intimidad, la presunción de inocencia y otros valores constitucionales se ven vulnerados por los medios de comunicación social” (p. 14 de 22).

En estos casos, dijo la Sala, las personas agraviadas tienen derecho a réplica y rectificación y, además, derecho a obtener reparación por los perjuicios que se causen (p. 14 de 22).

Sin embargo, más adelante, en la sentencia, la Sala afirmó:

“El derecho a la información, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre otros derechos constitucionales de las personas, pero estos tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la publica o la edita” (p. 16 de 22).

La tesis de la ponderación de los derechos, de manera que priven los derechos a la reputación y honra sobre la libertad de expresión en los casos de que la información no sea veraz, oportuna e imparcial, lamentablemente abre el camino a la discrecionalidad judicial, en la evaluación de la veracidad y al hostigamiento respecto de periodistas. Estos están sujetos a responsabilidades, pero tal responsabilidad ulterior no puede dar pie a la censura judicial previa de informaciones sobre la base de considerarlas falsas, inoportunas o imparciales.

Sin embargo, luego, contradictoriamente, recurriendo a la doctrina de la “malicia real” del citado Caso: *New York Times vs. Sullivan*, la Sala Constitucional dijo, como ya se señaló, que las informaciones erradas sólo conculcan los derechos personales de naturaleza constitucional, cuando se difundan con conocimiento de que eran falsas o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no” (p. 16 de 22).

Por último, y citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la Sala señaló que la misma:

“No ha considerado ilegítima la intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad, cuando el error era inevitable, o intrascendente, o que no es absolutamente inveraz, o que ha habido pronta corrección o rectificación posterior por el medio.

Se trata, a título enunciativo, de señalar razones que otorgan la tución constitucional a informaciones erróneas, sin que se considere por ello, que hay menoscabo a derecho de la personalidad” (p. 16 de 22).

Sin embargo, concluyó la Sala señalando que “la información siempre genera responsabilidad civil, cuando por falsa o inexacta daña a las personas, y el medio no realizó actividad periodística razonable para confirmarla” (p. 17 de 22).

Esta medida de la “razonabilidad”, sin embargo, se aleja de la doctrina de la “real malicia”, antes citada en la misma sentencia.

Pero más adelante, en la sentencia, la Sala volvió sobre este tema del conflicto entre derechos constitucionales, indicado lo siguiente:

“En el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad, el juez tiene que ponderar los derechos en conflicto, dándole un valor prevalente a los derechos a la libertad de expresión e información en su colisión con los derechos de personalidad, también fundamentales, siempre que aquellos se refieran a hechos o personas con relevancia pública, o estén destinados a la formación y existencia de una opinión pública libre, o no vacíen de contenido a los derechos de la personalidad, o dichas libertades se ejecuten conforme a su naturaleza y función constitucional, o si se trata de información, que ella sea veraz. Corresponderá a la jurisprudencia en cada caso realizar la ponderación y analizar los conceptos de relevancia pública y veracidad de la información” (p. 19 de 22).

10. *La inconstitucional restricción al derecho a réplica y rectificación*

La Constitución y la Convención Americana precisan que las personas tienen derecho a réplica (respuesta) y rectificación en el mismo órgano de difusión cuando se vean afectadas directamente por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de medios de comunicación.

No hay excepción constitucional alguna respecto de este derecho, pero la Sala Constitucional la estableció, en evidente violación del principio de igualdad (art. 21 de la Constitución), al señalar que:

“Tal derecho no lo tienen ni los medios, ni a quienes en ellos se expresan ya que, repite la Sala, el derecho a réplica y rectificación no ha sido concedido sino a quienes reciben la información y no a quien la suministra” (p. 17 de 22).

Y agrega la Sala, más adelante, lo siguiente:

“De acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Ejercicio del Periodismo, son los periodistas los que deben el derecho a réplica o rectificación, pero ellos no lo tienen en el sentido señalado en dicho artículo” (p. 18 de 22).

Más adelante, en la sentencia, la Sala repite su inconstitucional doctrina, así:

“El derecho a la réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios, ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas, ni quienes mediante “remetidos” suscitan una reacción en contra. Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia” (p. 20 de 22).

De este razonamiento resulta entonces que quienes suministren información, por ese sólo hecho, no tendrían el derecho ciudadano a la información, lo que no tiene sentido alguno. Un informador profesional puede ser destinatario de una información inexacta o agraviante emitida por otro comunicador, y frente a ella tiene tanto derecho a réplica y rectificación como cualquier ciudadano que se vea afectado

directamente por dicha información. Por ello, la excepción establecida por la Sala Constitucional viola la Constitución.

El hecho de que un periodista tenga acceso a un medio informativo no puede significar que carezca del derecho a réplica y rectificación en el mismo medio en el que se difundió la noticia inexacta o agravante que lo afecta personalmente.

En todo caso, en la misma sentencia, al referirse al caso concreto del amparo intentado por Elías Santana, la Sala Constitucional insistió en su “doctrina vinculante” inconstitucional, señalando:

“Dentro de ese orden de ideas, el ciudadano Elías Santana, quien tiene en el diario *El Nacional* una columna semanal, pretende refutar al Presidente de la República, por la vía de la réplica, en relación con unas opiniones dadas por éste que, sobre la popularidad de ambos ciudadanos (Santana y él), emitió el Presidente en el programa *Aló Presidente*.

Considera la Sala que si Elías Santana o la Asociación Civil Queremos Elegir creen que han sido agraviados por el Presidente de la República, pueden ejercer las acciones que sean procedentes, pero que al ser un periodista con una columna fija en el diario *El Nacional* (El Ombudsman), y un programa radial diario “Santana Total”, en Radio Capital, quien pide el derecho de réplica en su propio nombre y en el de la persona jurídica de la cual es vocero y por quien habla, carece de derecho a réplica o rectificación alguno, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene, que además es un periódico de circulación nacional, o en el programa radial, sin que pueda hacerse para estos fines una separación entre su persona y la de la Asociación Civil Queremos Elegir, por quien también actúa, ya que él es el vocero de tal Asociación. Según lo transcrito en el escrito de amparo, reproducido en este fallo, en las declaraciones que los actores atribuyen al Presidente de la República, éste se refirió a su vez a declaraciones del Sr. Elías Santana, expuestas en el diario donde escribe, emitidas a nombre propio y de la Asociación Queremos Elegir, la cual por lo regular es representada por el Sr. Santana, quien se expresa en su nombre. En casos como éstos, en que en la persona de un columnista o periodista de un medio de comunicación se confunde en él la representación de una persona jurídica, que también constantemente declara en los periódicos por medio del periodista o columnista, situación que conoce la Sala por tratarse de hechos notorios comunicacionales, mal puede existir una dicotomía que otorgue un derecho de réplica o rectificación especial para su representada”. (p. 20 y 21 de 22).

Y la razón para sentar esta “doctrina vinculante” absolutamente contraria a la Constitución y a la Convención Americana, es que:

“El medio de difusión siempre puede contestar (replicar) o rectificar la noticia inexacta o agravante que sobre él, sus periodistas o colaboradores hayan sido difundidas en otro medio” (p. 18 de 22).

Lamentablemente, a pesar de haber consultado doctrina jurisprudencial europea (Alemania y España) y norteamericana, la Sala Constitucional se olvidó de consultar la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en la *Opinión Consultiva OC-7/86* del 29-8-1982 (Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta) estableció, contrariamente a lo resuelto por la Sala que:

“Si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos” (nº 28).

Pero no contenta con sentar una “doctrina vinculante” contraria a la Convención Americana y a la Constitución, la Sala Constitucional pasó a regular el ejercicio de este derecho constitucional, sentando diversas “normas”, usurpando las funciones legislativas de la Asamblea Nacional. En efecto, la Sala dictó las siguientes normas:

Primera norma: Que el derecho a réplica o rectificación no es:

“Un derecho dirigido a refutar opiniones o a mantener una diatriba pública, ya que tal cuestión, por estar dirigida a personas indeterminadas, haría infinita la discusión sin que se pudiera medir con exactitud quien convenció al público. Ello no excluye las discusiones públicas, pero éstas no forman parte del derecho de réplica o rectificación”. (p. 18 de 22).

Esta “norma” carece de todo asidero constitucional. No es posible establecer una distinción entre “información” y “opinión”; cuando se informa, en general, se opina; y cuando se opina siempre se informa. De manera que no se puede excluir el derecho de réplica y rectificación respecto de las opiniones, pues ello no lo autoriza la Constitución ni la Convención Americana en la cual, incluso, la versión en

francés del texto del artículo 14 admite la réplica y rectificación respecto de ideas y opiniones.

Segunda norma: Que

“Estos derechos a la réplica y la rectificación sólo los puede utilizar la persona directamente afectada por la información, así se encuentre contenida en un artículo de opinión o un remitido, y siempre que estos sean inexactos o agraviantes (artículo 58 constitucional)” (p. 18 de 22)

Tercera norma: Que la causa para ejercer el derecho de réplica es la inexactitud de la información o cuando se trate de información agravante.

1. En cuanto a la *inexactitud* de la información, dijo el Tribunal Supremo:

“Obliga a quien pide la rectificación o la réplica a convencer al medio de tal inexactitud, a justificar los elementos en que basa su solicitud, no bastando para ello la sola afirmación de quien ejerce el derecho, de que la información es falsa o inexacta.

Si a pesar de los argumentos que demuestran la inexactitud o falsedad, el medio se niega a publicar la respuesta o a rectificar, las vías jurisdiccionales entre ellos el amparo, están abiertas para la víctima, donde tendrá la carga de demostrar su afirmación”. (p. 18 y 19 de 22).

2. En cuanto a la información *agravante*, la define la Sala, así:

“La información agravante, es aquella que lesiona la dignidad, el honor, la reputación, la imagen, la vida privada o íntima, de las personas, exponiéndolas al desprecio público, que puede dañarlas moral o económicamente, y que resulta de una imputación que no se corresponde con la realidad, o que no atiende a la situación actual en que se encuentra una persona. Se trata de imputarle o endilgarle hechos o calificativos que no son congruentes con la situación fáctica o jurídica del agraviado.

Ante tal información, nace en la “víctima” el derecho a que se rectifique, o a dar respuesta contraria a lo que se le imputa, y en ambos casos, el amparo constitucional podría ser la acción que concretaría la protección a los derechos que le otorga el artículo 58 comentado, si se niega la réplica o la rectificación”. (p. 19 de 22).

Cuarta norma: Que

“Cuando lo que se imputa es una opinión sin base en hechos que la sustenten, a juicio de esta Sala no hay información que desvirtuar, sino la vía de las acciones ordinarias existentes o que creare la Ley” (p. 19 de 22).

Ya hemos señalado la inconstitucionalidad de esta distinción, por la imposibilidad de establecer esta dicotomía entre “opinión” e “información”.

En todo caso, de esta inconstitucional tesis, la Sala Constitucional plasmó su apreciación final sobre el caso, señalando lo siguiente:

“Además, apunta la Sala, que los hechos que se imputan al Presidente de la República para solicitar el derecho a réplica, no constituyen informaciones inexactas o agraviantes que se endilguen a los actores, sino se trata de opiniones, que se centran en la popularidad que dice tener el Presidente comparada con la de los actores, así como en una actitud amenazante que colige el Presidente de lo expresado por los accionantes, y que mal podrían originar el derecho a réplica o rectificación contenido en el artículo 58 constitucional, y así se declara.

Es más, lo que pretenden los accionantes no es el ejercicio del derecho a réplica, ya que fue a ellos a quienes les contestó el Presidente, sino el de sostener una discusión pública, para lo que no es necesario, para el columnista, acudir al artículo 58 constitucional”. (p. 21 de 22).

En todo caso, la indicación de que el derecho a rectificación y respuesta no nace de la expresión de opiniones, sino de la emisión de informaciones no sólo es inconstitucional, por restrictivo, sino que no es precisa, pues no se puede distinguir objetivamente cuándo se trata de una opinión y cuándo de una información. Como se señaló, muchas veces hay informaciones de hechos en artículos de opinión; y al contrario, hay opiniones en las informaciones periodísticas.

Quinta norma: Que:

“Quien publica un remitido en un medio, si un interesado le contesta en otro medio, no puede pretender (quien publicó el primero) le den gratis un espacio en el segundo medio para contrareplicar, ya que los remitidos no forman parte del periodismo de información al cual se refiere el artículo 58 comentado;” (p. 20 de 22).

Sexta norma: Que

“Tampoco pueden los periodistas, directores y editores de medios de comunicación, pretender que en otro medio se le permita responder lo que en el se haya difundido y consideren los perjudica, ya que estarían utilizando innecesariamente un espacio, cuando muy bien ello, utilizando sus canales de difusión escritos, orales o audiovisuales, pueden hacerlo”. (p. 20 de 22).

Ahora bien, el derecho a rectificación y respuesta tiene que ser efectivo respecto de la información inexacta o agravante, y ello se logra con la publicación en el mismo medio en el cual apareció ésta. ¿Qué sentido tiene que un periodista agraviado por una información que apareció en un diario del extremo oriental del país pueda hacer su réplica en el diario donde trabaja que se edita en el extremo occidental del país? Por tanto, el solo hecho de ser periodista y trabajar en un diario o tener una columna de opinión en el mismo no es garantía de ejercicio al derecho de respuesta y rectificación.

La sentencia, en todo caso, es un ejemplo de táctica de amedrentamiento a medios de comunicación, editores, directores, periodistas y columnistas. El efecto perverso de la sentencia, en definitiva, es la auto censura para evitar caer en cualesquiera de las situaciones narradas en la sentencia, y que podrían dar lugar a represalias. La auto censura impuesta es antidemocrática, y es la antesala a la censura oficial.

CONCLUSIÓN

De todo lo anteriormente expuesto en torno al derecho a la libre expresión del pensamiento y al derecho a la información, conforme a la interpretación que como “doctrina vinculante” ha hecho la Sala Constitucional en su Sentencia n° 1.013 de 12-06-01, resultan las siguientes conclusiones:

1. La Sala, ante todo, violó el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 26 de la Constitución y violó, además, su propia “interpretación vinculante” adoptada en cuanto al procedimiento de la acción de amparo (Sentencia n° 7 de 01-02-00, Caso: *José A. Mejía y otros*), al decidir declarar improcedente la acción de amparo intentada en el mismo momento de admitirla.

Conforme a la “interpretación” vinculante establecida por la Sala en materia de amparo, el tribunal debe ineludiblemente tomar la decisión inicial de admitir o no la acción; y si la admite, debe proseguir con el proceso, no estándole permitido concluirlo *in limine litis* ni para declarar con lugar el amparo, ni para declararlo sin lugar. Incluso, debe recordarse que la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena (sentencia de 21-05-96) había declarado la nulidad por violación al derecho a la defensa, del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo que permitía a los jueces *in limine litis* restablecer la situación jurídica que se alegaba violada.

2. La Sala Constitucional, además usó abusivamente de su competencia para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales que está prevista en el artículo 335 de la Constitución. No guarda relación alguna de logicidad o racionalidad, que una interpretación vinculante de dos normas constitucionales tenga un texto de 16 páginas, en las cuales se crean normas, se establecen excepciones, se dan opiniones, se sientan criterios de todo tipo, que no tienen relación alguna con la cuestión a la que se refería el proceso. Interpretar es fijar el sentido, alcance, valor o finalidad de una norma, y ello es lo que puede tener carácter vinculante.

La interpretación de la norma, como una técnica de aplicación del derecho, es la que podría tener carácter vinculante, la cual se configura en la parte dispositiva del fallo, no la “doctrina” que elabore la Sala en la parte motiva de la sentencia.

3. La Sala Constitucional, por otra parte, violó el principio de la separación de poderes que consagra la Constitución (art. 136), conforme al cual cada uno de los órganos del Poder Público tiene sus atribuciones propias, que debe ejercer conforme a la Constitución y las leyes (art. 137). Corresponde a la Asamblea Nacional “legislar en las materias de la competencia nacional” (art. 187,1) y conforme al artículo 156,32, “la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales” es una de esas materias de competencia del Poder Público Nacional.

En consecuencia, al establecer “normas” reguladoras respecto del ejercicio de los derechos constitucionales garantizados en los artículos 57 y 58 de la Constitución, como las contenidas en la sentencia, la Sala Constitucional (como órgano del Poder Judicial) usurpó las funciones

y atribuciones de la Asamblea Nacional (como órgano del Poder Legislativo).

4. Entre las garantías constitucionales de los derechos constitucionales, está el de la reserva legal, es decir, que tales derechos sólo pueden ser regulados por “ley” en el sentido de actos que emanan de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador (art. 202). Cualquier regulación, limitación o restricción de los derechos constitucionales, dentro de los parámetros autorizados expresamente por la Constitución, sólo puede ser establecida, por tanto, en una ley emanada del órgano de representación democrática, es decir, integrado por los diputados electos para tal fin. Es el principio democrático de la organización y funcionamiento del Poder (art. 6) que impide que los derechos constitucionales puedan ser regulados por cualquier otro órgano que no sea el que ejerce el Poder Legislativo. La sentencia de la Sala, por tanto, además, al regular los derechos constitucionales previstos en los artículos 57 y 58 de la Constitución, violó el principio democrático que es el pilar fundamental del funcionamiento del Estado.

5. La Sala Constitucional, en todo caso, al pretender regular dichos derechos constitucionales, estableció restricciones, limitaciones y excepciones no autorizadas en la Constitución, que ni siquiera el órgano legislativo podía sancionar mediante ley, como la eliminación del derecho a réplica (respuesta) y rectificación a los periodistas, o la permisión de mecanismos de censura que está absolutamente prohibida en la Constitución.

Al establecer tales restricciones o limitaciones, no autorizadas por la Constitución, la Sala Constitucional violó directamente los artículos 57 y 58 de la Constitución, los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que conforme al artículo 23 de la propia Constitución, tienen rango constitucional.

Por otra parte, al establecer excepciones no autorizadas al derecho a réplica y rectificación, excluyendo del mismo a determinadas personas con evidente discriminación, la Sala Constitucional violó, además, el principio de la igualdad ante la ley que garantiza el artículo 21 de la Constitución.

6. Por último, al establecer excepciones y discriminaciones respecto del ejercicio de derechos constitucionales no autorizadas en la Constitución, lejos de respetar el principio de la progresividad en la interpretación de tales derechos, como lo exige el artículo 19 de la Constitución, los interpretó regresivamente, contrariando tal disposición que implica, entre otros aspectos, que en caso de duda la interpretación tiene que ser a favor de la libertad y del derecho y no en contra.

§13. El juez constitucional vs. la propiedad privada: el juez constitucional como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: el CASO RCTV

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela con la complicidad de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal, en mayo de 2007, de nuevo, en lugar de proteger los derechos constitucionales de las personas, han conspirado como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para secuestrarlos y violarlos. El más alto nivel del Poder Judicial, así, ha lavado y avalado las arbitrariedades gubernamentales cubriéndolas con un velo de judicialidad, tal como ha ocurrido en el caso del cierre de la más importante estación de televisión del país, por cierto crítica al gobierno del Presidente H. Chávez (Radio Caracas Televisión, RCTV).

En ese caso, la conspiración judicial ha tenido por objeto aniquilar la libertad de expresión del pensamiento plural y decretar impunemente la confiscación de bienes de propiedad privada, que ni el Ejecutivo ni el legislador podían hacer por prohibirlo la Constitución (art. 115), en ambos casos, violando expresas disposiciones constitucionales pero con el agravante de que los conspiradores en este caso, han actuado impunemente, porque saben que sus actuaciones no pueden ser controladas.

En efecto, en varias decisiones judiciales dictadas en mayo de 2007, en lugar de controlar las sucesivas arbitrarias e inconstitucionales amenazas y decisiones del gobierno de no renovar la concesión de uso del espacio radioeléctrico que la empresa RCTV tenía desde hace más de medio Siglo, no sólo el Poder Judicial rehusó sistemáticamente

te efectuar control alguno de las actuaciones del Poder Ejecutivo, sino que como dócil instrumento del gobierno, validó el cierre del canal de televisión, avalando el atentado que ello significó a la libertad de expresión y, además, como la entidad estatal (Fundación TEVES) que creó el gobierno para sustituir a RCTV no estaba en capacidad de transmitir efectivamente una señal de televisión con cobertura nacional, decidió, incluso en un caso, de oficio, y peor, que como si fuera gobierno arbitrario, confiscar los bienes de la empresa RCTV que cesaba en su actividad; asignándoselos “en uso temporal” indefinido y gratuito a la entidad oficial que comenzó a transmitir la señal de televisión en el mismo espacio radioeléctrico.

Para entender semejante atropello a la Constitución y a los derechos constitucionales de RCTV, cometido por el órgano judicial encargado de garantizar su supremacía, es conveniente hacer referencia a los antecedentes del caso, así como a las acciones judiciales que se intentaron buscando infructuosamente la respuesta del Poder Judicial en protección de legítimos derechos constitucionales que en este caso habían sido violados.

I. ANTECEDENTES

Las actividades privadas en materia de telecomunicaciones, en especial de las audiovisuales, se realizan en Venezuela conforme a un régimen jurídico que regula tanto las actividades de telecomunicaciones en sí mismas, como el uso de bienes del dominio público, cuando ello se requiera para la realización de aquellas. En ambos casos, las transformaciones del mundo contemporáneo en la materia, han provocado una evolución de dicho régimen jurídico de las telecomunicaciones que se ha caracterizado por las siguientes orientaciones:

En cuanto a la **regulación de las actividades de las telecomunicaciones** en sí mismas, el régimen jurídico de las mismas, en las últimas décadas, muestra una evolución en cuanto al grado de intervención del Estado, que ha pasado de constituir una actividad que hasta el último tercio del Siglo XX siempre y en general había sido considerada como una **actividad reservada al Estado**, en la mayoría de los casos con la categorización de **servicio público**, y que en algunos casos excluía toda actividad privada en las mismas; a la **actividad de interés general de la actualidad**, en la cual los particulares **tienen derecho** a realizar las actividades, aún cuando sometidos a cierto con-

trol por parte del Estado mediante el cual se los autoriza o habilita a desarrollarlas.

En cuanto a la **regulación del uso del dominio público para las actividades de telecomunicaciones** la evolución del régimen relativo a su regulación ha pasado de ser, uno que por ejemplo, sólo se refería a la utilización del dominio público terrestre, aéreo y marítimo para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la instalación de cables (subterráneos, aéreos y marítimos); a la regulación contemporánea adicional, del **uso del bien del dominio público denominado espectro radioeléctrico para transmitirlos por ondas**.

El cambio efectuado en relación al régimen de las actividades de telecomunicaciones ocurrió en Venezuela con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 que estableció el principio de la libertad económica de las telecomunicaciones, eliminando la reserva de las mismas que antes tenía el Estado e incluso la misma denominación de “servicios públicos” de las mismas que disponía la vieja Ley de Telecomunicaciones de 1941.

Conforme a la nueva Ley, las actividades relativas a las telecomunicaciones pasaron entonces de ser actividades públicas que estaban reservadas al Estado, a actividades privadas realizadas por los particulares en ejercicio del derecho a la libertad económica (art. 112 de la Constitución), en concurrencia con el Estado. En otros términos, incluso si algunas de dichas actividades de telecomunicaciones pudieran considerarse como servicios públicos, lo importante es que no se trata de servicios reservados al Estado los cuales, por tanto, pueden ser desarrollados libremente por los particulares, sujetos sólo a autorizaciones o habilitaciones administrativas. En realidad, la Ley Orgánica sólo estableció una reserva al Estado que ha quedado reducida a “los servicios de telecomunicaciones para la seguridad y defensa nacional” (Art. 8).

Tratándose entonces en general de actividades no reservadas al Estado, el artículo 1º de la Ley Orgánica precisa que el objeto del marco de su regulación es “garantizar el derecho de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes”.

La consecuencia de esta liberalización del régimen de las telecomunicaciones fue la previsión de que para su ejercicio por los particulares, sólo se requiere de la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y, de ser necesaria, la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones CONATEL (art. 5). Con ello, se insiste, respecto del régimen de las actividades de telecomunicaciones, la Ley Orgánica eliminó la reserva al Estado y el régimen general de concesiones (salvo por lo que se refiere al uso del dominio público del espectro radioeléctrico), sustituyéndolo por un régimen de libertad económica sólo limitada por la naturaleza de las actividades al ser de interés general, exigiéndose la obtención, para su realización, de una autorización administrativa.

Dado el cambio radical del régimen de las telecomunicaciones que pasó de la reserva al Estado, la calificación de las mismas como servicios públicos y su ejercicio mediante concesiones administrativas, hacia un régimen de concurrencia en los que los particulares tienen libertad económica; la calificación de las actividades como de interés general y su ejercicio mediante habilitaciones o autorizaciones administrativas, condujo a la Ley Orgánica a establecer en sus disposiciones transitorias, un régimen de transformación de las antiguas concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registro establecidos en la nueva Ley Orgánica (art. 210), basándose todo el régimen en el principio del respeto de los derechos adquiridos y en la adaptación de las viejas concesiones a la habilitaciones administrativas y concesiones previstas en la nueva Ley.

Esa transformación se reguló en la Ley Orgánica, con carácter obligatorio, y en el procedimiento administrativo para lograrla se hizo participar a los interesados a cuyo efecto fueron llamados a solicitar la transformación de sus títulos jurídicos dentro de un plazo que estableció CONATEL (art. 210,7). Dicho procedimiento, que debía estar regido por los principios de transparencia, buena fe, igualdad y celeridad (art. 210,1), debía necesariamente concluir en el lapso de dos años siguientes a la publicación de la Ley, con un acto administrativo de transformación dictado por CONATEL, en el cual se debía

sustituir la concesión o permiso inicial por una habilitación administrativa y concesión conforme a la nueva Ley. La transformación no debía implicar el otorgamiento de más facultades para la prestación de servicios al público, que las que al momento tenían los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos (art. 210,3). La Ley dispuso, además, expresamente, que “mientras ocurre la señalada adecuación, todos los derechos y obligaciones adquiridas al amparo de la anterior legislación, permanecerán en pleno vigor, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos (art. 210).

Conforme a esta previsión, RCTV solicitó oportunamente la transformación, la cual nunca fue decidida por el Estado, con lo cual siguió operando conforme a su vieja concesión la cual tenía una duración de 20 años, de acuerdo a lo establecido directamente en el Decreto n° 1577 de 27-05-1987 (artículos 4 y 1°), concluyendo el 27-05-2007; oportunidad en la cual RCTV en virtud de la abstención de la Administración de transformar la concesión, tenía el derecho preferente conforme al Decreto 1577, de que se le extendiera la concesión por otro período de 20 años (artículo 2).

El Estado venezolano, sin embargo, por manifestaciones directas del Presidente de la República, del Ministro de la Comunicación e Información, el Ministro de Telecomunicaciones e Informática y de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, desde finales de 2006 difundió en forma pública que RCTV cesaría de transmitir su señal de televisión el día 27 de mayo de 2007, cuando venciera la vieja pero vigente concesión que tenía. Al inicio, la razón de la medida anunciada fue neta y exclusivamente política, lo que era contrario a la Ley, y al final, las amenazas se convirtieron en actos administrativos concretos conforme a los cuales se habría decidido no renovar la concesión a la empresa, porque el Estado había decidido utilizar el espacio radioeléctrico que RCTV tenía asignado desde hace cinco décadas, para establecer una televisión de servicio público estatal. RCTV tenía derecho a la renovación, pues conforme al régimen de liberalización de las telecomunicaciones dispuesto en la Ley Orgánica de 2000, la renovación de los actos de habilitación no es el resultado de decisiones administrativas discrecionales sino regladas, a la cual tienen derecho los titulares de las mismas si se verifican los supuestos para su procedencia.

Ello provocó que se ejercieran por ante las Salas Político Administrativa y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, diversos recursos buscando la protección del juez constitucional, por la vía del amparo constitucional o de la acción contencioso administrativa con pretensión cautelar de amparo. El lamentable resultado fue la negativa sistemática del juez constitucional de proteger los derechos constitucionales de los recurrentes y, al contrario, ver cómo la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional, actuaron confabuladas para conculcar los derechos constitucionales a la libertad de expresión plural del pensamiento, el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la propiedad privada.

II. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO RENUNCIÓ DELIBERADAMENTE A PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE AMENAZADOS DE SER VIOLADOS POR EL JEFE DE ESTADO Y SUS SUBORDINADOS

En efecto, ante la arbitrariedad que se venía anunciando, el 9 de febrero de 2007 la empresa RCTV, sus directivos, sus periodistas y sus trabajadores intentaron ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo una acción de amparo contra la amenaza de violación de sus derechos constitucionales por parte del Presidente de la República y el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, al haber declarado pública y reiteradamente, fundándose en motivaciones políticas (todo lo cual llegó incluso a recopilarse y publicarse en un *Libro Blanco* editado en marzo de 2007 por el Ministerio de Telecomunicaciones), la voluntad del Poder Ejecutivo de que a partir del 28 de mayo de 2007, RCTV dejaría de operar como estación de televisión abierta en VHF; amenaza que se consideró inminente, posible e inmediata, y mediante la cual el Jefe de Estado y sus subordinados violaban:

[...] “(i) la libertad de pensamiento y expresión garantizada por el artículo 57 de la Constitución República Bolivariana de Venezuela (...) y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) (ii) el derecho al debido proceso, expresado en el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a ser oído por una autoridad imparcial, garantizado por el artículo 49 de la Constitución y el artículo 8(2) de la Convención Americana y (iii) el derecho a la

igualdad y la no-discriminación, garantizado por el artículo 21 de la Constitución y el artículo 24 de la Convención Americana, todo de conformidad con el artículo 27 de la Constitución, en concordancia con los artículos 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales" (...)

La Sala Político Administrativa, mediante sentencia n° 920, EXP: 07-0197 de 17-5-2007 declaró inadmisibile la acción, para lo cual comenzó por precisar que en materia de telecomunicaciones, a juicio de la Sala, el órgano competente para pronunciarse en relación a la posible situación jurídica de la concesión que tenía RCTV, respecto del uso y explotación de un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, era la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), razón por la cual consideró que la acción de amparo resultaba "inadmisibile, toda vez que la lesión no es inmediata, posible y realizable por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Rafael Chávez Frías, en lo que respecta a la pretensión dirigida contra su persona como presunto agraviante". La Sala, aquí, incurrió en su primer error de crasa ignorancia sobre las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme a las cuales, en forma expresa, la competencia en materia de habilitaciones y concesiones para televisión corresponde al Ministro de Telecomunicaciones.

Ahora bien, reducida la acción de amparo por decisión de la Sala sólo contra el Ministro y Presidente de CONATEL, la Sala Constitucional se refirió a dos actos administrativos dictados por el Ministro el 28 de marzo de 2007, después de que se había intentado la acción, contenidos en la Resolución n° 002 y en el Oficio n° 424, mediante los cuales se habría dado respuesta a la solicitud que había presentado Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., el 24 de enero de 2007, en cuanto a la transformación y renovación de su concesión. En el último de dichos actos, el Ministro había indicado ("resuelto") que:

[...] "la presente comunicación tiene carácter mero-declarativo, esto es, que no crea, modifica o extingue la situación jurídica respecto a la concesión de RCTV que se vence el 27 de mayo de 2007 a las 12 p.m. hora legal de Venezuela, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1 del Decreto n° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras, lo cual incluye

las frecuencias accesorias otorgadas a nivel nacional para la explotación de la concesión cuya vigencia expira”.

Para la Sala Constitucional, este acto administrativo indicaba que había “cesado la circunstancia generadora de la presunta infracción constitucional en el presente caso”, pues conforme al artículo 6,1 de la Ley Orgánica de Amparo, “para que resulte admisible la acción de amparo es necesario que la lesión denunciada sea presente, es decir, actual”, concluyendo entonces que como:

[...] “el hecho denunciado como lesivo lo constituye una presunta omisión atribuida al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, sin embargo, durante la tramitación del proceso de amparo el presunto agravante produjo la respuesta omitida, por lo que, desde el mismo momento en que se dictó el acto administrativo resolviendo la solicitud planteada, cesó la lesión denunciada por los quejosos”.

En consecuencia, la Sala resolvió en este caso, que había sobrevenido “la causal de inadmisibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por haber cesado la presunta infracción constitucional denunciada”. Así, la Sala, deliberadamente, se rehusaba a proteger derechos constitucionales violados.

Pero sin embargo, el juicio no concluyó allí, como era la lógica procesal, lo que implicaba el archivo del expediente, sino que la Sala Constitucional, luego de declarar inadmisibile la acción, entró a formular consideraciones que nadie le había solicitado, indicando que en la Resolución n° 002 dictada por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, se había determinado:

[...] “declarar terminado el procedimiento administrativo iniciado según la solicitud formulada por Radio Caracas Televisión, en fecha 6 de mayo de 2002, relativa a la transformación de su concesión, por decaimiento del objeto de dicha solicitud. En consecuencia, dicha concesión se mantendrá en vigencia hasta su vencimiento el 27 de mayo de 2007, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto n° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras”.

Por ello, a propia iniciativa, resolvió informarles a los solicitantes que la vía idónea para accionar en protección de los derechos constitucionales contra actos administrativos, era la acción contencioso administrativa, y como en el caso, RCTV, como era lógico, ya había intentado ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el 18 de abril de 2007, el "recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar y medidas cautelares innominadas ante la referida Sala Político Administrativa el 17 de abril de 2007, contra los actos administrativos contenidos en el Oficio n° 424 y la Resolución n° 002 dictados por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007", concluyó que en el caso a RCTV también se aplicaba la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6,5 de la Ley Orgánica de Amparo. Respecto de los demás accionantes se les indicaba que podían "hacerse parte en el mencionado juicio a los fines de tutelar sus derechos e intereses".

En esta forma, la Sala Constitucional, en un juicio de amparo que se había intentado el 9 de febrero de 2007, sólo vino a decidir sobre su admisibilidad el 17 de mayo de 2007, es decir, tres meses después, habiendo sido su deliberada inacción la que provocaría la sobrevinencia de la causal de inadmisibilidad de la acción de amparo. De haberla decidido oportunamente, como se lo imponía la Constitución y los derechos reclamados, no habría habido motivos para declararla inadmisibile.

En todo caso, al declarar inadmisibile la acción intentada contra la amenaza de violación de la libertad de expresión, y la lesión efectiva del derecho al debido proceso y a la defensa, pues se había decidido no renovar la concesión sin procedimiento previo alguno, el juez constitucional, después de ilegítimamente conspirar para provocar el surgimiento de alguna causal de inadmisibilidad, renunció a proteger la libertad de expresión plural en Venezuela.

III. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TAMBIÉN DELIBERADAMENTE RENUNCIÓ A PROTEGER CAUTELARMENTE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE VIOLADOS POR CONATEL

El 17 de abril de 2007, como se había reseñado en la sentencia antes comentada de la Sala Constitucional, efectivamente, RCTV, sus directivos, sus periodistas y empleados habían interpuesto un recurso contencioso administrativo de anulación con solicitud de amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada, contra los actos administrativos contenidos en Resolución n° 002 y Oficio n° 0424 ambas de fecha 28/03/07 dictadas por el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Informática, antes mencionados, mediante los cuales se había resuelto declarar el decaimiento por falta de objeto de la solicitud formulada por RCTV en 2002, para la transformación de su título de concesión otorgado de acuerdo con la legislación anterior, en los títulos de habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones y concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, de conformidad con lo previsto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como la desestimación de las solicitudes presentadas por RCTV el 24 de enero de 2007 para la renovación o extensión de la concesión para prestar el servicio de televisión abierta hasta 2027.

Mediante sentencia n° 00763, EXP: 2007-0411, de 23-05-2007 la Sala Político Administrativa admitió “provisoriamente el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado” para entrar a conocer de la solicitud de amparo cautelar que se había formulado conjuntamente con la acción de nulidad, la cual declaró sin lugar, renunciando así la Sala Político Administrativa, también deliberadamente, a proteger los derechos constitucionales que se habían denunciado como violados, y que fueron el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en los artículos 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues con las decisiones recurridas se impedía a los recurrentes difundir libremente ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda mediante las frecuencias asignadas a RCTV, en todo el territorio nacional, así como también se restringía el derecho de expresión, la comunicación

y la circulación de ideas y opiniones, lo que está prohibido en el artículo 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y además, la violación del debido proceso y de derechos de contenido patrimonial, como la propiedad y la libertad económica.

Esta petición de amparo, tenía por objeto el que la Sala Político Administrativa ordenara al mencionado Ministro, que se abstuviese “de tomar cualquier medida que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional” mientras se decidiera el recurso contencioso administrativo de nulidad y que, además, tomase “todas las medidas necesarias a los fines de que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación”.

Sobre estas peticiones, la Sala Político Administrativa decidió con toda simpleza, como sigue:

Sobre la violación alegada del derecho a la libre expresión del pensamiento, la Sala concluyó que sólo “mientras dure la concesión” era que:

[...] “los recurrentes podrán ejercer el derecho a la libertad de pensamiento y expresión empleando la frecuencia radioeléctrica asignada a RCTV, C.A. bajo el título jurídico que deriva de la concesión; lo cual en modo alguno implica una presunta violación al referido derecho, toda vez que los recurrentes podrán *dentro de la diversidad de los medios de difusión*, exponer sus ideas, opiniones e informaciones”.

Agregó además la Sala, con toda simpleza, como si ella lo creyera, que RCTV “tiene al igual que otros generadores de contenidos, la libertad de seguir ejerciendo dicho derecho a través de muchas otras formas de difusión, como lo serían los operadores de servicios de televisión por suscripción.”

Y concluyó sobre la violación de este derecho en su ámbito social, esto es, el derecho de todos los miembros de la sociedad a recibir ideas, informaciones y opiniones, que:

[...] “mediante los actos administrativos impugnados no se impide de manera alguna que la sociedad venezolana pueda recibir ideas, opi-

niones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda, habida cuenta de la existencia de *muchos otros canales televisivos y medios de comunicación social* de propiedad privada –que son la mayoría de los existentes en el país– a través de los cuales se transmiten tales contenidos, dentro del contexto de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, razón por la cual debe desestimarse la presunta violación alegada sobre este particular. Así se declara.”

En cuanto a la violación del derecho al debido proceso, frente al alegato de que al haberse dictado los actos impugnados “tanto el Ministro como otros altos funcionarios del Ejecutivo Nacional, habrían anunciado públicamente con anterioridad a la emisión de los actos recurridos, la desestimación de la solicitud de “extensión y renovación” de la concesión a RCTV”, la Sala, simplistamente se limitó a considerar que para:

[...] “evidenciar la supuesta violación a ser oído por una autoridad imparcial, sería necesario efectuar un estudio minucioso de los actos administrativos impugnados así como de las actuaciones de las autoridades mencionadas, y confrontarlos con los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal referidas por los recurrentes, lo cual sólo podrá realizarse en la oportunidad de la sentencia definitiva, pues le está vedado al Juez que conoce del amparo cautelar pronunciarse sobre la legalidad; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.”

En cuanto a la violación del derecho a la defensa, por la negativa del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática de evacuar pruebas de informes promovidas por RCTV, y permitirle el acceso al expediente, con motivo de la solicitud que había sido presentada el 24 de enero de 2007, la Sala simplemente se limitó a considerar que:

[...] “un pronunciamiento sobre la presunta violación del derecho a la defensa en este caso, implicaría examinar la Comunicación n° 0424 a la luz de los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal aplicables, lo cual se verificará con ocasión de la sentencia definitiva; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.”

Y respecto de la mencionada solicitud de RCTV de 24 de enero de 2007 en la cual había solicitado al Ministerio que completara el proceso de transformación y se emitieran los nuevos títulos de RCTV, es decir, la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico y la correspondiente habilitación administrativa, y se reconociera su derecho adquirido a la extensión de los títulos de RCTV por un período adicional de veinte años, la Sala simplemente se limitó a decidir que lo pretendido por RCTV:

[...] “comportaría realizar un estudio de la normativa legal aplicable al caso de autos, referida por la empresa en su solicitud, a los fines de determinar si, efectivamente, era necesario el inicio de un procedimiento administrativo para tramitar la solicitud formulada el 24 de enero de 2007, lo cual será decidido en la oportunidad de dictarse sentencia definitiva, por lo que debe desestimarse la presunta violación alegada al derecho a la defensa. Así se decide.

En relación con la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de que tanto las declaraciones manifestadas públicamente por autoridades pertenecientes al Ejecutivo Nacional como los actos administrativos recurridos, constituían una sanción por la supuesta comisión de infracciones al Código Penal, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y otras disposiciones legales, sin que ello se hubiese demostrado en forma alguna, la Sala simplistamente se limitó a señalar que en los actos impugnados no encontró “señalamiento alguno por parte de la Administración, donde se evidencie que el contenido de los referidos actos comporte una sanción a la empresa recurrente por el incumplimiento de normas legales”, declarando que “no ha quedado demostrada la violación alegada por los recurrentes sobre la presunción de inocencia de su representada. Así se declara”.

Sobre la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, conforme a la cual los recurrentes alegaron que a RCTV se la había tratado “de forma desigual con respecto a operadores que se encuentran en idéntica situación que RCTV, C.A. y a los cuales se les ha dado un trato diferente y más beneficioso”, la Sala se limitó simplemente a señalar que de las pruebas cursantes en el expediente, no se desprendía lo afirmado, y que los recurrentes no habían demostrado “la condición de igualdad de circunstancias y de discriminación que dice

tener frente al resto de los operadores; por lo que se desestima el alegato relativo a la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación. Así se declara.”

Sobre la violación alegada de la garantía de irretroactividad de la ley, al desconocerse el derecho de preferencia de RCTV para la extensión por 20 años de su concesión de televisión abierta en VHF, dado que la Ley debía aplicarse respetando y reconociendo los derechos adquiridos por los operadores bajo el régimen anterior, la Sala se limitó también simplemente a señalar que para determinar dicha violación del principio de irretroactividad, debía necesariamente examinarse el contenido del Decreto n° 1.577 a la luz de la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones y otras disposiciones de rango inferior al mencionado texto legal”, lo que “no corresponde ser examinada en esta etapa del proceso. Así se declara.”

Sobre la violación alegada del derecho de propiedad y no confiscación, en virtud de que con la negativa de transformar los títulos otorgados al amparo de la legislación anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como la negativa de extender o renovar la concesión bajo el argumento de que el Estado se iba a reservar la explotación y uso de la frecuencia utilizada por RCTV, se desconocían los derechos de RCTV para continuar operando esa frecuencia, así como los beneficios económicos que dicha actividad le reporta, la Sala se limitó, igualmente en forma simplista, a advertir que el espectro radioeléctrico es un recurso limitado de telecomunicaciones y un bien de dominio público inalienable e imprescriptible, cuyo titular es la República:

[...] “la cual ejerce sobre dicho bien los atributos propios de esa titularidad; es decir, su uso, goce y administración, de conformidad con la Ley; por lo que esta Sala estima infundada la denuncia de violación del derecho de propiedad. Así se declara.”

Y sobre la afectación del derecho de propiedad sobre los bienes utilizados para la explotación de la concesión distintos del espectro radioeléctrico, la Sala también en forma insólitamente simplista, se limitó a observar:

[...] “que el vencimiento de la concesión como mecanismo de extinción natural de la misma con un plazo de duración conocido de ante-

mano por el concesionario, en modo alguno puede entenderse como un supuesto de lesión del derecho de propiedad sobre dichos bienes, por lo que se rechaza tal argumento. Así se declara”.

La Sala, por otra parte, observó que en este caso “a pesar de estar en presencia del posible vencimiento de una concesión, hasta el presente no se ha invocado la figura usual de la reversión de los bienes afectos a la concesión en beneficio del concedente.” Es decir, la Sala aprovechaba una decisión judicial para enviarle un “mensaje” al Ejecutivo sobre algo que hasta ese momento “no se había invocado”, particularmente porque no procedía.

En cuanto al alegato de la empresa recurrente de que la pérdida de ciertos beneficios económicos (lucro cesante y recuperación de la inversión) que la iban a afectar si se ejecutaban los actos impugnados, la Sala se limitó simplemente a señalar que:

[...] “la determinación de tal pérdida comporta necesariamente el análisis de la existencia o no de un derecho de preferencia a favor de la empresa recurrente para obtener la extensión o renovación de la concesión a partir del 28 de mayo de 2007, día siguiente a aquel en que vence la concesión otorgada; razón por la cual no puede la Sala en esta etapa cautelar emitir pronunciamiento alguno con fundamento en un pretendido derecho que constituye parte de lo que debe dilucidarse en la decisión definitiva, debiéndose desestimar el alegato formulado sobre este punto. Así se declara.”

En cuanto a la violación alegada al derecho a la libertad, en virtud de que la ejecución de las decisiones impugnadas impedirían que RCTV pudiese ejercer la actividad que venía desarrollando, sin que se hubiese configurado el incumplimiento de la ley ni verificado un supuesto normativo que justificase dichas decisiones, la Sala, luego de analizar el carácter de dominio público del espacio radioeléctrico, se limitó a señalar también en forma insólitamente simple, que los argumentos sobre la disponibilidad de la frecuencia usada por la empresa:

[...] “están sujetos a las pruebas que se promuevan y evacúen en el transcurso del proceso de nulidad, razón por la cual su alegato no debe ser considerado en esta etapa procesal a efectos de evidenciar la supuesta violación del derecho a la libertad económica. Así se declara.”

Sobre el alegato de que la autoridad administrativa tenía la obligación de respetar el objeto, cobertura y lapso de vigencia de la concesión otorgada bajo la normativa legal anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y que por tanto debía haber transformado los títulos de RCTV, la Sala, también con una simpleza pasmosa, se limitó a indicar:

[...] “que de las pruebas cursantes en autos no se deduce que la circunstancia de la no transformación de los mencionados títulos, haya impedido que la sociedad mercantil actora continúe operando la frecuencia radioeléctrica hasta la fecha del vencimiento de la concesión, lo cual fue expresamente reconocido por la Resolución n° 002 recurrida. Así se declara.”

Y en cuanto a la denuncia relativa a que la Administración tendría que respetar el derecho de RCTV a la extensión por veinte (20) años de la concesión, con base en el artículo 3 del Decreto n° 1.577, la Sala se limitó a indicar también simplemente:

[...] “que tal argumento requiere necesariamente un pronunciamiento sobre las normas legales aplicables al caso de autos, lo que –tal como antes se ha señalado– le está vedado al juez de la causa en esta etapa cautelar, limitada a la protección de los derechos constitucionales.”

Como consecuencia de todo lo anterior, la Sala Político Administrativa concluyó que en el caso sometido a su consideración no se verificó la presunción de buen derecho exigida a los fines de acordar la protección cautelar, con lo que, sin verificar el cumplimiento del *periculum in mora* ni el *fumus boni iuris*, pura y simplemente declaró improcedente la acción de amparo constitucional interpuesta en forma conjunta con el recurso contencioso administrativo de nulidad de los actos impugnados.

La orden ejecutiva había sido dada, y la simpleza de los argumentos lo que confirman es la sumisión del órgano judicial a los dictados del Poder Ejecutivo.

IV. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LUGAR DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, PRETENDIÓ SUSTITUIRSE EN LA ADMINISTRACIÓN Y PRETENDIÓ CUBRIRLE DE OFICIO SUS CARENCIAS ARGUMENTALES

Pero después de haber declarado sin lugar la protección cautelar de amparo a los derechos constitucionales que se había formulado conjuntamente con la acción de nulidad contra los actos administrativos impugnados dictados por CONATEL, la Sala Político Administrativa pasó a formular, **de oficio**, unas consideraciones teóricas sobre el régimen de concesiones en materia de telecomunicaciones, pretendiendo así suplir lo que quizás percibía como eventuales carencias argumentales de las autoridades administrativas. El juez contencioso administrativo, así, se pretendió convertir en Administración, incurriendo en una ilegitimidad judicial.

En efecto, en la antes referida sentencia de 23-05-2007, la Sala Político Administrativa emitió un "*obiter dictum*", que significa "algo dicho al pasar" o incidentalmente, es decir, algo "dicho sea de paso", en el cual indicó que "la *concesión* es una forma contractual empleada por la Administración para la gestión de los *servicios públicos*, la cual comporta una delegación que efectúa el Estado a otra persona a su propio riesgo, para el funcionamiento de dichos servicios por un tiempo expresamente acordado", respecto de la cual "resaltan los elementos de temporalidad, exacta delimitación y beneficio económico para el concesionario por el uso y explotación del bien público que con motivo de la concesión se le haya asignado" agregando que "una vez expirado el término de vigencia se produce de pleno derecho la extinción de la relación y, usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión".

Concluyó la Sala indicando que:

[...] "el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, C.A. empleando la frecuencia radioeléctrica que le fue asignada, tiene como límite la duración de la concesión, por lo que en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional. RCTV, C.A. puede seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano."

Con este “dicho sea de paso” del juez contencioso administrativo, el Tribunal Supremo tomó dos iniciativas **de oficio**, sobre temas que no habían sido ni eran objeto del debate en el juicio, y adelantó opinión sobre el fondo del juicio. De nuevo, el juez contencioso administrativo pretendió guiar a la Administración y suplirle sus supuestas carencias.

1. *El tema del servicio público y las telecomunicaciones*

En efecto, en primer lugar, la Sala en su “dicho sea de paso”, calificó la concesión de uso del espacio radioeléctrico para transmitir televisión como una “concesión de servicio público”, lo cual no es jurídicamente correcto.

Es cierto que históricamente, las actividades de telecomunicaciones habían sido consideradas en muchos países y en épocas distintas como actividades de servicio público, las cuales incluso durante muchas décadas fueron reguladas como actividades reservadas al Estado, y que los particulares en algunos casos podían prestar mediante el régimen de concesión de servicio público otorgada por el Estado.

Todo ello, sin embargo, cambió en el mundo contemporáneo, donde ahora prevalece el criterio de que el hecho de que una actividad sea declarada como servicio público no siempre implica una reserva de la misma a favor del Estado, existiendo por tanto, por una parte, servicios públicos reservados al Estado y servicios públicos no reservados al mismo, pudiendo ser los primeros prestados por los particulares en régimen de concesión, y los últimos prestados en régimen de concurrencia y en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizarlas.

Por otra parte, la reserva al Estado de las actividades de telecomunicaciones, por su complejidad y desarrollo creciente, también fue eliminada, y las mismas ahora se consideran como actividades respecto de las cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizar, sometidos a restricciones y limitaciones propias de su consideración como actividades de interés general. Este es el régimen que se establece precisamente en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme a la cual las actividades de telecomunicaciones no son actividades que estén reservadas al Estado, por lo que incluso si se las llegara a calificar como “servicios públicos”, serían de los

servicios públicos concurrentes en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica para realizarlas, sujetos a las limitaciones y restricciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, particularmente en cuanto a la obtención de una autorización o habilitación por parte del Estado, a través de CONATEL.

En relación con estas actividades, por tanto “la concesión de servicio público” no existe, pues las mismas no están reservadas al Estado, y se prestan mediante autorización o habilitación; y sólo en los casos en los cuales sea necesario utilizar bienes del dominio público (como el espacio radioeléctrico) para realizarlas, lo que se requiere es una “concesión de uso del espacio radioeléctrico”, es decir, una concesión respecto de un *bien* del dominio público, tal como se regula en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Por tanto, es un error jurídico del juez contencioso administrativo pretender considerar la concesión que tenía RCTV como una “concesión de servicio público”. El juez contencioso administrativo pretendió ilegítimamente sustituir a la Administración, y se equivocó jurídicamente.

2. *El tema de la reversión en las concesiones*

Pero el error jurídico del juez contencioso administrativo en su actuación de oficio no sólo se quedó en haber calificado erradamente la concesión para transmisiones de televisión, conforme al régimen liberal de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 como una “concesión de servicios públicos”, sino en haberse referido, en este caso, ilegítima y erradamente a la institución de la reversión en las concesiones.

En efecto, es su “dicho sea de paso”, de oficio y sin que el tema se hubiese siquiera mencionado en las actas procesales, la Sala Político Administrativa, al referirse a que una vez expirado el término de vigencia de una concesión de servicio público “se produce de pleno derecho la extinción de la relación”, agregó que también se producía “usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión.”

Con ello, el juez contencioso administrativo pretendió también sustituirse a la Administración, pretendiendo suministrarle argumentos que supuestamente consideró que la Administración no había esgrimido en el caso en sede administrativa, con lo cual incurrió en

una nueva ilegitimidad y en otro error jurídico, pues contrariamente a lo que indica, al extinguirse las concesiones de telecomunicaciones o de cualquier otra actividad, la reversión no opera “usualmente” sino sólo cuando la ley o el propio título de la concesión lo indica expresamente.

Es cierto que uno de los principios más clásicos del derecho administrativo en relación con concesiones de servicios públicos, de construcción y uso de obras públicas incluso en bienes del dominio público, había siempre sido el de la necesaria reversión del servicio o de la obra construida a la Administración concedente una vez extinguida la concesión. Se trató de un principio que buscaba asegurar la continuidad en la prestación del servicio público o del uso de una obra pública, independientemente de la participación del concesionario, una vez extinguida la concesión.

Sin embargo, al tratarse de un medio de extinción de la propiedad privada del concesionario sobre los bienes afectos al servicio o de las obras construidas, la garantía constitucional de la propiedad y de la reserva legal, progresivamente impusieron el principio de que la reversión debía estar establecida en texto legal expreso. Incluso, en ese sentido, fue que la Constitución de 1961 estableció el principio de la reversión en materia de concesiones de hidrocarburos, en relación con las tierras (inmuebles) afectados a las mismas.

En ausencia de texto legal expreso, por tanto, la reversión sólo podría proceder si en el contrato de concesión se la dispone y regula. La reversión, en efecto, perdió su antiguo carácter de “elemento esencial” de toda concesión y pasó a ser un elemento de la relación que opera únicamente en caso de pacto expreso.

Esta, por lo demás, es la orientación que se siguió en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones (G.O. nº 5394 Extra. de 25-10-1999), al disponer en el artículo 48 relativo a la “reversión de obras y servicios” que es el respectivo *contrato* el que debe establecer, entre otros elementos, “los bienes que por estar afectos a la obra o al servicio de que se trate revertirán al ente concedente, a menos que no hubieren podido ser totalmente amortizadas durante el mencionado plazo”. A tal efecto, la norma también dispone que durante un período prudencial anterior a la terminación del contrato, el ente concedente debe adoptar las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes a ser rever-

tidos se verifique en las *condiciones convenidas* en el contrato. Igualmente, dicha norma dispone que el contrato debe expresar “las obras, instalaciones o bienes que hubiere de realizar el concesionario *no sujetas* a reversión, las cuales, de considerarse de utilidad o interés público, podrán ser objeto de reversión previo pago de su precio al concesionario.”

En consecuencia, si no hay una disposición legal que establezca la reversión de bienes en concesiones de servicios públicos, de obras públicas o de uso del dominio público, o si no está dicha reversión prevista en el contrato de concesión, al terminar la concesión el concesionario no está obligado a revertir a la Administración ningún bien que se haya construido o que haya estado afecto a la concesión, ni puede la Administración pretender apropiarse o tomar posesión de los mismos. Solo podría hacerlo mediante expropiación, conforme a la Constitución y la Ley. De lo contrario se trataría de una confiscación prohibida en la Constitución.

En el caso de la concesión de uso del dominio público radioeléctrico de RCTV, nada se había dispuesto, por lo que sugerir como lo hizo el juez contencioso administrativo que “usualmente” ocurría la reversión en las concesiones resolviendo un caso concreto de la concesión que tenía RCTV, se constituyó en una incitación a la confiscación de bienes, que la Administración se había cuidado de ni siquiera plantear, pero que luego ejecutaría la Sala Constitucional, precisamente porque nadie puede controlar sus decisiones.

3. *De cómo el juez contencioso administrativo, impunemente, al declarar sin lugar una medida cautelar, resolvió el fondo del asunto planteado*

Por último, la Sala Político Administrativa, en su “*obiter dictum*” adelantó abierta e impunemente opinión sobre el fondo de la cuestión en cuanto a la nulidad alegada por violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, al indicar respecto de RCTV que “en modo alguno existe en su caso la violación del referido derecho constitucional”.

En efecto, en su “dicho sea de paso”, **de oficio**, el juez contencioso administrativo agregó lo siguiente:

“Así, destaca la Sala que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, C.A. empleando la frecuencia radioeléctrica que le fue asignada, tiene como límite la duración de la concesión, por lo que en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional. RCTV, C.A. puede seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.”

El juicio que cursa ante la Sala Político Administrativa y donde se dictó la sentencia sobre la negativa de las medidas cautelares solicitadas, tiene precisamente por objeto determinar el derecho que RCTV tenía a continuar operando el canal de televisión y así, ejercer su derecho a la libre expresión del pensamiento, para lo cual se impugnaron los actos administrativos mediante los cuales decidió, por una parte, no continuar el procedimiento de transformación de la concesión de RCTV para seguir operando, y por la otra, no renovar la concesión a que tenía derecho. Es decir, el juicio trata, precisamente, del derecho de RCTV a seguir operando después del 28 de mayo de 2007, cuando vencía su concesión, mediante su adaptación y/o renovación.

Sobre esto, el juez contencioso administrativo, en su sentencia, de oficio y sin debate judicial, incidentalmente, “diciendo algo de paso”, simplemente dijo que la concesión de RCTV vencía al término que tenía de la concesión, es decir, tenía “como límite la duración de la concesión” que era hasta el 27 de mayo de 2007; y decidió de una vez por todas, que “en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional; y que RCTV” supuestamente, sin concesión, podría “seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano”.

Con esta decisión emitida de paso y de oficio, la Sala Político-Administrativa insólitamente y contra todos los principios del debido proceso, ya ponía fin al juicio, sin declararlo expresamente.

Con esta decisión judicial, por otra parte, el juez contencioso administrativo convertido en coadyuvante de la Administración, le lavaba el camino que requería el Ejecutivo para no renovar la concesión a que tenía derecho RCTV, y sentaba criterios que hasta ese momento

no se habían planteado, como los relativos a la reversión de bienes en este tipo de concesiones.

V. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN SUPUESTA PROTECCIÓN DE INTERESES DIFUSOS EN CONFLICTO, RESOLVIÓ INCLUSO DE OFICIO, CONFISCAR LOS BIENES DE RCTV Y ASIGNARLOS EN USO GRATUITAMENTE, *SINE DIE*, A UNA ENTIDAD DEL ESTADO

Aparte de las acciones ejercidas por RCTV, sus directivos, periodistas y empleados, en mayo de 2007 se ejercieron una serie de acciones por grupos de usuarios de las telecomunicaciones, contra el Presidente de la República y el Ministro de las Telecomunicaciones, la mayoría tendientes a que se asegurara la continuidad de las transmisiones de la señal en el canal que tenía asignado RCTV, y que fuera esta empresa la que continuara transmitiendo la señal; y una que buscaba asegurar que fuera la nueva entidad estatal creada al efecto, Fundación TEVES, que iba a transmitir la nueva señal, la que lo hiciera con cobertura nacional.

1. *La acción intentada para asegurar que la nueva entidad estatal pudiera comenzar a transmitir la señal del Canal 2 después del 27 de mayo de 2007, con cobertura nacional.*

El 22 de mayo de 2007, en efecto, varios Comités de Usuarios de las telecomunicaciones actuando en representación de sus intereses colectivos y de los derechos e intereses difusos del pueblo venezolano, intentaron por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, una acción de amparo constitucional “para la protección del derecho fundamental a la confianza legítima, del derecho fundamental a la no discriminación, y del derecho fundamental a obtener una televisión de servicio público de calidad” conjuntamente con medida cautelar innominada, contra el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, el Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información y, la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES).

El argumento básico de los demandantes en esta acción de amparo fue que según los anuncios del Ministro de Telecomunicaciones, la nueva televisora en el inicio de sus operaciones sólo iba a ser vista en

el centro occidente del país, lo que consideraron que era “evidencia manifiesta de que el Ejecutivo Nacional no ha tomado todas las medidas necesarias... para garantizar a todos los ciudadanos el disfrute, a nivel nacional, de las transmisiones de la nueva estación de televisión de servicio público, a partir del día 28 de mayo de 2007”. Ello, consideraron los recurrentes, era una violación de los derechos constitucionales a la confianza legítima, a la no discriminación y a obtener una televisión de servicio público de calidad, supuestamente garantizados por los artículos 22, 19, 108 y 117 de la Constitución, señalando que “Nuestra expectativa es (...) a disfrutar, insistimos por ser un derecho, de un servicio de televisión de servicio público (sic) de calidad, como al efecto fue ofrecido por el Ejecutivo Nacional al pueblo venezolano (...)”. Alegaron, además, que el anuncio de que la transmisión a nivel nacional de la señal del nuevo canal, se realizaría mediante el sistema de televisión por cable suponía una “clara discriminación de cara al acceso universal a dicho servicio”.

En su demanda de amparo, los accionantes solicitaron como medidas cautelares innominadas que se permitiera:

[...] “de manera temporal a la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), el acceso, uso y operación de la plataforma, conformada por transmisores, antenas y torres repetidoras ubicadas en distintos sitios del territorio nacional, que viene siendo utilizada por la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., para el uso y explotación de la porción del espectro radioeléctrico bajo la concesión que vence el próximo 27 de mayo de 2007, independientemente de sus propietarios o poseedores” y que “se le ordene a (...) RCTV (...), permitir a la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), el acceso, uso y operación de la plataforma de transmisión y repetición para facilitar (...), que las transmisiones de la nueva televisión (...) sean en todo el país, en virtud que dichos equipos e infraestructura, legal y técnicamente, sólo pueden ser utilizados bajo la frecuencia del canal 2 (...)”.

Sin embargo, era evidente que para asegurar la continuidad de la transmisión de la señal de televisión en este caso, no era necesario que se le asignara al Estado el uso de los bienes de propiedad de RCTV; al contrario, como lo advirtió el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en el voto disidente que formuló respecto de la decisión de la Sala, el asegurar que con la continuidad de las transmisiones:

[...] “se habría garantizado con mucho mayor eficacia si, como medida cautelar, se hubiese permitido a la actual operadora del espectro radioeléctrico la continuación provisional de sus actividades hasta cuando se produjese la decisión de esta causa –o de cualquiera de las otras en donde tal medida fue expresamente solicitada– porque resulta evidente que resultaría mucho más sencillo que RCTV simplemente continuase en la ejecución de sus actividades ordinarias que la ocupación de su propiedad por parte de un tercero que debe empezar de cero. Así, si el derecho difuso cuya protección se pretende es la del disfrute de la señal abierta que actualmente transmite RCTV “a nivel nacional, bajo condiciones de calidad, en los mismos términos [en] que se venía prestando”, la medida congruente, la que habría satisfecho el carácter instrumental inmanente a toda cautela, habría sido la que se expuso supra y no la que se acordó.”

Y es que en efecto, la Sala Constitucional mediante sentencia n° 956 EXP: 07-0720 de 25 de mayo de 2007, al declarar admisible la acción intentada contra el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática y la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), resolvió la medida cautelar solicitada acordando, ni más ni menos, la confiscación de los bienes de propiedad privada de RCTV, empresa que no es parte en el juicio, y a la cual en violación a sus derechos al debido proceso y a la defensa no sólo no se la citó no oyó, sino que ni siquiera se le permite por si misma hacerse parte en el juicio.

El juez constitucional fue increíblemente cuidadoso en disponer el procedimiento a seguir, dándole a los demandantes cinco días de despacho para promover pruebas (artículo 862 CPC), ordenando que se emplazara al Director de CONATEL y al Presidente del Instituto para la Defensa y Protección al Consumidor y el Usuario (INDECU), en virtud de que “en el presente caso, existe un grupo de legitimados pasivos, y dado los efectos *erga omnes* que podría producir el fallo si fuese declarado con lugar”. La Sala ordenó igualmente que se publicara “un edicto en uno de los diarios de mayor circulación nacional, llamando a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes u oponentes, o en defensa de sus propios derechos o intereses,” pero con la expresa advertencia de que “los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que *apoyen las posiciones de aquellas* con quienes coadyuvarán”; y de que “los coadyuvantes con las partes, tratándose de una acción de intereses difusos, sólo podrán

promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven.” Es decir, antes de resolver confiscarle los bienes a RCTV, la Sala había resuelto que esa empresa no podía alegar, probar o defenderse por sí misma sino apoyando las posiciones de los demandantes o de los demandados.

Todo ello lo advirtió el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz quien en el voto disidente que formuló respecto de la decisión antes indicada, advirtió que la sentencia nada decía:

[...] “acerca de la ausencia, dentro de los demandados, de RCTV, a quien se pretende se ordene que permita a TEVES el uso de sus equipos e instalaciones, sin que siquiera se la traiga a juicio para la legítima defensa de sus derechos, entre otros, en forma ostensible, el de propiedad. Así, puesto que de ella se pretende una conducta determinada o que a ella sea condenada, ha debido ser llamada a juicio como legitimada pasiva.”

Concluyendo su voto disidente expresando que:

“En consecuencia, la medida cautelar que fue solicitada ha debido ser negada por la Sala porque no era la adecuada para garantizar el fin para el cual fue dictada y porque implica la desposesión de todos los bienes indispensables para el ejercicio de la actividad económica de su preferencia de un **tercero ajeno a la litis, sin límite, sin procedimiento y sin contraprestación alguna y sin siquiera llamarlo a juicio**”.

2. *La confiscación de los bienes de RCTV por la confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”*

Pero fijados los términos adjetivos del caso, la Sala Constitucional pasó a resolver la medida cautelar, advirtiendo que el artículo 27 de la Constitución “le consagra al juez constitucional la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”; observando además que en ciertas ocasiones, el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, para lo cual precisamente se erigen las medidas cautelares dentro de los procedimientos judiciales.

Advirtió también la Sala, que el juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos en aras de mantener el orden público constitu-

cional, poderes que “no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación ... **aun de oficio**”, y no sólo “fundadas en el derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de **justicia y razonabilidad** que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver”.

Pasó así la Sala a efectuar la ponderación de intereses necesaria para acordar y justificar una tutela cautelar, para “equilibrar muy bien los intereses generales involucrados en la situación específica respecto de los intereses particulares, a fin de no afectar la globalidad de los intereses públicos supremos tutelados”. Ello llevó a la Sala, en este caso, a realizar dicha ponderación de intereses conforme a las características particulares de una actividad como las telecomunicaciones, “sometida a un régimen estatutario de derecho público -Ley Orgánica de Telecomunicaciones-, regido por los principios constitucionales establecidos en los artículos 108 y 117 de la Constitución”.

Ahora bien, el primero de dichos artículos establece la obligación del Estado de garantizar “servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información”. Según la Sala, en desarrollo de los mencionados postulados constitucionales la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene precisamente por “objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes” (art. 1), destacando entre los objetivos de la Ley Orgánica el “hacer posible el uso efectivo, eficiente y pacífico de los recursos limitados de telecomunicaciones tales como la numeración y el espectro radioeléctrico, así como la adecuada protección de este último” (art. 2,7); e “incorporar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal, calidad y metas de cobertura mínima uniforme, y aquellas obligaciones relativas a seguridad y defensa, en materia de telecomunicaciones (art. 2,8).

De estas normas dedujo la Sala que el Estado está supuestamente obligado a “procurar la satisfacción eficaz del servicio universal de

telecomunicaciones y asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad, en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, por ser los medios de comunicación un medio de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad y que pueden incidir tanto en la calidad de vida de aquélla, como en derechos concretos”; agregando que dicha obligación no resulta sólo en “la simple facultad de otorgar una concesión del uso del espacio radioeléctrico”, sino “en situaciones de necesidad asegurar a un determinado medio de comunicación o a diversos medios, mecanismos jurídicos o fácticos de facilitación estructural que permitan su funcionamiento de una manera eficaz y adecuada para la prestación del servicio público”; considerando que puede “el Estado en virtud de ello, hacer uso de aquellos mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para mantener en un momento determinado la actividad operacional de tal servicio”.

Luego pasó la Sala a considerar “lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual consagra una obligación estatal de garantizar la efectiva protección del *servicio universal de telecomunicaciones*, en los siguientes términos:

“El Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. El Servicio Universal de Telecomunicaciones es el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica.

El Servicio Universal tiene como finalidad la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población”.

De esta norma, que sin duda, se refiere a **los servicios de telefonía**, la Sala dedujo un “deber del Estado de garantizar el servicio universal de telecomunicaciones -vgr. transmisiones en señal abierta en frecuencia VHF- ” lo que en el caso pensó que implicaba “el mantenimiento de una estructura operacional suficiente o adecuada que permitan una eficaz ‘penetración, acceso y asequibilidad’, en el desarrollo de la actividad.”

Aquí es necesario detenerse un instante: la Sala Constitucional, incomprensiblemente, o deliberadamente, **confundió todo en materia de telecomunicaciones**, y de una norma que está destinada a asegurar el servicio universal de **telefonía**, dedujo un supuesto “servicio universal de televisión”. La norma citada por la Sala, es decir, el artículo 49 de la ley Orgánica, es copia del artículo 37,1 de la Ley General de Telecomunicaciones española, la cual a su vez, es copia de las Directrices de la Unión Europea en la materia, y sólo se refiere a los servicios de telefonía. La norma persigue que en las habilitaciones para servicios de telefonía, siempre se asegure el servicio telefónico básico (universal), es decir, la transmisión de voz, fax y datos de baja velocidad con calidad de voz, que es el que tiene que ser asequible a todos, con independencia de su lugar de residencia y poder adquisitivo, y que tiene que contener unas prestaciones y una calidad prefijadas.

Al aplicar una norma que regula los servicios de telefonía a la televisión (recuérdese incluso que en España la televisión no está regulada en la Ley General), la Sala Constitucional llegó a conclusiones falseadas y distorsionadas, entre las cuales está que a la nueva operadora del canal de televisión que tenía RCTV debía asegurársele “el actual alcance y calidad de señal que mantenía la operadora de dicho servicio en el ejercicio de sus funciones y deberes de operador televisivo, conforme a la respectiva concesión.”

De allí dedujo la Sala arbitrariamente que se podía concebir que:

[...] “la Administración pueda hacer un uso temporal de los bienes afectos a la prestación del mencionado servicio, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad, ya que, en virtud del carácter obligatorio en la prestación de éste, no puede el Estado permitir el cese funcional en la prestación del mismo (*vgr.* servicio de salud, agua, electricidad).”

Entonces la Sala concluyó en los términos de los accionantes, citando declaraciones de autoridades ejecutivas, en el sentido de que

[...] “la posible transmisión que efectuará la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), como consecuencia de la habilitación expedida por CONATEL de radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF –en virtud del conocimiento que posee esta Sala por hecho público, notorio y comunicacional–, no con-

tará con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional, bajo condiciones de calidad, en los mismos términos que se venía prestando”.

Con base en esta premisa, entonces, dado que en este caso no había reversión, ni ello lo había acordado el Ejecutivo, para asegurar el propósito fijado por el juez constitucional, y ya que no había forma de quitarle sus bienes a RCTV, la Sala procedió a confiscárselos, asignándosele el uso de los mismos, *sine die*, y de manera gratuita a CONATEL, para lo cual la Sala acordó:

[...] “de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un **servicio público universal**, el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, sin que ello implique menoscabo alguno a los derechos de propiedad que puedan corresponderle a Radio Caracas Televisión, C.A., sobre dicha infraestructura o equipos, salvo aquellos que legal o convencionalmente sean propiedad de la República...”

Como se dijo, esta medida cautelar constituye una confiscación de los bienes de RCTV, pues despoja a dicha empresa sin fórmula de juicio de su propiedad, sin límite de tiempo. Como bien lo observó el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en el voto disidente que formuló respecto de la decisión antes indicada, la Sala con la medida cautelar acordada

[...] “asignó” a CONATEL “el derecho de uso” de los equipos propiedad de RCTV –suerte de expropiación o, a lo menos, de ocupación previa con prescindencia absoluta del procedimiento aplicable– para acordar su uso “al operador que a tal efecto disponga”.

Ello, según el Magistrado disidente,

[...]“implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa.

Para tal efecto, el juez constitucional, sustituyéndose en la Administración, pasó a enumerar todos los lugares del territorio nacional donde se encontraban ubicados los equipos, apreciando en sustitución del Legislador, que el “el derecho de uso” de los equipos que oficiosamente asignó a CONATEL como ente regulador del servicio de telecomunicaciones y sin que hubiera ley alguna que regulara esa figura, supuestamente autorizaban a dicha Comisión a “acordar su uso, de manera temporal, al operador que a tal efecto disponga, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La Sala, finalmente, sustituyéndose una vez más en las autoridades ejecutivas, ordenó al Ministerio de la Defensa “custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados en a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.”

3. *La nueva confiscación de los bienes de RCTV por el juez constitucional, pero esta vez de oficio, y por la misma confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”, contrariamente a lo que los recurrentes habían solicitado*

Además de la acción referida en el numeral anterior, cursaban ante la Sala Constitucional, como se dijo, una serie de acciones intentadas por otros sujetos y Comités de Usuarios para la defensa de sus derechos colectivos y de los intereses difusos de la población venezolana.

Una de dichas acciones fue interpuesta el 24 de mayo de 2007 por un grupo de ciudadanos actuando “en su propio nombre y de la sociedad venezolana”, así como por el vocero principal de un comité de usuarios (OIR). Se trataba de una acción de amparo por intereses difusos y colectivos ejercida conjuntamente con medida cautelar inno- minada, esta vez contra el Presidente de la República y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, por la violación de los derechos constitucionales a la libertad de expresión e

información, establecidos en los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este caso, los demandantes formularon su pretensión contra las constantes amenazas de cierre del canal 2, RCTV, emitidas de manera reiterada por los funcionarios demandados desde diciembre de 2006 hasta el presente, "cierre que sin duda restringiría los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información del pueblo venezolano" al verse "privados de la posibilidad de disfrutar de un canal de televisión del que todo el pueblo ha disfrutado desde hace 53 años en forma ininterrumpida, y que cuenta con la más variada programación tendiente a satisfacer las exigencias del pueblo venezolano"; considerando además, que el cierre anunciado "tiene su causa, no en supuestos incumplimientos de las normas de telecomunicaciones que no harían posible la renovación de la concesión, sino que responde a un castigo a dicha planta televisiva por incluir dentro de los mensajes que transmite, mensajes que el gobierno considera adversos" lo que convertía el supuesto en "un claro caso de violación a la libertad de expresión", especialmente de los accionantes y del colectivo venezolano. Los accionantes, dada la inminencia de la amenaza de violación de los derechos constitucionales que denunciaron por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de RCTV, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitaron:

[...] "se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual se le permita a dicho canal continuar con la trasmisión de su programación mientras dure la tramitación del presente procedimiento".

En este caso, por tanto, la acción de amparo en representación de intereses difusos, se introdujo con el petitorio cautelar que la Sala Constitucional le permitiera a RCTV continuar con la trasmisión de su programación mientras durase el juicio.

En sentencia n° 957 recaída en este caso (expediente: 07-0731) el 25 de mayo de 2007, la Sala Constitucional admitió la acción interpuesta sólo respecto del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, pues en cuanto al Presidente de la República, la Sala la declaró inadmisibile, "toda vez que no tiene atribuida competencia legal alguna en esta materia", pues de manera equivocada la Sala nuevamente consideró que sólo competía a CO-

NATEL, todo lo concerniente al otorgamiento, uso, revocatoria y demás relaciones que se produjeran entre el Estado y la concesionaria en ejecución del correspondiente contrato de concesión, así como cualquier forma de extinción de ésta.

Al admitir la acción, y antes de pronunciarse de oficio sobre la confiscación de los bienes de RCTV, la Sala también fijó, deliberadamente, las reglas adjetivas del procedimiento a seguirse, de manera de cercenarle a RCTV su derecho al debido proceso y a la defensa.

En tal sentido, dispuso que se le concedía a los demandantes cinco días de despacho para promover las pruebas, con la carga de su preclusión de no hacerlo dentro del referido lapso; que como en el caso existía un grupo de legitimados pasivos, y dado los efectos *erga omnes* que podría producir el fallo si fuese declarado con lugar, debía emplazarse al Director de CONATEL y al Presidente del Instituto para la Defensa y Protección al Consumidor y el Usuario (INDECU); y que debía publicarse un edicto en la prensa llamando “a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes u oponentes, o en defensa de sus propios derechos o intereses”, pero con la advertencia de que “los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que apoyen las posiciones de aquellas con quienes coadyuvarán”; y que “los coadyuvantes con las partes, tratándose de una acción de intereses difusos, sólo podrán promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven”.

En esta forma, ilegítimamente se aseguraba que RCTV no pudiera comparecer por sí misma y alegar y probar con independencia de los accionantes, ya que la medida cautelar que seguía recaería sobre sus bienes, confiscándolos, para lo cual no se había asegurado su derecho a la defensa.

En efecto, lo insólito de esta sentencia, es que la medida cautelar que los accionantes habían solicitado consistía en que:

“Vista la inminencia de la violación de los derechos constitucionales denunciados por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de Radio Caracas, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitamos se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual **se le permita a dicho canal continuar con la transmisión de su programación** mientras dure la tramitación del presente procedimiento [...]”.

La Sala, sin embargo, decidió esa petición en el sentido contrario a lo solicitado, y actuando de oficio, para lo cual copió exactamente las mismas motivaciones que utilizó para acordar la medida cautelar de confiscación de los bienes de RCTV y la asignación del uso de los mismos, *sine die*, y gratuitamente a CONATEL en la sentencia n° 956 de la misma fecha 25 de mayo de 2007. En tal sentido, la Sala incurrió en los mismos inexcusables errores de aplicar a la televisión las normas sobre el servicio universal de telecomunicaciones relativos a la telefonía, que antes hemos comentado.

Además, la Sala, habida cuenta de que la solicitud de medida cautelar lo que buscaba era asegurar que **se le permitiera a RCTV continuar con la trasmisión de su programación** mientras durase el juicio, puntualizó en este caso, que

[...] “todos los usuarios tienen derecho a acceder y disfrutar de la prestación de un servicio público universal de telecomunicaciones, el contenido del mencionado derecho conforme a los artículos 108 y 117 de la Constitución, comporta en principio, no la continuidad de un determinado operador de radiodifusión sonora y televisión abierta en VHF, sino la posibilidad de que los aludidos usuarios puedan efectivamente acceder en condiciones de igualdad y con el mantenimiento de un estándar mínimo de calidad al correspondiente servicio, al margen de la vigencia o no del permiso o concesión a un operador privado específico.”

De esta manera, la Sala ignoró la solicitud concreta y específica de que se acordara una medida cautelar que asegurara que **se le permitiera a RCTV continuar con la trasmisión de su programación** mientras durase el juicio, respecto de la cual no emitió pronunciamiento alguno, y pasó a decidir **de oficio** en virtud de que el Ministro de Telecomunicaciones y la Informática y Director de CONATEL, no podía garantizar que la posible transmisión que efectuará la Fundación TEVES, como consecuencia de la habilitación expedida para radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF, en los mismos términos que se venía prestando por RCTV, lo que en este caso, ni se había dicho ni se había alegado; acordando:

[...]“de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un servicio público universal, el uso de la frecuencia que

ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, **sin que ello implique menoscabo alguno de los derechos de propiedad** que puedan corresponderle a Radio Caracas Televisión, C.A., sobre dicha infraestructura o equipos, salvo aquellos que legal o convencionalmente sean propiedad de la República [...]"

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz formuló un voto disidente de la mayoría sentenciadora en esta decisión, advirtiendo que:

"Implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa".

Dicho Magistrado luego pasó a considerar que la Sala, en forma contradictoria había:

[...] "declarado 'PROCEDENTE la medida cautelar solicitada' pero, en forma incongruente, acordó una medida completamente distinta, opuesta a los intereses de los demandantes"; agregando con razón, que "es de la esencia de las medidas cautelares, de todas ellas, nominadas o no, el que sean congruentes con la pretensión y, por ende, con la eventual decisión de fondo, ya que su justificación y finalidad es garantizar la eventual eficacia de tal acto decisorio".

Luego, acotó el Magistrado en su voto disidente a la sentencia de la Sala, que:

"Desde este ineludible punto de vista, resultaba jurídicamente imposible, por razón de la instrumentalidad de toda cautela en relación con la sentencia de fondo, que, a un tiempo, se declarase la "procedencia" de la medida que se pidió con la demanda y lo que se acordase fuese no sólo ajeno, sino contrario a la pretensión principal, por lo que la medida cautelar que se pronunció no debió ser acordada".

En todo caso, mediante la sentencia, el juez constitucional, sustituyéndose en la Administración, como en el caso antes comentado, siguió con la enumeración de los sitios y lugares donde se encontraban esas instalaciones; e igualmente sustituyéndose en el Legislador

estableció que “el derecho de uso” de los equipos necesarios para las operaciones anteriormente mencionadas que de oficio asignaba a CONATEL como ente regulador del servicio de telecomunicaciones y sin que hubiera ley alguna que regulara esa figura, supuestamente autorizaban a dicha Comisión a “acordar su uso, de manera temporal, al operador que a tal efecto disponga, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La Sala finalmente, también sustituyéndose a las autoridades ejecutivas, ordenó al Ministerio de la Defensa “custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados en a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.”

Es decir, en este caso, los recurrentes acudieron ante el juez constitucional en busca de una protección a sus derechos y los derechos de los venezolanos, los cuales consideraban asegurados temporalmente con que se permitiera a RCTV seguir transmitiendo su programación mientras durara el juicio, y se encontraron con que el juez constitucional, sin considerar en forma alguna su petitorio, **de oficio**, acordara una medida cautelar que aseguraba todo lo contrario, es decir, la cesación de las transmisiones de RCTV, la confiscación de sus bienes, la asignación de su uso a CONATEL, para que esta se los permitiera usar a la nueva entidad estatal trasmisora TEVES, de manera que pudiera cubrir nacionalmente con su programación.

VI. REFLEXIÓN FINAL

El caso RCTV, como resulta del análisis que hemos hecho anteriormente en forma detallada de las decisiones judiciales emitidas, sin duda muestra el grave quiebre del Estado de derecho en Venezuela, así como la lamentable pérdida del rol fundamental del Poder Judicial como garante del mismo. Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia y, en particular, las de la Sala Constitucional, ponen en evidencia cómo en lugar de proteger los derechos constitucionales a la libertad de expresión plural del pensamiento, al debido proceso y a la

propiedad privada, han conspirado, como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para aniquilarlos, secuestrarlos y violarlos, cubriendo con un velo mal cosido de juridicidad, las arbitrariedades gubernamentales.

Lo grave de la actuación, en todo caso, es que el atropello a la Constitución, y entre otras violaciones, la confiscación de la propiedad privada, lo que está prohibido por la Constitución, se ha cometido por el Poder Judicial, lo que hace que las violaciones queden formalmente impunes, pues el juez constitucional en Venezuela no tiene quien lo controle.

Tan graves han sido estas violaciones al Estado de Derecho, que con muy pocos días de diferencia, las instituciones más importantes del pensamiento jurídico del país se han pronunciado públicamente, protestando por la demolición del Estado de Derecho.

La **Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, en efecto, el día antes a que se publicaran las sentencias de la sala Constitucional, con fecha 24 de mayo de 2007, emitió un "**Pronunciamiento sobre la presunta extinción de la concesión de la televisora RCTV**", en el cual, entre otros aspectos de importancia, señaló lo siguiente:

-Que se ha irrespetado el principio de imparcialidad que sujeta a la Administración Pública (artículo 12 Ley Orgánica de la Administración Pública y 30 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), pues se adelanta una posición tomada, con anterioridad a la oportunidad que corresponde (que sería el momento de evaluar imparcialmente, la eventual solicitud de renovación de la concesión, si ese fuera el caso);

-Que se ha irrespetado el debido proceso (artículo 49 Const.), pues es evidente que se ha decidido anticipadamente imponer una sanción (excluir a la empresa del acceso a la concesión), sin abrir el procedimiento debido para tal fin, con lo cual se viola también el principio de igualdad (pues en caso de que concurriera a un eventual procedimiento de asignación de la concesión, ya se sabe excluida de antemano), y se evidencia el vicio de desviación de poder en la decisión, pues se emplea la potestad de atribuir la concesión, no para la finalidad que la norma persigue (administración del espectro radioeléctrico), sino para castigar (sin procedimiento y sin tener cualidad para ello);

-Que se ha irrespetado el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo desarrollo fue aprobada por la mencionada

Comisión la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”. Esta Declaración, en su Principio 13, proclama: “... el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley....”;

-Que se ha incumplido el trámite formal de transformar los títulos otorgados a RCTV con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones (publicada en Gaceta Oficial n° 36.970 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas 12 de junio de 2000) y, en consecuencia, se ha incumplido la obligación de otorgar a RCTV la concesión y habilitación administrativa ajustadas a los términos de la referida Ley;

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, por su parte, en comunicado “**A la Opinión Pública Nacional. Ante el quebrantamiento absoluto del Estado de Derecho**” de 30 de mayo de 2007, expresó, entre otros importantes aspectos que:

“Observamos con estupor que mediante una medida cautelar se lesiona el derecho de propiedad de una persona ajena al juicio, a quien se le arrebatan judicialmente sus bienes para que sean usados por una fundación creada por un ente público [...]

De acuerdo con los principios que informan el Estado Democrático y social de Derecho y de Justicia, ningún órgano del Poder Judicial puede afectar, de forma como se ha hecho, el derecho de propiedad, pues la ocupación temporal y la ocupación previa, sólo tienen cabida en un proceso de expropiación [...]

El error que muestra la sentencia queda claramente evidenciado con la sola lectura del artículo 588 del Código de procedimiento Civil. Por ello la medida cautelar acordada deviene en un error inexcusable, y en el marco del principio de la responsabilidad, propio del ejercicio de la función pública, incluyendo a la judicial, constituye una clara demostración de abuso de poder por parte de la Sala Constitucional [...]

Que ningún criterio de “justicia y razonabilidad” pueden justificar la “confiscación temporal”, sin límite de tiempo, de bienes pertenecientes a personas extrañas al juicio, y no se necesita mayor preparación para entender que los magistrados que suscriben la sentencia no fueron justos ni razonables”.

El **Colegio de Abogados de Caracas**, también hizo público un **“Comunicado a la Opinión Pública”** en fecha 1º de junio de 2007, en el cual expresó lo siguiente:

“La Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Caracas, ante el clamor de la inmensa mayoría de nuestros agremiados, por la sistemática violación de las disposiciones constitucionales y legales, concretadas en la masiva violación de los Derechos Humanos, bien por acción u omisión de los órganos del Poder Público, que sometidos al Poder Ejecutivo, aplican con discriminación la Constitución y las Leyes de la República, haciendo inexistente el Estado de Derecho, con lo cual han dejado en total desamparo a la ciudadanía, presa de las arbitrariedades ejecutadas por el Poder Ejecutivo, que ahora pretende imponer una hegemonía comunicacional, un solo pensamiento, una sola opinión y una única voz informativa a su favor, mediante la aplicación distorsionada de la Ley, la promulgación de leyes represivas y la Criminalización de la Disidencia, en un claro atentado contra la Libertad de Expresión, evidenciado en forma más clara mediante EL CIERRE del canal de televisión RCTV, bajo pretextos de rango legal, motivado en elementos políticos, conculcando así el derecho que tenemos los ciudadanos del País de elegir libremente los medios televisivos, bajo la premisa de la pluralidad informativa que debe imperar en toda Democracia; cohonestada esta arbitrariedad, con las insólitas decisiones de las Salas Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, donde se cometió la gravedad de Confiscar el Espectro Radio-Eléctrico de la ciudadanía y los Bienes de R.C.T.V., a través de un fraude Judicial y Constitucional, en beneficio del Ejecutivo Nacional, convirtiendo a Las Leyes y al Poder Judicial en el brazo ejecutor de las políticas represivas, que se deciden en las Altas Esferas del Poder Ejecutivo, todo lo cual es propio de un RÉGIMEN TOTALITARIO, que vulnera La Dignidad Humana, condición imprescindible de cualquier Sociedad Civilizada.

Ante estas manifestaciones de las instituciones más importantes del pensamiento jurídico del país, es difícil agregar algo más en estas reflexiones finales sobre este atropello, salvo referirnos a lo expresado también públicamente por el **Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela**, en **Declaración** de fecha 30 de mayo de 2007, que está precedida de la frase de Simón Bolívar sobre que: “La Justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ella se sostiene la igualdad y la libertad”, en la cual entre otros conceptos señaló sobre “la decisión del Ejecutivo Nacional de suspender la concesión de

Radio Caracas Televisión (RCTV) a partir del 28 de mayo del presente año”, que:

Las instituciones no pueden ser sancionadas en función de la real o supuesta participación de alguno de sus integrantes en hechos punibles. Las sanciones recaen sobre los sujetos y no sobre las instituciones. La argumentación política como justificación para suspender la concesión violenta lo establecido por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre libertad de expresión y, particularmente, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos que taxativamente señala: “... el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”.

QUINTA PARTE:
EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO
LEGISLADOR POSITIVO

§14. *Los primeros pasos de la jurisdicción constitucional como “legislador positivo” violando la Constitución, y el régimen legal de cómputo de los lapsos procesales*

La Jurisdicción Constitucional en Venezuela, como es sabido, siguiendo una tradición que se remonta al siglo XIX, es un poderoso instrumento judicial de control concentrado de la constitucionalidad de leyes y demás actos estatales con rango o fuerza de ley o que sean dictados por los diversos órganos estatales en ejecución directa e inmediata de la Constitución, con poderes anulatorios, *erga omnes* (artículo 334 a 336).

Esta Jurisdicción Constitucional tradicionalmente había sido atribuida a la antigua Corte Suprema de Justicia; sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se atribuyó a una de sus Salas, específicamente a la Sala Constitucional (artículos 334 y 336). Ello, sin embargo, no le quita al Tribunal Supremo de Justicia en cualquiera de sus Salas, la potestad de interpretar la Constitución como “máximo y último interprete” de la misma (artículo 335). Lo que en materia de interpretación constitucional corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional, como Jurisdicción Constitucional, cuando ejerce sus funciones de control de la constitucionalidad, es la potestad de interpretar el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, con efectos vinculantes tanto para las otras Salas como para los demás tribunales (artículo 335).

La Constitución, en todo caso, al establecer y regular esta Jurisdicción Constitucional lo hizo dentro de un sistema constitucional de separación de poderes, en el cual la función de administrar justicia,

incluida la justicia constitucional, se reserva a los órganos del Poder judicial donde está ubicada la Jurisdicción Constitucional; y la función de legislar se reserva a los órganos legislativos, por ejemplo, en el ámbito nacional a la Asamblea Nacional, con la única posibilidad excepcional de que puede ser delegada única y exclusivamente en el Presidente de la República, mediante la sanción de leyes habilitantes (artículo 203). De ello resulta que la potestad de dictar y reformar leyes, que son los actos que dicta la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (artículo 202), sólo puede ejercerse por dicho órgano representativo popular, aún cuando éste pueda delegar dicha función en el Presidente de la República. Ningún otro órgano estatal puede dictar leyes o reformar leyes, y en ello se incluye al Tribunal Supremo y a la Jurisdicción Constitucional, las cuales están autorizadas sólo para efectuar dicha interpretarlas y anularlas, pero sin poder sancionarlas ni modificarlas o reformarlas.

Ello, sin embargo, no ha impedido que la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, en más de una ocasión haya usurpado las funciones de legislar de la Asamblea Nacional y haya actuado como “legislador positivo”, reformando y re redactando leyes sin tener para ello autorización constitucional alguna, y dada su naturaleza, sin posibilidad de que se pueda ejercer control alguno sobre sus ilegítimas e inconstitucionales incursiones en materia legislativa.

Los primeros pasos de esta tarea de legislador positivo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, comenzaron a darse con la sentencia de la Sala Constitucional, n° 80 de 1° de febrero de 2001³⁸¹, mediante la cual decidió una acción popular de nulidad por inconstitucionalidad que se había intentado contra del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil que regula, en general, el régimen de los lapsos procesales, considerando que dicha norma violaba la garantía del debido proceso establecida en el artículo 49 de la Constitución. Dicha norma del Código de Procedimiento Civil, en efecto, establece lo siguiente:

“Artículo 197. Los términos o lapsos procesales *se computarán por días calendarios consecutivos* **excepto los lapsos de pruebas**, en los cuales no se computarán los sábados, los domingos, el Jueves y el Viernes Santo,

381 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-89, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 90 y ss.

los declarados días de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los cuales el Tribunal disponga no despachar”.

La Sala anuló parcialmente este artículo, particularmente en cuanto a la excepción única que establece (**excepto los lapsos de pruebas**) por considerarla contraria al derecho a la defensa, y de ella resultó que más allá de la anulación de la norma, la Sala la “reformó” estableciendo *una nueva redacción*, incluso mediante una aclaratoria posterior a la sentencia, en la cual estableció otra serie de normas procesales que no estaban en el Código. De acuerdo con el texto de la sentencia, el artículo quedó redactado como sigue, sin excepción:

“Artículo 197. Los términos o lapsos procesales se computarán por días calendarios consecutivos excepto los sábados, los domingos, el Jueves y el Viernes Santo, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los cuales el Tribunal disponga no despachar”.

Con estas últimas sentencias, la Sala Constitucional inició ilegítimamente su rol de legislador positivo, que se auto-atribuyó, al disponer la reforma de un artículo del Código de Procedimiento Civil y establecer un conjunto de normas procesales casuísticas como consecuencia de la reforma efectuada; rol que ha seguido ejerciendo con posterioridad, en otros casos, por ejemplo, al reformar las normas de competencia y de procedimiento establecidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales en 2000³⁸², y al reformar, esta vez de oficio, un artículo de la Ley de Impuesto sobre la Renta en 2007³⁸³.

Sin embargo, en cuanto al fondo de la cuestión, debe destacarse que la sentencia de 2001 de la Sala Constitucional sobre el tema de los lapsos procesales, no había sido la primera dictada por el máximo tribunal del país en la cual se cuestionaba por razones de inconstitucionalidad la norma del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil. Ya en 1989, la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Su-

382 V. el estudio publicado en las páginas 545 y ss. de este libro.

383 V. el estudio publicado en las páginas 565 de este libro.

prema de Justicia, en sentencia 4 de octubre de 1989³⁸⁴, se había pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la misma norma, resolviendo su desaplicación, conforme a los poderes de control difuso de la constitucionalidad de las leyes que tienen todos los jueces en Venezuela, también desde el siglo XIX (artículo 20 CPC; artículo 334 C. 1999), incluyendo las Salas del Supremo Tribunal.

En ese caso, sin embargo, la Sala de Casación Civil no sólo decidió la inaplicación de la norma al resolver el caso concreto, como corresponde conforme al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, con efectos *inter partes*, sino que también, fungiendo de “legislador positivo”, pero igualmente sin posibilidad de ser controlado, estableció una nueva redacción a la norma, de supuesta aplicación general.

Antes de analizar la sentencia de la Sala Constitucional de 2001, estimamos por tanto necesario referirnos a este antecedente de la sentencia de la Sala de Casación Civil de 1989, que al desaplicar la misma norma por considerarla inconstitucional, también había establecido una nueva redacción. Al final, nos referiremos al mismo tema de la constitucionalidad pero de otros lapsos también se planteó ante la Sala Constitucional, en materia procesal penal, y en la cual en un juicio de amparo, la Sala, mediante sentencia de 5 de agosto de 2005³⁸⁵, decidió que el lapso de cinco días para interponer el recurso de apelación en la fase preparatoria del proceso penal, debe ser computado por días hábiles, esto es, aquellos en los cuales el tribunal disponga despachar, y por ende, la partes tengan acceso al tribunal, al expediente y al proceso, y no por días continuos como lo exige el artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal.

El juez constitucional es, precisamente, el guardián de la Constitución, pero al ejercer esa función no puede hacerlo violando la propia Constitución y usurpando la función legislativa. Sus sentencias de inaplicación de normas al caso concreto cuando aplica el método difuso de control de constitucionalidad, o de anulación de leyes, cuando ejerce el método concentrado de control de constitucionalidad de

384 V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La sentencia de los lapsos procesales (1989) y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes», en *Revista de Derecho Público*, n° 40, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1989, pp. 157-175.

385 *Revista de Derecho Público* n° 103, 2005, pp. 119 ss

las leyes, sin duda, son el mejor aviso al Legislador para que revise y reforme las leyes, pero no pueden significar pretender sustituirse en la función legislativa, por más plausibles sean sus motivaciones e intenciones de garantizar derechos constitucionales. El juez constitucional, en definitiva, no es legislador, y la ley tiene que ser producto de la representación popular y no de un "legislador" no electo democráticamente.

I. LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE 1989 RELATIVA A LOS LAPROS PROCESALES

Como se ha dicho, la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del poder de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, mediante sentencia de 4 de octubre de 1989, decidió no sólo la inaplicabilidad al caso concreto resuelto del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, que establece la forma de computar los lapsos y términos procesales, por considerarlo que colidía con el artículo 68 de la Constitución de 1961 que establecía el derecho a la defensa, sino que pretendió sustituir la norma que contenía dicho artículo por una nueva, excediéndose, sin duda, en sus poderes de control difuso.

La sentencia de la Sala de Casación Civil fue dictada al decidir un recurso de casación, declarándolo con lugar, que se había intentado contra una sentencia de un Tribunal Superior que había declarado sin lugar un recurso de hecho. Los antecedentes del caso fueron en síntesis los siguientes:

Con motivo de una demanda de ejecución de hipoteca que había sido intentada por ante un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, el tribunal, en el curso del procedimiento y víspera de los días de Semana Santa de 1987, declaró la inadmisibilidad la oposición a la ejecución de la hipoteca que se había alegado.

Contra dicha decisión, la parte ejecutada interpuso recurso de apelación, el cual fue negado por extemporáneo. En el caso concreto, la situación de los lapsos procesales fue la siguiente: la sentencia se había dictado un día martes, y el día siguiente, miércoles, fue Miércoles Santo; el jueves, fue Jueves Santo; el viernes, Viernes Santo; el sábado, Sábado de gloria, y el domingo, Domingo de resurrección. Durante esos días, precisamente habían transcurrido los cinco días

calendarios consecutivos establecidos para apelar conforme al artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. El tribunal consideró computables dichos días en el lapso, conforme lo establece el artículo 197 del mismo Código, de lo que resultó que la apelación sólo podía haberse interpuesto el día lunes siguiente a los días de Semana Santa de 1987. Al no haberse hecho en esa oportunidad, el juez de la causa negó la apelación que fue interpuesta con posterioridad, por extemporánea.

Contra el auto de negativa de la apelación, la parte ejecutada interpuso recurso de hecho y el Juzgado Superior correspondiente declaró sin lugar dicho recurso de hecho, con aclaratoria posterior. Contra dicho auto del Juzgado Superior y su aclaratoria, la parte ejecutada anunció recurso de casación, cuya decisión fue la sentencia de 4 de octubre de 1989 que comentamos, y que desaplicando por inconstitucional la norma del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, declaró con lugar el recurso interpuesto contra el auto y su aclaratoria que habían sido recurridos, ordenando al tribunal competente decidir nuevamente con arreglo a la doctrina establecida.

1. *Los argumentos sobre la inconstitucionalidad*

La parte ejecutada en el proceso argumentó que el criterio del juez que había dictado el auto recurrido, considerando que el lapso de apelación establecido en el artículo 298 CPC se debía computar por días calendarios consecutivos, que en el caso concreto comprendía los días de Semana Santa de 1987, la había colocado en indefensión “debido a una interpretación demasiado literal” de los artículos 197 y 298 CPC. Agregó la parte ejecutada que el artículo 298 CPC, en ninguna parte decía que los cinco días consagrados para apelar debían ser días calendarios, por lo que a su juicio “no puede el intérprete o el sentenciador dar esa interpretación”, pues aunque la norma del artículo 197 CPC “no excluye el lapso para apelar quizás por un *desliz* legislativo”, tampoco está excluido a la luz del artículo 297 CPC, correspondiendo a la Sala mitigar “la drástica injusticia de tan inequitativa norma”. Agregó la parte recurrente que el lapso de cinco días para apelar “tienen que ser días efectivos para poder apelar, días de despacho”, pues de lo contrario la norma del artículo 197 sería inconstitucional “porque consagraría la indefensión de las partes en los procesos”.

La Sala de casación, al decidir, partió de la premisa de que las reglas legales para computar lapsos y términos procesales no deben estar sujetas a dudas, ni a interpretaciones ni a ambigüedades, por estar envuelta la garantía de derecho a la defensa, lo que en definitiva, podía considerarse como un consejo o requerimiento al legislador para su labor normativa. Apreció la Sala, sin embargo, que en esa materia “históricamente no ha sido del todo afortunado el legislador patrio”, pasando luego revista al régimen previsto en el Código de 1916, y a los criterios de aplicación que se habían desarrollado en el foro, destacando la “prudente práctica forense” de identificar los “días hábiles” con los “días de audiencia”, y de dar “secretaría” sólo cuando había “día de audiencia”, con lo cual se lograba “evitar malos entendimientos, sorpresas, dudas y estados de indefensión”. La sala analizó, además, los diversos proyectos del Código de Procedimiento Civil donde se buscaba regular la materia, “sin dejar lugar a dudas”, entre ellos, el de 1975, que establecía que “los términos o plazos procesales se computarán por días calendarios consecutivos, *excluyendo solamente aquellos en que no se oiga ni despache en el Tribunal*” (art. 197) (subrayado de la Corte), identificándose entonces los días consecutivos con aquellos “en que el Tribunal tenga dispuesto despachar, quedando excluidos, en consecuencia, aquellos que resulten feriados y de las vacaciones judiciales”.

Constató la Sala de Casación, sin embargo, que en el texto definitivo del artículo 197 del Código, el Legislador, guiado “por el principio de la celeridad procesal, de alta pero no exclusiva consideración”, estableció terminantemente que “los términos o lapsos procesales se computarán por días calendarios consecutivos, excepto los lapsos de pruebas en los cuales no se computarán los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santos, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los cuales el Tribunal disponga no despachar”.

Es decir, conforme a esa norma, se estableció que todos los lapsos o términos procesales se deben contar por días calendarios consecutivos, *excepto única u exclusivamente los lapsos de pruebas* en los cuales no se computan los días en que no haya despacho. Es decir, conforme a “la interpretación estrictamente literal” de esta norma, es evidente que a los efectos de los términos o lapsos procesales, todos los días

del año son computables, siempre que no se trate de los lapsos de pruebas en los cuales sólo son computables los días de despacho.

Ahora bien, esta “interpretación literal” clara y terminante de la norma, a juicio de la Sala de Casación, estaba “en contradicción con el principio de la legalidad de los lapsos procesales” establecido en el artículo 196 CPC, en el sentido de que por cuanto los lapsos y términos procesales son los expresamente establecidos por la Ley, si se aplica el principio del artículo 197 siempre resultará un lapso menor, pues siempre habrá días en que no se dé despacho (sábado o domingo, al menos). Esta abreviación de lapsos, en la práctica, y a juicio de la Sala de Casación, podría incluso hacer “desaparecer íntegramente” el lapso o término mismo, con un “real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de las partes”. De allí que la sala concluyera con su apreciación de que “tal interpretación literal” sólo implicaría celeridad procesal sin menoscabo de los derechos de las partes, cuando se trate de lapsos o términos de mayor duración, aun cuando incluso en esos casos, en supuestos de catástrofes, huelgas o casos semejantes cuando el órgano jurisdiccional deje de despachar por períodos prolongados, podría existir indefensión.

Advirtió la Sala que la “interpretación meramente literal” del artículo 197 CPC ha sido sin embargo “atemperada” por la práctica forense, al extenderse analógicamente la disposición del artículo 200 CPC a los supuestos de abreviación de lapsos que implica el artículo 197 CPC en el sentido de prorrogar en un día más el lapso de que se trate, cuando concluya en día en que no haya despacho, considerando la Sala que tal “aplicación analógica extensiva... no resulta conforme a la Ley”.

De su análisis hermenéutico de la norma general del artículo 197 del CPC, y tomando en cuenta la absoluta prohibición de actuación de los tribunales fuera de los días y horas hábiles de despacho, concluyó la Sala de Casación en su sentencia indicando que a su juicio, dicha norma

[...] “debe interpretarse en el sentido de que por regla general y salvo casos excepcionales más abajo enumerados, los términos y lapsos a los cuales se refiere dicho artículo, deben computarse efectivamente por días consecutivos en los cuales el Tribunal acuerda dar despacho, no siendo computable a esos fines aquellos en los cuales el juez decide no despachar, ni los sábados, ni los domingos, ni el Jueves y Viernes san-

tos, ni los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, ni los declarados no laborables por otras leyes”.

Para la Sala de Casación, tal interpretación armonizaba con el principio de la legalidad de los lapsos procesales. Además, señaló la Sala que desaparecida del Código la distinción entre días de audiencia y días hábiles, y sustituida por la noción de día de despacho,

[...] “no hay necesidad de distinguir los días de despacho solamente para pruebas, porque para toda otra actuación procesal que debe realizarse en día de despacho siempre deberán estar presentes el juez y el secretario, y lo natural es que estos días sean los computables para las actuaciones de las partes y las que competan propiamente al Tribunal”.

En definitiva, la Sala llegó a una interpretación de la norma radicalmente distinta a la interpretación literal, pretendiendo normar no sólo lo que no estaba normado, sino en una forma distinta a como estaba, aduciendo además el argumento de que en nuestro país “las mismas razones valederas para el cómputo de los lapsos de pruebas por días de despacho, lo son para la interposición de todos los recursos, así como la solicitud de revocatoria y la de la aclaratoria de la sentencia”. De allí que la propia Sala confesara que

“La previsión legislativa óptima habría sido el contenido literal del artículo 197, pero con ampliación de cada uno, lapsos y términos de poca duración, para evitar su abreviación o su desaparición, que es lo que corrige esta interpretación jurisdiccional”.

En definitiva, la Sala de Casación Civil, al dictar su sentencia estableciendo una interpretación del artículo 197 CPC apartándose del método exegético gramatical exigido en el artículo 4 del Código Civil, y a pesar de encontrarse con una Ley clara y precisa, fue contra la letra de la Ley, al darle a la norma una interpretación distinta a la que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del Legislador, estimando que el texto del artículo colidía con el derecho a la defensa previsto en el artículo 68 de la Constitución de 1961.

En definitiva, la sentencia de la Sala de Casación Civil estimó que con la adopción de la regla general para el cómputo de las diligencias judiciales por días consecutivos establecida en el artículo 197 CPC, el

Legislador colidió el derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución, por lo que:

[...] “de conformidad con el artículo 20 del propio Código de Procedimiento Civil, este Alto Tribunal *se aparta de la interpretación meramente literal* del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, y a tal efecto respecto del cómputo para los lapsos y términos del proceso civil en Venezuela, *establece las siguientes normas aplicables a los procesos a partir de la fecha de la publicación de esta sentencia. . .*”.

A continuación, en su sentencia, la Sala “estableció” la “norma” de que “solamente son computables por días calendarios consecutivos”, los lapsos o términos “de mayor duración” en los que se impone el principio de la celeridad procesal, y que se consideran “supuestos excepcionales”, siendo éstos los previstos en los artículos 199, 231, 251, 267, 317, 318, 319, 335, 374, 386, 515, 521, 614, 756 y 757.

Además, estableció que debían ser computables por días calendarios consecutivos los lapsos que se cumplen ante la propia Sala con motivo del recurso de casación, como la propia Sala lo estableció. Agregó además la sentencia que “en todos estos casos de los lapsos por días consecutivos” es aplicable la regla del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil.

En definitiva, la Sala de Casación, en el caso concreto sometido a su consideración, estimó que el Juez del auto recurrido había interpretado el artículo 197 “en su forma más literal”, forma que a juicio de la Sala no se compaginaba con los principios establecidos en la sentencia, conforme a la cual la “regla general” en el cómputo de los términos y lapsos procesales, conforme al artículo 197 CPC, es por días consecutivos en los cuales el Tribunal haya acordado oír y despachar, de manera que el cómputo del lapso de apelación establecido en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil debía efectuarse “por días calendarios consecutivos en los cuales se haya acordado oír y despachar y no por días consecutivos”. Por ello la Sala de Casación concluyó su fallo declarando en el caso concreto, procedentes las denuncias de infracción de los artículos 289 y 197 CPC, declarando con lugar el recurso de casación interpuesto.

2. *Los argumentos de los votos salvados a la decisión*

El recurso de casación en el caso concreto, se había interpuesto conforme a lo establecido en los artículos 313,2 y 317,3 CPC, denunciándose infracción de los artículos 289 y 197 del mismo Código. El artículo 317,3 señala que el recurso de casación debe declararse con lugar, “cuando se haya incurrido en un *error de interpretación* acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la Ley”, en este caso, los artículos 289 y 197 del CPC. El artículo 298 establece el lapso de cinco días para apelar, y el artículo 197 determina que el cómputo de dicho lapso es por días calendarios consecutivos. Esta disposición expresa fue la que aplicaron los Tribunales de instancia, sin que hubiese habido interpretación alguna, mucho menos “error de interpretación” acerca del contenido o alcance de las normas. Como lo afirmaron los Magistrados que salvaron el voto en la decisión.

[...] “de tan cristalina redacción (del art. 197) la única interpretación posible es la literal, esto es, que los términos o lapsos procesales se computarán por días calendarios consecutivos, salvo la excepción del lapso probatorio en el mismo establecido”.

Por tanto, el recurso de casación debió haber sido declarado sin lugar, ya que no hubo infracción de ley, sino simple y elemental aplicación de la misma. En realidad, por más plausible que haya sido la intención de la mayoría decisora, la errada interpretación del artículo 197 CPC fue la que ellos hicieron, al punto “de cambiar radicalmente el dispositivo legal” como lo afirmaron los Magistrados disidentes, violentando “el principio de interpretación lógico e histórico de la aparición de la norma”. Así se expresaron:

“Con el fundamento de mantener a salvo el derecho constitucional a la defensa, inviolable en todo estado y grado del proceso, la Sala deroga la norma legislativa, sustituyéndola por una nueva, violentándose así los principios de hermenéutica jurídica, pues desde el punto de vista histórico, es un regreso al pasado, a la confusión y anarquía que ya se creían superadas en esta materia”.

Agregaron los Magistrados disidentes, que la Sala:

[...] “en una clara usurpación de funciones, bajo el pretexto de una nueva interpretación, está cambiando total y absolutamente el conteni-

do, el sentido y el propósito de la Ley. La está sustituyendo por una norma nueva en su contenido literal y jurídico, lo cual no está dentro de las funciones de esta Sala”.

Pero la Sala de Casación no se contestó con sentar una interpretación errada del artículo 197 CPC, sino que pretendió hacerlo con carácter y efectos generales, estableciendo “normas aplicables a los procesos a partir de la fecha de la publicación de esta sentencia”, en sustitución de una norma legal que virtualmente “derogaba”, lo cual es absolutamente inconstitucional, pues esa función estatal corresponde al Legislador.

No puede la Corte Suprema de Justicia, en ninguna de sus Salas, actuar como Legislador creando normas de validez general. A lo sumo, en entonces Corte Plena podría actuar como “legislador negativo” como el propio Kelsen lo había concebido hace décadas, al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, pero ello entonces estaba reservado a la competencia de la Corte en Pleno conforme al artículo 215 de la Constitución de 1961. Podría incluso admitirse que la Corte Suprema, en Pleno, como juez constitucional, al declarar sin lugar un recurso de inconstitucionalidad, sin anular la norma impugnada pudiera fijar la interpretación de la misma acorde con la Constitución, para sostener su constitucionalidad. Por ello, la Sala de Casación incurrió además en una extralimitación de atribuciones usurpando en esa oportunidad competencias de la Corte Plena, al haber pretendido, en la práctica, “anular” con carácter general una norma y, en sustitución, establecer otras normas de aplicación general o, como lo afirmaron los Magistrados disidentes, sustituir un dispositivo legal “por uno nuevo”.

Por ello, con razón, los Magistrados disidentes señalaron que la Sala, en la sentencia, en realidad derogó el artículo 197 CPC,

[...] “atribuyéndose funciones legislativas que sólo le están conferidas en Venezuela, en lo que respecta a leyes nacionales, al soberano Congreso Nacional”.

La Sala de Casación, además, ejerció esta función legislativa que no tenía atribuida constitucionalmente, supuestamente para salvaguardar el derecho a la defensa. Pero en realidad, el artículo 197 CPC, como lo observaron los Magistrados disidentes, “no vulnera el dere-

cho ciudadano a la defensa” el cual sólo estaría lesionado “cuando se priva a las partes del uso de los medios que les proporciona la Ley para hacer valer sus derechos”. Por ello, afirmaron que era evidente que la interpretación literal del artículo 197,

[...] “no colide con el artículo 68 de la Constitución, sino por el contrario, organiza el ejercicio de ese derecho constitucional para hacerlo efectivo, rápido y seguro en el proceso”.

Sin embargo, fue precisamente con base en considerar que el artículo 197 del CPC colidía con el artículo 68 de la Constitución de 1961, que la Sala de Casación invocó el artículo 20 CPC que consagra el control difuso de la constitucionalidad, para afirmar que se “apartaba” de la interpretación meramente literal del artículo 197 y procedía a establecer normas de aplicación general a todos los procesos a partir de la fecha de la publicación de la sentencia.

Por supuesto, no es posible ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes para establecer interpretaciones distintas a las literales de una norma, y crear normas nuevas de aplicación general sustituyendo las que están en la letra de la ley. Hacerlo, como lo ha hizo en aquél momento la Sala de Casación Civil, no fue más que desconocer de la manera más absoluta el sentido de los métodos de control de la constitucionalidad en el país.

Pero aun en forma equivocada, si la sentencia pretendía, como lo afirmó la Sala, “apartarse de la interpretación meramente literal” y “establecer normas aplicables a los procesos a partir de la fecha de la publicación de la sentencia”, es evidente que ello sólo podía hacerlo sin violar la garantía constitucional establecida en el artículo 44 de la Constitución de 1961, es decir, no podía la Sala crear la norma con efectos retroactivos. Sin embargo, y a pesar de establecer las normas de aplicación general a los procesos “a partir de la fecha de la publicación de la sentencia”, en forma totalmente contradictoria y retroactiva, la Sala casó un auto de un Tribunal de la República que había aplicado el artículo 197 del CPC en su forma literal, dictado dos años antes, al declarar con lugar el recurso de casación. Si la nueva interpretación y norma creada sólo se debía aplicar a los procesos a partir de la fecha de publicación de la sentencia, es evidente que no podía servir para casar un auto judicial dictado dos años antes.

En todo caso, y para el supuesto de que la Sala de Casación Civil, al decidir el caso concreto sometido a su consideración, en virtud de que el lapso de apelación discutido había transcurrido en los días de Semana Santa de 1987, hubiera considerado que en ese caso se violaba el derecho a la defensa del recurrente, con base en artículo 20 CPC que prevé el método difuso de control de la constitucionalidad, sólo podía, y nada más, *desaplicar la norma del artículo 197 del CPC al caso concreto aplicando preferentemente el artículo 68 de la Constitución, garantizándole al recurrente su derecho de apelar.*

Pero en definitiva, lo que no podía la Sala de Casación al amparo del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, era *derogar una norma y dictar otra en su sustitución, pretendiendo que ésta debía aplicarse con carácter general a todos los procesos.* La Sala, sin duda, aplicó erradamente el artículo 20 CPC desconociendo los principios del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que no le permitían “establecer” normas de aplicación general distintas a las del derecho escrito; ni dar a su sentencia efectos derogatorios respecto de normas de derecho escrito, y menos en forma retroactiva.

Después de comentar dicha sentencia, en 1998, concluíamos señalando que “en materia de control de constitucionalidad, es evidente que el tema del control de la constitucionalidad de las leyes no sólo continúa siendo uno de los más importantes para el adecuado funcionamiento del Estado sometido a una Constitución, sino que todavía es un tema no totalmente dominado por los propios jueces llamados a ejercer el control. De lo contrario, una sentencia como la comentada, no se habría dictado”³⁸⁶.

Y así continúa siendo, lo que resulta de la sentencia de la Sala Constitucional de 2001, también en relación con el artículo 197 CPC y los lapsos procesales.

386 Véase en Allan R. Brewer-Carías, “La sentencia de los lapsos procesales (1989) y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes», en *Revista de Derecho Público*, n° 40, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1989, pp. 157-175

II. LA SENTENCIA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 197 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE 2001

En efecto, luego de la sentencia de la Sala de Casación, la norma del artículo 197 CPC fue impugnada por la vía de acción popular de inconstitucionalidad por ante la antigua Corte Suprema, habiendo sido resuelto el procedimiento por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, precisamente mediante la citada sentencia n° 80 de 1 de febrero de 2-2001³⁸⁷. Dicha sentencia anuló parcialmente el artículo considerando que establecer que los términos o lapsos procesales establecidos en el Código se deben computar “por días calendarios consecutivos excepto los lapsos de pruebas, en los cuales no se computarán los sábados, los domingos, el Jueves y el Viernes santo, los declarados días de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los cuales el Tribunal disponga no despachar”, era contrario a la garantía del debido proceso y derecho a la defensa establecidos en el artículo 49 de la Constitución de 1999, al convertir lo que debió ser una regla del cómputo, en la excepción.

1. *Los argumentos de los impugnantes*

Los impugnantes que intentaron la acción de inconstitucionalidad argumentaron que dicha norma era violatoria del derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución de 1961, basándose en que la misma establecía una diferencia en el cómputo de los lapsos procesales según se tratara del lapso probatorio o de los demás lapsos. Estos últimos se computaban por días calendarios consecutivos, y los primeros (probatorio) por días calendarios consecutivos con excepción de los sábados, domingos, Jueves y Viernes Santos, los declarados días de fiestas por la Ley de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, así como aquellos en los cuales el tribunal dispusiera no despachar.

Al establecer esta diferencia, estimaron los impugnantes que se violaba el derecho a la defensa (artículo 68 C. 1961), pues las mismas razones que tuvo el legislador para contemplar que los lapsos de pruebas debían ser computados por días en que el Tribunal resolviera

387 *Revista de Derecho Público* n° 85-89, 2001, pp. 90 y ss.

no despachar, justifican que los restantes lapsos procesales debían ser computados de igual forma. A tal efecto, argumentaron cómo en determinados casos se evidencia que la aplicación de dicha distinción (entre lapsos de pruebas y otros lapsos) conculcaba los derechos de los justiciables, concretamente el derecho a la defensa. En particular hicieron referencia a los lapsos establecidos en el artículo 1.114 del Código de Comercio, sobre el término de tres días para apelar de las sentencias interlocutorias, lo que podía implicar en la práctica la reducción del lapso a un día, si coincidían algunos de los días no laborables, argumentando que lo dispuesto en el citado artículo 197 CPC, trastocaba el principio de legalidad de los lapsos procesales previstos en el artículo 196 del mismo Código.

2. *La violación al debido proceso y el tiempo útil para las actuaciones procesales*

La Sala Constitucional fundamentó su decisión en el artículo 49 de la Constitución de 1999, que establece el derecho al debido proceso y a la defensa, considerando que dicho derecho

[...] “constituye un conjunto de garantías, que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las del ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, la articulación de un proceso debido, la de obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, la de ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente, la de un proceso sin dilaciones indebidas y por supuesto, la de ejecución de las sentencias que se dicten en tales procesos”.

Dicho derecho al debido proceso se consideró por la Sala como parte del principio de igualdad frente a la ley, “y que en materia procedimental representa igualdad de oportunidades para las partes intervinientes en el proceso de que se trate, a objeto de realizar -en igualdad de condiciones y dentro de los lapsos legalmente establecidos- todas aquellas actuaciones tendientes a la defensa de sus derechos e intereses”.

Consideró además, la Sala, que:

[...] “el derecho al debido proceso -y dentro de éste el derecho a la defensa-, tiene un carácter operativo e instrumental que nos permite

poner en práctica los denominados derechos de goce (p.ej. derecho a la vida, a la libertad, al trabajo), es decir, su función última es garantizar el ejercicio de otros derechos materiales mediante la tutela judicial efectiva, por ello, su ejercicio implica la concesión para ambas partes en conflicto, de la misma oportunidad de formular pedimentos ante el órgano jurisdiccional. De manera que la violación del debido proceso podrá manifestarse: 1) cuando se prive o coarte alguna de las partes la facultad procesal para efectuar un acto de petición que a ella privativamente le corresponda por su posición en el proceso; 2) cuando esa facultad resulte afectada de forma tal que se vea reducida, teniendo por resultado la indebida restricción a las partes de participar efectivamente en plano de igualdad, en cualquier juicio en el que se ventilen cuestiones que les afecte”.

La Sala siguió su línea de argumentación indicando que el proceso es un conjunto sucesivo de actos procesales tendientes a la declaratoria final del juez para dilucidar una controversia, lo que amerita de ámbito espacial y temporal para su funcionamiento, “que asegure la participación de los sujetos procesales, a objeto de preservar la certeza jurídica, la igualdad de tratamiento y la lealtad del contradictorio”. Para tal efecto, argumentó la Sala, las leyes procesales distinguen el tiempo útil para la realización de los actos procesales en general, del tiempo hábil para ello”, conforme a la distinción expresada en el mismo Código de Procedimiento Civil, en su artículo 193 que señala que “Ningún acto procesal puede practicarse en día feriado, ni antes de la seis de la mañana ni después de las seis de la tarde, a menos que por causa urgente se habiliten el día feriado o la noche”.

De lo anterior, la Sala dedujo “que no todas las horas del tiempo útil son hábiles para la realización de los actos procesales, debiéndose computar dichos lapsos conforme a una unidad de medida, previamente establecida por la norma adjetiva, y que dentro del marco legal se encuentra diferenciada en atención a las distintas unidades de tiempo que se emplee”. Por tanto, consideró la Sala, que los lapsos establecidos por años o meses se debían computar desde el día siguiente al de la fecha del acto que da lugar al lapso, y concluían el día de la fecha igual al acto del año o mes que corresponda para completar el lapso (artículo 199 del Código). Asimismo consideró la Sala, que los lapsos procesales por días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del Código, se debían computar por días calendarios consecutivos, a excepción del lapso de pruebas.

3. Argumentos sobre el objeto último del proceso

En la fundamentación del fallo, la Sala además, puntualizó que el fin último del proceso es “la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada, sin el cual el proceso por sí mismo carecería de sentido”, es decir, la tutela de los derechos, por lo que no podría permitirse “el sacrificio de la tutela jurisdiccional ante el proceso, bien porque la práctica desnaturalice los principios que lo constituyen o porque sea la propia ley procesal la que, por su imperfección, impida tal función tutelar”. De lo contrario, consideró la Sala, “el proceso fallaría en su cometido, toda vez que, las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión judicial, y jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de la sentencia”.

Con base en lo anterior, la Sala consideró que la rigidez del formalismo procesal no debe arrollar la esencia del derecho, exigiendo la aplicación del principio de supremacía constitucional, de manera que la tutela del proceso se realice bajo el imperio de los principios constitucionales, para garantizar que pueda tutelar los intereses jurídicos de los particulares. A tal efecto, la Constitución consagra “la existencia de un debido proceso como garantía de la persona humana, de modo que, los preceptos que instituyen al proceso se crean en atención a los lineamientos constitucionales, a objeto de hacer efectivo el control constitucional de las leyes.”

Con base en lo anterior, la Sala consideró que

[...] “si una ley procesal instituye una forma del proceso que prive al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, tal instrumento normativo se encontraría viciado de inconstitucionalidad, ya que, con el mero otorgamiento de la oportunidad de la defensa no se cumple a cabalidad con el precepto constitucional analizado, puesto que amerita ser interpretada y aplicada en concatenación con el principio de la preclusión procesal, que obliga a que la oportunidad sea contemplada de forma racional, pues siendo el proceso una sucesión de actos procesales el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollen mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impide el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados.

De allí que, cuando se le otorga una oportunidad a las partes de un proceso para realizar cualquier acto procesal, no basta -se insiste- con el

otorgamiento de tal oportunidad, sino que debe haber un plazo racional para ejercer a cabalidad la defensa, por tal motivo, el cómputo debe ser preciso, efectivo y cónsono con el fin para el cual ha sido creado, esto es, garantizar el debido proceso.”

4. *La inconstitucionalidad de la norma sobre los lapsos procesales y su nueva redacción*

En particular, respecto de la garantía del derecho a ser oído establecido en el artículo 49,3 de la Constitución, la Sala consideró que para que pudiera ser garantizado “no basta con la sola posibilidad de actuar ante el tribunal competente, sino que tal actuación debe ser ejercida con las debidas garantías (otorgadas por la Constitución y las leyes), dentro de un *plazo razonable* determinado legalmente, establecido con anterioridad a la fecha de su actuación y, ante un tribunal competente, independiente e imparcial.” Dicho plazo, en todo caso, es el que el legislador, en su momento, consideró necesario para la ejecución del acto, el cual sin embargo, consideró la Sala que no podía “ser disminuido por el método ejercido para su cómputo, pues dejaría entonces de ser razonable y en consecuencia se haría inconstitucional”

De ello dedujo la sala su conclusión de que la disposición impugnada prevista en el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, resultaba “en franca contradicción con el derecho al debido proceso, el cual como se ha dicho comporta a su vez, el derecho a la defensa”, a cuyo efecto se refirió a varios casos, así:

Por ejemplo, para la interposición del anuncio de casación, está estipulado un lapso de diez (10) días, según lo preceptuado en el artículo 314 eiusdem, pero de conformidad con lo previsto en el artículo 197, dicho lapso virtualmente nunca es el de los diez (10) días fijados por el artículo 314, sino siempre un lapso menor, donde habrá al menos, y en el mejor de los casos, un sábado y un domingo, o cuando la abreviación pudiera ser mayor por coincidir con cualquiera de los días Jueves y Viernes Santos, o en días de Fiesta Nacional, o uno declarado no laborable por ley distinta a la de Fiestas Nacionales, o alguno o algunos en que el Tribunal no haya dispuesto oír ni despachar; o en forma acumulativa unos u otros días de los señalados en los cuales ni el Tribunal, ni por ende, las partes pueden actuar. En cuanto se refiere a lapsos y términos cortos, como por ejemplo, el de los tres (3) días establecidos en el artícu-

lo 10; o el de los dos (2) días del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil; o los términos de la formalización y del término de la contestación, respectivamente, de la tachación incidental de documentos de cinco (5) días cada uno, previstos en el artículo 440 eiusdem; o aquellos establecidos para el "Procedimiento Breve del Título XII", Parte Primera, Libro Cuarto del Código, conlleva a que tales lapsos y términos podrían quedar abreviados (por virtud de coincidir con alguno o algunos de los días señalados en el artículo 197, como días no hábiles para el cómputo de pruebas, por no haber tampoco en ellos despacho en el Tribunal), y en casos extremos, a un solo día, a horas, a minutos, o bien desaparecer íntegramente el lapso o término mismo, con un real y efectivo menoscabo del derecho a la defensa de las partes en el proceso y en detrimento al decoro de la propia función jurisdiccional, al igual que atenta contra el principio de legalidad de los lapsos procesales, previstos en el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala consideró en definitiva que si la finalidad de método de cómputo de lapsos establecido en la norma impugnada

[...] "era alcanzar la uniformidad y la certeza en el cómputo de los lapsos, no se entiende la razón jurídica de la distinción entre lapsos de pruebas y los demás lapsos procesales para aplicarle, según sea el caso, dos formas de cómputo distintas, pues si bien es cierto que la promoción y evacuación de pruebas son actos procesales de gran trascendencia en el proceso, no menos importantes son los actos que les preceden y que le siguen, sobre todo al tratarse el proceso de una secuencia lógica de actos. Además, tal como está redactada la norma, se pierde la finalidad del método al desaparecer la razonabilidad del plazo otorgado por el legislador para la ejecución del acto, porque se disminuye materialmente el plazo previsto en la norma para efectuarlo, en atención a que los Tribunales -salvo alguna excepción- no despachan los sábados, domingos, días feriados establecidos por la ley de Fiestas Nacionales, ni tampoco cualquier otro día que decida no despachar, debido a elementos exógenos al proceso y que inciden en tal disminución, contrariando así -como bien lo apuntan los accionantes- el principio de legalidad de los lapsos procesales, establecido en el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil, pero primordialmente la garantía constitucional del debido proceso, y por tanto el derecho a la defensa, consagrados en el artículo 49 numerales 1 y 3 de la Constitución de 1999".

De ello concluyó la Sala que el contenido del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil al establecer el método de cómputo de los lapsos procesales

[...] “por días calendarios consecutivos excepto los lapsos de pruebas, en los cuales no se computarán los sábados, los domingos, el Jueves y el Viernes santo, los declarados días de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los cuales el Tribunal disponga no despachar” , se enfrenta a los postulados que respecto al debido proceso y al derecho a la defensa se establecen en la vigente Constitución, al convertir lo que debió ser una regla del cómputo, en la excepción, ya que al computarse los demás lapsos procesales por días calendarios continuos, sin atender a las causas que llevó al mismo legislador a establecer tales excepciones en el cómputo de los lapsos probatorios, se viola el contenido normativo del artículo 49 de la Constitución de 1999, por disminuir, para el resto de los actos procesales, el lapso que el legislador consideró -en su momento- razonable para que las partes cumplieran a cabalidad con los actos procesales que las diferentes normativas adjetivas prevén.”

La conclusión de todo lo anterior fue que según la Sala Constitucional, el debido proceso exige un plazo razonable para todos los actos sin excepción, y por ello, visto que tal como estaba redactada la norma impugnada del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, consideró que “ésta resulta inconstitucional por ser contraria al debido proceso y al derecho a la defensa” procediendo la Sala en consecuencia a **declarar su nulidad parcial** en lo que respecta a la frase: “(...) *los lapsos de pruebas, en los cuales no se computarán...*”; agregando que:

“Así, ante la prohibición absoluta de actuación del Tribunal fuera de días y horas de despachos, conforme lo dispone el Código de Procedimiento Civil, debe entenderse, que por regla general los términos y lapsos a los cuales se refiere dicho artículo, tienen que computarse efectivamente por días consecutivos, en los cuales el Tribunal acuerde dar despacho, no siendo computables a esos fines aquellos en los cuales el Juez decida no despachar, ni los sábados, ni los domingos, ni el Jueves y Viernes Santos, ni los días declarados de fiesta o no laborables por ley, criterio que debe ser aplicado en concatenación con lo dispuesto en los artículos 199 y 200 del Código de Procedimiento Civil...”

Pero no le bastó a la Sala anular parcialmente la norma y fijar su interpretación, sino que concluyó reformándola, ordenando como antes se dijo, que “se tenga la redacción de la misma de la siguiente manera”:

“Artículo 197. Los términos o lapsos procesales se computarán por días calendarios consecutivos excepto los sábados, los domingos, el Jueves y el Viernes Santo, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los cuales el Tribunal disponga no despachar”.

Como se aprecia, si se confronta esta norma con la anterior, la Sala modificó la redacción de la norma de manera que después de la palabra “excepto”, eliminó la frase “los lapsos de pruebas, en los cuales no se computarán” que estaba en el artículo del Código, y cambió la frase “los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales”, por “los declarados días de Fiestas Nacionales”.

III. LA ACLARATORIA DE LA SENTENCIA Y LAS NUEVAS REFORMAS LEGISLATIVAS EFECTUADAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL

1. *La aclaratoria y el debido proceso*

La sentencia reformativa del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil antes comentada, originó múltiples problemas de aplicación, dada la variedad de lapsos procesales que establece el Código, lo que motivó que se le solicitara a la Sala una aclaratoria a la sentencia, lo que en efecto la Sala realizó en sentencia n° 319 de 9 de marzo de 2001³⁸⁸, en la cual la Sala comenzó por aclarar que a pesar de haber ejercido la función legislativa, su rol

[...] “bajo ningún supuesto puede ser visto como una ingerencia o usurpación en las atribuciones del órgano legislativo -Asamblea Nacional- que tiene por función propia normar las materias que resultan de orden nacional.”

En la aclaratoria, la Sala recordó que la sentencia anterior que había declarado la inconstitucionalidad parcial del artículo 197 CPC

388 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-89, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.

se había basado en lo dispuesto en el artículo 46, ordinales 1 y 2 de la Constitución,

[...] “en atención a la circunstancia fáctica que se verificaba con los cómputos de los términos y lapsos establecidos para la realización de determinadas actuaciones procesales de los justiciables, a consecuencia de la disminución de los mismos en un número ciertamente menor a aquellos dispuestos en la norma, como producto del no despachar continuo de los tribunales, lo cual tendía a crear un estado de indefensión y a transgredir el debido proceso.”

Por tanto, lo que motivó la sentencia inicial, como lo indicó la Sala, fue la consideración de que la actividad jurisdiccional va dirigida a resolver una controversia y siendo que las partes son quienes en definitiva sufren los efectos de la sentencia, “debe garantizársele a cada una de ellas la posibilidad de adversar o contradecir *oportunamente* lo sostenido por su contraparte, es decir, garantizarle su derecho a la defensa.”

2. *El fondo y las formas procesales*

La Sala aclaró que al decidir tuvo en cuenta el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 26 de la Constitución, y que jamás pretendió “sacrificar las formas sobre el fondo”, sino más bien adaptar la norma impugnada a la actividad procesal respetando el derecho a la defensa y al debido proceso; al considerar que “el fin institucional e inmediato del proceso es la justicia, la cual debe ser alcanzada sin sacrificar el fondo por la forma, teniendo claro, la existencia de dos actos fundamentales dentro del esquema procesal; a saber, la demanda y la sentencia, siendo todos los actos intermedios el mecanismo por el cual se preparara la providencia judicial.”

Ello, a juicio de la Sala, no quiere decir “que todas las formas son innecesarias, pues, la instrumentalidad de las formas si bien no tienen un valor intrínseco propio, su observancia permite medir concretamente la realización en el tiempo y en el espacio de las actuaciones procesales”; por lo que la decisión se adoptó

[...] “sin desconocer la existencia del derecho a la celeridad procesal consagrado en el citado artículo 26 de la Constitución, motivo por el cual, entendiendo al Código de Procedimiento Civil como un conjunto

sistemático de normas, donde los términos o lapsos pautados para realizar las actuaciones procesales se crearon en principio para ser computados por días calendarios continuos, la formalidad de que el término o lapso procesal para la realización de un determinado acto sea computado atendiendo a que el tribunal despache, debe ser entendido para aquellos casos en que efectivamente se vea inmiscuido de forma directa el derecho a la defensa de las partes.”

3. *El cómputo de los lapsos según la naturaleza del proceso y las nuevas normas “procesales*

En conclusión, la Sala aclaró que es “la naturaleza de las actuaciones procesales las que distinguirán si el cómputo del término o lapso se realizará por días calendarios continuos sin atender a las excepciones previstas [en la norma] o, si por el contrario, deberán hacerse únicamente en función de que el tribunal despache”; en otras palabras, concluyó señalando que

[...]“si la naturaleza del acto procesal implica, que para que se cumpla cabalmente el derecho a la defensa y al debido proceso, éste deba ser realizado exclusivamente cuando el tribunal despache, en virtud de que sólo así las partes pueden tener acceso al expediente o al juez para ejercer oportunamente -entiéndase de forma eficaz- su derecho a la defensa, indudablemente que los términos o lapsos procesales para la realización de tales actos se computarán en función de aquellos días en que el tribunal acuerde despachar.”

En consecuencia, estimó esta Sala que la aplicación del artículo 197, y el considerar para el cómputo de los términos o lapsos los días en que efectivamente despache el tribunal, debe obedecer a la consideración de si “el acto procesal de que se trate involucre o de alguna manera afecte el derecho a la defensa de las partes; en contraposición a aquellos que con su transcurrir no lo involucren”; a cuyo efecto, como ejemplo ‘sentó el criterio de que “el lapso procesal establecido para contestar la demanda o los términos o lapsos procesales establecidos para ejercer oposición a cualquier providencia judicial, deben ser computados por días en que efectivamente el tribunal despache, en virtud de que la naturaleza de tales actos se encuentran vinculadas directamente con el derecho a la defensa y al debido proceso”. Igualmente decidió la Sala, que “los términos o lapsos procesales establecidos para ejercer cualquier acto de impugnación ante el tribunal

de instancia; tales como, recurso de hecho, recurso de queja, recurso de regulación de competencia o apelación, también deben ser computados por días en que efectivamente el tribunal despache”.

De allí, a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva, la Sala pasó a “establecer” las siguientes “normas”:

1. Los lapsos para sentenciar así como el de prórroga contemplado en los artículos 515, 521 y 251 del Código de Procedimiento Civil, deben ser computados por días calendarios consecutivos sin atender a las excepciones establecidas en el artículo 197 *eiusdem*.

2. El lapso para la formalización, contestación, réplica y contrarréplica del recurso de casación establecidos en los artículos 317 y 318 del mismo texto legal, deben ser computados por días calendarios consecutivos sin atender a las excepciones establecidas en el artículo 197 *eiusdem*.

3. Los lapsos para los actos conciliatorios consagrados en los artículos 756 y 757 *eiusdem*, así como el lapso para la comparecencia a través de edictos previsto en el artículo 231 de dicho texto legal, y los lapsos de carteles, tales como, los previstos en los artículos 223, 550 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, serán computados por días calendarios consecutivos, sin atender a las excepciones establecidas en el artículo 197 *eiusdem*.

4. El lapso para proponer la demanda después que haya operado la perención previsto en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, igualmente serán computado por días calendarios consecutivos sin atender a las excepciones establecidas en el artículo 197 *eiusdem*.

5. El lapso que tiene la Sala de Casación Civil de este Alto Tribunal para sentenciar, así como el que tiene el Juez de Reenvío, establecido en los artículos 319 y 522 del texto que rige la materia serán computados por días calendarios consecutivos, sin atender a las excepciones establecidas en el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.

6. El lapso para intentar la invalidación contemplado en el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, será computado conforme a la regla prevista en el artículo 199 *eiusdem*, por tratarse de un lapso cuya unidad de tiempo es mensual.

7. Los lapsos para la suspensión de la causa principal, según lo pautado en los artículos 374 y 386 del Código de Procedimiento Civil, serán computados por días calendarios continuos, sin atender a las excepciones establecidas en el artículo 197 *eiusdem*.

8. El lapso de treinta días para la evacuación de las pruebas contemplado en el artículo 392 *ibidem*, así como el lapso para su promoción, admisión y oposición será computado por días en que efectivamente el tribunal despache, en atención a lo dispuesto en el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, por encontrarse vinculada directamente la naturaleza de dicho acto al derecho a la defensa y al debido proceso de cada una de las partes.

9. El lapso para que los árbitros dicten sentencia según lo dispuesto en el artículo 614, parágrafo cuarto, del Código de Procedimiento Civil, se computará por días calendarios consecutivos sin atender a las excepciones previstas en el artículo 197 *eiusdem*

10. El término de la distancia debe ser computado por días calendarios consecutivos, sin atender a las excepciones establecidas en el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.

IV. UNA NUEVA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN MATERIA DE LAPSOS PROCESALES MEDIANTE UNA “DEROGACIÓN” PUNTUAL E IMPROPIA DE UNA NORMA PROCESAL

A pesar de haber “legislado” extensivamente sobre el tema de los lapsos procesales, en virtud de que las “reformas” dictadas se refirieron al procedimiento civil, el tema de la constitucionalidad de otros lapsos también se planteó ante la Sala Constitucional, con motivo de resolver un recurso de amparo contra una decisión de una corte de apelaciones en el ámbito penal.

Efectivamente, mediante sentencia n° 2560 de 5 de agosto de 2005 (Caso: *Rómulo Jesús Pacheco Ferrer y otro vs. Decisión Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui*)³⁸⁹, la Sala decidió que el lapso de cinco días para interponer el recurso de apelación en la fase preparatoria del proceso penal, debe ser computado por días hábiles, esto es, aquellos en los cuales el tribunal disponga despachar, y por ende, la partes tengan acceso al tribunal, al expediente y al proceso, y no por días continuos. En esta forma, en dicha sentencia la Sala en virtud de que el asunto relativo a los lapsos para interponer el recurso de apelación en la fase prepara-

389 V. en *Revista de Derecho Público*, N° 103, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp 119 ss.

toria del proceso penal, no existía en los Tribunales uniformidad de criterio, decidió sentar doctrina al respecto para garantizar a los recurrentes el derecho de defensa (apelación), sin cortapisa alguna, enunciándola como “vinculante para la Sala Penal de este Tribunal Supremo y para todos los Tribunales Penales de la República”.

1. *La doctrina vinculante de la Sala Constitucional reformativa del artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal*

Para ello, la Sala comenzó su argumentación recordando que las discusiones respecto al cumplimiento de los lapsos procesales tenían que ver con el derecho a la defensa, siendo el ejercicio de los recursos una de las manifestaciones de este derecho, de manera que una de las formas de producirse su violación es no permitir su ejercicio, bien por acción o por omisión; agregando que :

“Estas infracciones, obviamente, la mayoría de las veces corren por cuenta del órgano jurisdiccional cuando asume decisiones que las partes consideran no ajustadas a la ley, como cuando el Tribunal remite los autos a otro Tribunal antes de que comience a transcurrir el lapso para el ejercicio de un recurso, o antes de que el mismo concluya. También cuando una de las partes realiza un acto fuera del lapso y el Tribunal lo admite. O, en fin, cuando a las partes y, en general, al público, se le impide el acceso a la sede del tribunal o a la sede donde funcionan los Tribunales; o cuando se permite el acceso parcialmente, impidiendo a una parte utilizar el derecho que le da el artículo 8, numeral 2, literal c, de la Ley Aprobatoria de la Convención Aprobatoria de Derechos Humanos (Pacto de San José) de preparar una defensa cabal”.

Partiendo de estas premisas, la Sala consideró que la noción de “días hábiles” y “días inhábiles” en el proceso penal “es de vital importancia debido a la *pretendida aplicación literal* del artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal”, que textualmente señala:

“Para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria **todos los días serán hábiles**. En las fases intermedia y de juicio oral no se computarán los sábados, domingos y días que sean feriados conforme a la ley, y aquellos en los que el tribunal resuelva no despacha”.

Frente a esta norma expresa, la Sala argumentó, sin embargo, que:

“Permitir que el lapso de apelación de las decisiones judiciales en la fase preparatoria del proceso penal debe computarse por días continuos, incluyendo sábados, domingos y feriados, por cuanto “para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles”, sería atentatorio del derecho a la defensa, principio fundamental del sistema procesal.”

La Sala consideró que el hecho de que en el señalado artículo 172 se establezca que “en la fase preparatoria todos los días serán hábiles”, no puede conllevar a que las partes tengan que computar como días para actuar aquellos en los cuales no tienen acceso al tribunal, y por ende, al expediente y al proceso; concluyendo que la “interpretación literal del citado artículo conduce cuando menos a una privación del derecho de defensa de la parte que pretende apelar, cuando los días para incoar el recurso coinciden con días, por cualquier razón, inhábiles”.

Al analizar la naturaleza de la primera etapa o fase del proceso penal, de investigación y preparación del juicio oral y público, es decir, exclusivamente pesquisidora encaminada a la investigación de la verdad y que compete al Fiscal del Ministerio Público, la sala concluyó que era a ella, obviamente, a la que “se refiere el señalado artículo 172 cuando establece como regla general que, en la fase preparatoria, para los asuntos penales, “todos los días serán hábiles”. Ello es así, -agregó la Sala-, “por cuanto en el esclarecimiento de los hechos punibles, no debe limitarse tiempo alguno, por resultar urgente examinar la escena del crimen, y recabar las informaciones necesarias y los medios de prueba, antes que desaparezcan, y por esto no puede estarse habilitando el tiempo necesario para realizar un acto de investigación.”

Sin embargo, argumentó la Sala, que en virtud de que los Jueces de Control y las Cortes de Apelaciones no son Tribunales investigadores y no realizan actos de investigación, “sus actos no pueden ser concebidos bajo una permanente habilitación”. La sala constató que en el anterior proceso penal regido por el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, en el cual el instructor nato era el juez, también había una norma similar (artículo 13) a la del artículo 172 menciona-

do que disponía que para la formación del sumario eran hábiles todos los días y horas; sin embargo, había sido la Sala de Casación Penal de la antigua Corte Suprema de Justicia la que había interpretado el referido artículo 13 en cuando al modo de contar el lapso para anunciar el recurso de casación ante el Juez Superior durante el sumario, y había establecido que dicho lapso era de cinco audiencias, considerando que no procedía la aplicación del artículo 13 del Código de Enjuiciamiento Criminal porque este artículo disponía que eran hábiles todos los días y horas sólo para el fin determinado por la misma norma que era la formación del sumario (sentencia del 10 de octubre de 1975). Luego, a pesar que el investigador era el Juez, se le respetó a las partes la posibilidad de una apelación efectiva.

De lo anterior concluyó la Sala que “la habilitación legal permanente a fin de la realización de los actos de investigación está destinada a los que ejecuta el Ministerio Público, no a los cumplidos por el Juez de Control”, siendo por tanto, “inaplicable en sede judicial en lo atinente al ejercicio de los recursos, al resultar contradictoria con la función que según el Código Orgánico Procesal Penal cumple el Juez de Control en esta fase del proceso”, ya que “la impugnación por la inconformidad de una de las partes respecto de una decisión del Tribunal de Control no es un acto de investigación, ni una diligencia destinada a recolectar elementos de convicción”.

De ello concluyó la Sala, con carácter general que

“Si la actuación judicial no se inserta en los propósitos investigativos que caracteriza a la fase preparatoria, los lapsos que transcurren no sólo ante el Tribunal de Control, sino también ante la Corte de Apelaciones cuando esta conoce de un recurso en dicha fase preparatoria, no pueden contarse por días continuos o calendarios, ya que, en esencia, la actuación del Tribunal de Control está destinada a establecer la juridicidad de la actuación del Fiscal del Ministerio Público.

Bajo este orden de ideas, considera esta Sala que el lapso de cinco días para interponer el recurso de apelación, en la fase preparatoria del proceso penal, debe ser computado por días hábiles, esto es, aquellos en los cuales el tribunal disponga despachar, y por ende, la partes tengan acceso al tribunal, al expediente y al proceso, y así se declara.

2. Los cuestionamientos dentro de la propia Sala

En relación con esta nueva decisión de la Sala Constitucional, en el seno de la Sala se produjo un *Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*, en el cual se dejó sentado que si bien la mayoría sentenciadora había decidido, como doctrina vinculante, que el cómputo del lapso para la apelación, dentro de la fase preparatoria del proceso penal, debía ser por días hábiles; ello era contrario al artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal que establece que “para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles”.

El magistrado disidente consideró que contrariamente a lo decidido, el artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal “no ha restringido la habilitación de todos los días de la semana a la actividad de investigación que realice el Fiscal, sino que la misma la extendió a toda la fase de preparación del proceso, la cual, si bien comienza con la orden, que imparte el Fiscal, de apertura de la investigación (de conformidad con el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal), no se agota en la misma sino que se extiende hasta la presentación del correspondiente acto conclusivo, el cual, si es de acusación o de solicitud de sobreseimiento, da lugar a la siguiente fase: la intermedia (Código Orgánico Procesal Penal: artículo 327)”.

El magistrado disidente consideró que según el artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal, “todos los días son hábiles para el conocimiento de los asuntos que correspondan a la fase preparatoria; esto es, claramente, no sólo para el momento inicial de la misma: la apertura y desarrollo de la investigación bajo control exclusivo del Fiscal”, sin que ello pueda significar “menoscabo alguno para los derechos de las partes, pues éstas, en la fase preparatoria del procedimiento penal, tienen acceso todos los días, a las actas procesales”. El Magistrado disidente continuó se argumentación señalando que:

[...] “por el contrario, el cómputo, por días hábiles, de los lapsos procesales, dentro de la fase preparatoria, acarreará graves desventajas para el imputado; ello, porque si la apelación, por ejemplo, fuere interpuesta, por el procesado, contra una decisión por la cual se le prive de su libertad personal, el trámite de dicho recurso: formalización, contestación, remisión a la alzada, pronunciamiento sobre admisibilidad y decisión de fondo, si fuere el caso, será ejecutado dentro un término mani-

fiestamente mayor que el que debió observarse, si se acatara el citado artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal; ello, con el consiguiente perjuicio para la rapidez de respuesta que, en tal situación espera, de la administración de justicia, el imputado.

En definitiva, consideró el magistrado disidente que la doctrina vinculante, “lejos de tutelar, como lo pretende, derechos fundamentales de las partes -en este caso particular, del Ministerio Público- menoscabará, como se observó en el antes descrito ejemplo, la situación de las mismas; en especial, del imputado”.

Según el Magistrado disidente, la doctrina sentada por la Sala:

[...] “constituye una derogación tácita del artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal, lo cual es manifiestamente contrario a derecho, por cuanto constituye una decisión que excede de la competencia que la Constitución asignó a esta Sala, la cual sólo podría actuar en tal sentido, bajo fundamento de inconstitucionalidad de dicha disposición legal, mediante el control concentrado que establecen los artículos 336.1 de la Ley Máxima y 5.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Salvo el caso de inconstitucionalidad de la norma legal y previa la declaración de nulidad que, por dicho motivo, decreta la Sala Constitucional, se advierte que, de conformidad con el artículo 218 de la Constitución, desarrollado por el artículo 7 del Código Civil, que las leyes sólo “se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución”.

APRECIACIÓN FINAL

La justicia constitucional, sobre todo cuando se imparte por un tribunal supremo o por un tribunal constitucional, sin duda, pone en funcionamiento el más excelso instrumento del Estado de derecho para garantizar la supremacía de la Constitución. Por ello, esa función esencial del Estado tiene que cumplirse apegada a la propia Constitución, y a la razón, particularmente porque los actos que resultan de su ejercicio no son controlables en forma alguna.

Para actuar ceñido a la Constitución, un juez constitucional cuando aplica el método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, debe limitar su decisión a **desaplicar en el caso concreto y con efectos *inter partes***, la norma legal en la cual se debía basar para resolverlo, dando preferencia a la norma constitucional. En tal fun-

ción, el juez constitucional, así sea una de las Salas del Tribunal Supremo, ni puede anular una norma, ni darla por derogada, ni puede re redactar o reformar normas legales, y menos aún con efectos generales usando para ello el establecer doctrinas “vinculantes”. Lo que puede es resolver el caso concreto, desaplicando la norma legal que estime inconstitucional, aplicando directamente la Constitución. En tal sentido, la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, se extralimitó en su función de juez constitucional, en la sentencia comentada de 1980 al “reformar” el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil relativa a los lapsos procesales; y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo también se extralimitó en sus funciones al “derogar” en su sentencia comentada de 2005 lo dispuesto en el artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por su parte, para que la Jurisdicción Constitucional, en este caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo actúe ceñida a la Constitución, cuando aplica el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, debe limitar su decisión sea a interpretar la norma legal impugnada *secundum constitutione*, sin anularla, al declarar sin lugar la acción intentada; sea a anular la norma legal con efectos *erga omnes* al declarar con lugar la acción intentada, eliminándola del ordenamiento. En tal función, la Jurisdicción Constitucional no puede sustituirse al legislador y sancionar una nueva norma, o reformar la impugnada con efectos generales. En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se extralimitó en su función de juez constitucional, en la sentencia comentada de 2001 sobre el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil relativa a los lapsos procesales, al reformar el texto del dicho artículo.

En todos estos casos, las decisiones adoptadas por las Salas del Tribunal Supremo actuando como jueces constitucionales, en aplicación tanto del método difuso como del método concentrado de control de constitucionalidad, las mismas se extralimitaron en sus funciones, vulnerando en esa forma la propia Constitución, con decisiones que por lo demás no pueden ser controladas. Por más plausibles que puedan haber sido las intenciones de las Salas en buscar preservar las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho a la defensa, debieron hacerlo sin violar a su vez la Constitución, y menos usurpando la función legislativa que corresponde en exclusivi-

dad, cuando se trata de dictar o reformar leyes, a la Asamblea Nacional.

Un juez constitucional debe garantizar la supremacía de la Constitución, pero ello no lo puede hacer violando la propia Constitución, y menos aún cuando sabe que esas violaciones permanecen impunes, con lo que puede decirse que actúa sobre seguro, con alevosía, porque el guardián de la Constitución en el Estado Constitucional no tiene quien lo controle.

§15. El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas*

I. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El artículo 7 de la Constitución venezolana de 1999³⁹⁰ declara expresamente que su texto es “la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico”; por lo que a los efectos de garantizar esa supremacía y lograr que la Constitución tenga plena efectividad, en ella se regula todo un sistema de justicia constitucional³⁹¹, mediante la asignación a todos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, de la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334)³⁹².

En esta forma, la justicia constitucional, como competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la Constitución, en

* Estudio elaborado para el *Libro Homenaje al Profesor Héctor Fix-Zamudio, en los 50 años de actividad Académica*, México 2007.

390 V. en general sobre la Constitución de 1999, Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Caracas 2004, 2 vols.

391 V. Alejandra León Parada y Guido Garbati Garbati, “Jurisdicción y Supremacía Constitucional”, en *Nuevos estudios de derecho procesal, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, n° 8, Caracas, 2002, pp. 745 a 784.

392 V. nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 Septiembre-17 Octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 24 y 34.

Venezuela se ejerce por *todos los jueces* de la República y no sólo por el Tribunal Supremo de Justicia ni por su Sala Constitucional, en cualquier causa o proceso que conozcan y, además, en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso administrativas al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución (como forma de contrariedad al derecho) (art. 259)³⁹³.

En cuanto al Tribunal Supremo de Justicia, en materia de justicia constitucional, todas sus Salas también tienen expresamente como competencia general, la de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, correspondiéndoles a todas ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (art. 335).

No es cierto, por tanto, como se ha afirmado, que la Sala Constitucional sea “el máximo y último intérprete de la Constitución”³⁹⁴, o como lo ha señalado la propia Sala Constitucional el que tenga “el monopolio interpretativo último de la Constitución”³⁹⁵.

Esta es sin duda alguna, una apreciación completamente errada, que no deriva del texto de la Constitución, de cuyo artículo 335, al contrario, se deriva que *todas las Salas* ejercen la justicia constitucional conforme a sus respectivas competencias y son el máximo y último intérprete de la Constitución. También lo es, por supuesto, la Sala Constitucional, en la cual el Tribunal Supremo de Justicia concentra la Jurisdicción Constitucional (arts. 266, ord. 1º y 336).

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

393 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Contencioso-Administrativa*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 26 y ss.

394 V. en José Vicente Haro G., “La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999” en *Revista de Derecho Constitucional*, Editorial Sherwood, nº 1, Caracas, sep-dic. 1999, pp. 137 y 146.

395 V. sentencia nº 1374 de 09-11-2000, en *Revista de Derecho Público*, nº 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 267.

En cambio, la expresión *Jurisdicción Constitucional* es una noción orgánica, que tiende a identificar a un órgano específico del Poder Judicial que tiene, en forma exclusiva, la potestad de anular *ciertos actos estatales* por razones de inconstitucionalidad, en particular, las leyes y demás actos con rango de ley o de ejecución directa e inmediata de la Constitución. En los países europeos, dicha Jurisdicción Constitucional corresponde a los Tribunales o Cortes Constitucionales (muchas, incluso, ubicadas fuera del Poder Judicial), al igual que en algunos países latinoamericanos. En cambio, en Venezuela, siempre ha correspondido al Supremo Tribunal de Justicia³⁹⁶, ahora a través de su Sala Constitucional.

La noción de justicia constitucional, por tanto, es distinta a la de Jurisdicción Constitucional. En consecuencia, es errada la apreciación que hizo la Sala Constitucional en su sentencia n° 129 de 17-03-2000, cuando señaló que: “La Sala Constitucional tiene atribuida competencia para ejercer la jurisdicción constitucional, es decir, la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional”³⁹⁷.

En Venezuela, no es posible identificar la Jurisdicción Constitucional con “la potestad de juzgar en materia constitucional”, es decir, con la justicia constitucional. La garantía de la supremacía y efectividad de la Constitución y el carácter de máximo y último interprete de la misma, se insiste, corresponde a todas las Salas del Tribunal Supremo, por igual, por lo que tampoco es correcto señalar como lo hizo la citada sentencia de 17-03-2000, ni siquiera que “en particular” dicha función corresponda a la Sala Constitucional. Esa “particularidad” no deriva de norma alguna de la Constitución, y lo único “particular” que resulta de las competencias judiciales en materia de justicia constitucional, es el monopolio atribuido a la Sala Constitucional en los artículos 266, 334 y 336 *para anular* ciertos y determinados actos estatales lo que por lo demás caracteriza la *Jurisdicción Constitucional* en el derecho comparado³⁹⁸.

396 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989.

397 Expediente 00-0005 (Caso: *Vicente Bautista García Fermín*).

398 V. en general, Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit. p. 190; y Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Caracas, 1994, p. 19.

Estos actos son, en el nivel nacional, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos de gobierno; en el nivel estatal, a las Constituciones estatales, las leyes emanadas de los Consejos Legislativos y demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución; y en el nivel municipal, a las Ordenanzas Municipales, consideradas invariablemente como leyes locales, y demás actos municipales de ejecución directa de la Constitución. Por tanto, ni siquiera la Sala Constitucional en Venezuela tiene el monopolio para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de los actos estatales.

Pero además, tanto el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Civil, como la propia Constitución (art. 334) permiten a todos los tribunales de la República, cuando decidan un caso concreto, el poder declarar la inaplicabilidad de las leyes y demás actos estatales normativos cuando estimen que son inconstitucionales, dándole por tanto preferencia a las normas constitucionales. Se trata, sin duda, de la base constitucional y legal del método difuso de control de la constitucionalidad.

Por tanto, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, puede decirse que es uno de los más amplios conocidos en el mundo actual si se lo compara con los que muestra el derecho comparado, pues mezcla el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes con el control concentrado de la constitucionalidad de las mismas³⁹⁹.

Ahora bien, en la interpretación vinculante que estableció la Sala Constitucional sobre el artículo 334 de la Constitución, en relación con la Jurisdicción Constitucional y el control concentrado de la constitucionalidad, en la sentencia n° 833 de 25 de mayo de 2001 (Caso: *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*), expuso lo siguiente:

La declaratoria general de inconstitucionalidad de una o un conjunto de normas jurídicas (leyes), corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien, ante la colisión,

399 De acuerdo a la terminología acuñada por Piero Calamandrei, *La illegittimità Costituzionale delle Leggi*, Padova, 1950, p. 5; y difundida por Mario Capelletti, *Judicial Review in the contemporary World*, Indianápolis, 1971. V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, 1989. V. además, Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995.

declara, con carácter *erga omnes*, la nulidad de la ley o de la norma inconstitucional. Dicha declaratoria es diferente a la desaplicación de la norma, tratándose de una decisión de nulidad que surte efectos generales (no para un proceso determinado) y contra todo el mundo. Mientras que los Tribunales de la República, incluyendo las Salas del Tribunal Supremo de Justicia diferentes a la Constitucional, pueden ejercer sólo el control difuso. Las Salas Constitucional y Político Administrativa pueden ejercer el control difuso en una causa concreta que ante ella se ventile, y el control concentrado mediante el juicio de nulidad por inconstitucionalidad, cuyo conocimiento a ellas corresponde. La máxima jurisdicción constitucional se refiere al control concentrado, el cual es un control por vía de acción, que lo ejerce la Sala Constitucional, conforme al artículo 336 constitucional y, en ciertos casos, la Sala Político Administrativa [...]

A diferencia de otros países (donde existen tribunales constitucionales) en Venezuela, -siendo parte del Poder Judicial- se encuentra la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la cual corresponde la jurisdicción constitucional, pero tal jurisdicción no tiene una cobertura total en el control concentrado.

El artículo 334 de la Constitución, crea la jurisdicción constitucional, la cual corresponde a la Sala Constitucional.⁴⁰⁰

Como también lo ha resumido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 194 de 15 de febrero de 2001, respecto a lo que constituye la Jurisdicción Constitucional atribuida a la misma:

Dentro de las competencias atribuidas por el Texto Fundamental a la Sala Constitucional, enmarcadas dentro del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional, se encuentran las enumeradas en su artículo 336, relativas al control *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, leyes estatales, ordenanzas, actos de rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, los dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, los decretos que declaren estados de excepción y sentencias definitivamente firme dictadas por cualquier órgano jurisdiccional que colidan con algún precepto constitucional o doctrina sentada por la Sala Constitucional o que hayan ejercido el control difuso de la constitucionalidad de determinados actos.

400 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 370.

Pero el constituyente no se limitó a un control *a posteriori* de la constitucionalidad de los actos antes mencionados, sino que consagró un sistema amplio de protección de los derechos constitucionales, a la par de las más modernas tendencias de la Jurisdicción Constitucional a nivel mundial, dentro de los cuales se encuentra el control de omisiones legislativas, la posibilidad de resolver colisiones de leyes con preceptos constitucionales y de resolver conflictos de autoridades.

Adicionalmente, la Sala Constitucional tiene dentro de sus competencias el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, la cual es ejercida a instancia del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional; las de control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de leyes nacionales, también a instancia del Presidente de la República; y el control preventivo en cuanto al pronunciamiento de la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes calificadas como tales por la Asamblea Nacional⁴⁰¹.

De todo lo anterior resulta, por tanto, que la Jurisdicción Constitucional atribuida a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en un sistema constitucional caracterizado por una penta división del Poder Público entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (artículo 136 de la Constitución), conforme a la cual, la potestad de legislar sobre las materias de competencia nacional está atribuida en forma exclusiva a la Asamblea Nacional (artículo 187,1), de manera que las leyes sólo se pueden derogar y reformar por otras leyes de acuerdo al procedimiento constitucionalmente establecido (artículo 218).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por tanto, no puede legislar ni puede, con ocasión de interpretar la Constitución, reformar las leyes. Puede interpretar la Constitución y las leyes, pero no puede reformarlas ni derogarlas. Sin embargo, lo contrario ha ocurrido de manera que la Sala, con motivo de interpretar el artículo 27 constitucional que regula el derecho y la acción de amparo, ha reformado el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988⁴⁰², la cual sin embargo, continúa en vigencia.

401 V. sentencia n° 194 de la Sala Constitucional de 15-02-2001, caso: *Gobernación del Estado Trujillo vs. Comisión Legislativa del Estado Yaracuy*.

402 V. en *Gaceta Oficial* n° 33.891 de 22 de enero de 1988. La Ley Orgánica fue reformada en 27-9-88, publicada en *Gaceta Oficial* n° 34.060 de 27-9-88. V. Allan R. Brewer-Carías, "Intro-

II. EL RÉGIMEN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE AMPARO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE 1961, LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE 1988, Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1999

1. *El régimen del amparo en la Constitución de 1961*

En efecto, en la Constitución venezolana de 1961 se incorporó la institución del amparo a los derechos y garantías constitucionales como un derecho constitucional de las personas a ser protegidas, en una escueta norma con el siguiente texto:

Artículo 49. 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.

A los efectos de desarrollar la institución del amparo, como se dijo, en 1988 se promulgó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en cuyos artículos 19, 23, 24, 26, 29, 30, 31, 32 y 35 se reguló el procedimiento general del proceso de amparo. Dicha Ley Orgánica, sin duda, fue una de las leyes más importantes que se dictaron en el país después de la propia Constitución de 1961, y en la misma se establecieron las siguientes normas procesales, en buena parte explicadas por la antigua Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, en sentencia de del 18 de octubre de 1994⁴⁰³.

A. *Introducción de la solicitud*

El escrito de la acción de amparo debe llenar los requisitos del artículo 18, los cuales deben ser examinados por el juez a los fines de verificar si la misma es suficientemente clara y llena tales requisitos.

ducción general al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales" en Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos V Garantías Constitucionales*, Caracas, 1988.

403 Ponencia: Rafael Alfonso Guzmán, Consultada en original.

De faltar algunos de los elementos señalados en dicha norma, el juez deberá notificar al solicitante para que corrija el defecto u omisión dentro del lapso de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación. La falta de oportuna corrección implica la declaratoria de su inadmisibilidad.

B. *Admisión de la acción*

La primera actuación procesal del juez, una vez presentado correctamente el libelo de la acción, es juzgar sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la misma, conforme al artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo y a las otras normas que se refieren a la admisión. Es decir, el juez necesariamente debe examinar los presupuestos de admisibilidad previstos en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que están redactados en forma tal que al juez le corresponde verificar la inexistencia de los supuestos enunciados en dicho artículo, a los fines de declarar admisible o no la acción. Este examen da lugar a un auto de admisión o inadmisión, según el caso, con lo cual el tribunal afirma los elementos básicos para el conocimiento de la causa.

C. *Solicitud de informe al presunto agravante o imputado*

En el auto de admisión, el Juez debe ordenar a la autoridad, entidad, organización social o a los particulares imputados de violar o amenazar el derecho o la garantía constitucionales, su comparecencia para que en el termino de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la respectiva notificación, informen sobre la pretendida violación o amenaza que hubiere motivado la solicitud de amparo, (art. 23).

De acuerdo al artículo 25 de la Ley, este informe debe contener una relación sucinta y breve de las pruebas en las cuales el presunto agravante pretenda fundamentar su defensa, sin perjuicio de la potestad evaluativa que la Ley confiere al Juez competente (art. 17).

La Ley Orgánica establece (art. 14) que "la falta de informe correspondiente se entenderá como aceptación de los hechos incriminados", razón por la cual ello debe dar origen a la decisión de amparo con el consiguiente restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida. Sin embargo, aun en estos casos, la decisión debe adoptarse luego de realizada la audiencia oral de las partes.

D. *Medidas cautelares*

La Ley Orgánica no preveía expresamente, la potestad del Juez de amparo de adoptar medidas cautelares o preventivas en caso de solicitudes de amparo, lo que sin embargo, podía interpretarse del artículo 22 de la Ley Orgánica. En todo caso, por la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil (Art. 48), conforme al artículo 588 los jueces adoptaban las medidas cautelares adecuadas para la protección constitucional, cuando hubiere “fundado temor” de que una de las partes, particularmente el presunto agraviante, pueda causar “lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, en concreto, el agraviado. En estos casos, para evitar el daño, el Juez de amparo puede “autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”.

E. *La audiencia pública y oral*

En todo caso, al vencerse al término de cuarenta y ocho (48) horas para la remisión del informe solicitado, sin que ello haya ocurrido, o al presentarse el informe por el presunto agraviado, el Juez de amparo debía fijar la oportunidad para que las partes o sus representantes legales expresasen, en forma oral y pública, los argumentos respectivos (art. 26), en una audiencia que debía realizarse dentro del lapso de noventa y seis (96) horas siguientes a la presentación del mencionado informe o al vencimiento del lapso de 48 horas que tenía el agraviante para presentarlo.

F. *Oportunidad de la decisión*

Efectuado dicho acto de audiencia oral, el Juez disponía de un término improrrogable de veinticuatro (24) horas para decidir la solicitud de amparo constitucional (Art. 26).

2. *La reforma constitucional de 1999 en materia de amparo*

El artículo 27 de la Constitución de 1999 puede decirse que siguió la orientación del artículo 49 de la constitución de 1961, al regular la institución del amparo, definitivamente como un derecho constitu-

cional, el cual se puede ejercer a través de múltiples medios o recursos judiciales de protección, incluyendo la acción de amparo⁴⁰⁴, 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.

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.

Las reformas más importantes que introdujo esta norma respecto de lo que se establecía en el artículo 49 de la Constitución de 1961, son las siguientes:

En *primer lugar*, en forma expresa se estableció el amparo como un “derecho” constitucional de toda persona, “a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

En *segundo lugar*, en cuanto a los derechos amparables, se estableció que no sólo son los que la Constitución establece, sino aquellos

404 V. Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho y la Acción de Amparo*, Tomo V *Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 163 y ss. V. en general, Hildegard Rondón de Sansó, “La acción de amparo constitucional a raíz de la vigencia de la Constitución de 1999”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, n° 119, Caracas, 2000, pp. 147-172; Richard D. Henríquez Larrazábal, “El problema de la procedencia del amparo constitucional en el Derecho venezolano”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen II, pp. 403-475; Víctor R. Hernández-Mendible, “El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, op. cit., pp. 1219-1301.

inherentes a la persona que no figuren expresamente no sólo en la Constitución sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En *tercer lugar*, en cuanto al procedimiento, en lugar de establecer sólo que debía ser “breve y sumario” como lo hacía la Constitución de 1961, se indica que debe ser “oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad”, y que además “todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto”.

En *cuarto lugar*, no sólo se reiteró la competencia del juez para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, sino alternativamente, “o la situación que más se asemeje a ella”.

Y en *quinto lugar* se precisó expresamente que “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”.

Como puede observarse de dicha norma, en ella no sólo se recogieron todos los principios fundamentales en materia de amparo que la Constitución de 1961 había establecido, sino los que se habían desarrollado en aplicación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988.

III. EL NUEVO RÉGIMEN PROCESAL DEL AMPARO ESTABLECIDO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL, REFORMANDO IMPROPIAMENTE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO

La norma de la Constitución de 1999 relativa al amparo, fue interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de manera tal que mediante sentencias dictadas en casos concretos, procedió a modificar la Ley Orgánica de Amparo, no sólo en cuanto a la determinación de la competencia judicial en la materia, sino en especial, en materia de procedimiento judicial en los juicios de amparo, asumiendo en forma irregular, una función de legislador positivo, supuestamente procediendo a “adaptar” el procedimiento regulado en la Ley Orgánica de Amparo al texto de la nueva Constitución, con lo cual estableció, en realidad, un *nuevo procedimiento* mo-

dificando y reformando, impropiaamente, el regulado en la Ley Orgánica de Amparo de 1988⁴⁰⁵.

En efecto, en la sentencia n° 7 de 01-02-2000 (Caso: *José A. Mejía y otros*)⁴⁰⁶, la Sala, teniendo en cuenta que por mandato del artículo 27 de la Constitución, el procedimiento de la acción de amparo constitucional “será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades”; siendo las características de oralidad y ausencia de formalidades que rigen estos procedimientos las que permiten que la autoridad judicial restablezca inmediatamente, a la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; y considerando que el artículo 27 de la Constitución es de aplicación inmediata; estimó que debía “adaptar” el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del artículo 27 de la Constitución, aplicando además, el 49 de la Constitución que impone el debido proceso, cuyos elementos deben estar presentes en el procedimiento de amparo cuyas normas procesales también deben adecuarse a dicha norma, prescribiendo que el procedimiento de las acciones de amparo debe contener los elementos que conforman el debido proceso.

Como consecuencia de esta orientación,

La Sala Constitucional, obrando dentro de la facultad que le otorga el artículo 335 ejusdem, de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República, interpreta los citados artículos 27 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y

405 V. en general, V. Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, “El procedimiento de Amparo Constitucional, según la sentencia n° 7 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 01 de febrero de 2000. Caso *José Amando Mejía Betancourt y José Sánchez Villavicencio*, en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, n° 8, Caracas, 2003, pp. 139 a 176; María Elena Toro Dupouy, “El procedimiento de amparo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Años 2000-2002)”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 6, enero-diciembre-2002, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 241 a 256; María Elena Toro Dupouy, “El amparo contra decisiones judiciales en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El Amparo sobrevenido”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 7, enero-junio 2003, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 207 a 222.

406 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 349 ss.

Garantías Constitucionales, distinguiendo si se trata de amparos contra sentencias o de los otros amparos, excepto el cautelar,

estableció un conjunto de normas procesales que estimó las adecuadas para desarrollar los principios constitucionales, reformando la Ley Orgánica de Amparo de 1988, con lo cual, sin duda, usurpó la potestad del legislador y atentó contra la seguridad jurídica. En particular en los casos de ejercicio de la acción autónoma de amparo, siempre que no sea contra sentencias, la Sala dictó las siguientes normas modificatorias del régimen legal:

1. *Principios generales del procedimiento no sujeto a formalidades*

En cuanto a los principios generales del procedimiento, la Sala señaló que:

Debido al mandato constitucional de que el procedimiento de amparo no estará sujeto a formalidades, los trámites como se desarrollarán las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueran necesarias, las dictará en las audiencias el tribunal que conozca del amparo, siempre manteniendo la igualdad entre las partes y el derecho de defensa.

Todas las actuaciones serán públicas, a menos que por protección a derechos civiles de rango constitucional, como el comprendido en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se decida que los actos orales sean a puerta cerrada, pero siempre con inmediación del tribunal.

2. *La obligación de indicar las pruebas al inicio del procedimiento*

La Sala Constitucional, añadió a las prescripciones de la Ley, en cuanto al inicio del procedimiento, que en la solicitud, que se puede presentar por escrito o en forma oral, el accionante debe señalar, además de los elementos prescritos en el citado artículo 18:

[...] las pruebas que desea promover, siendo esta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad, no solo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino la de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos, con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviére y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose entre los instrumentos a producir los auténticos”.

La Sala Constitucional, en esta forma, reformó la ley Orgánica, estableciendo una figura procesal incluso con efectos preclusivos.

3 *La derogación de la exigencia legal del informe del agraciado, la citación del agraviante y la creación de la audiencia constitucional*

La Sala Constitucional estableció en su sentencia que una vez admitida la acción, el juez debe ordenar:

La citación del presunto agraviante y la notificación del Ministerio Público, para que concurran al tribunal a conocer el día en que tendrá lugar la audiencia oral, la cual tendrá lugar, tanto en su fijación como para su práctica, dentro de las noventa y seis (96) horas a partir de la última notificación efectuada.

La Sala, en cuanto a la citación, pero refiriéndola como “notificación”, reguló nuevas formas de hacerla ni siquiera establecidas en el Código de Procedimiento Civil, así:

Para dar cumplimiento a la brevedad y falta de formalidad, la notificación podrá ser practicada mediante boleta, o comunicación telefónica, fax, telegrama, correo electrónico, o cualquier medio de comunicación interpersonal, bien por el órgano jurisdiccional o bien por el Alguacil del mismo, indicándose en la notificación la fecha de comparecencia del presunto agraviante y dejando el Secretario del órgano jurisdiccional, en autos, constancia detallada de haberse efectuado la citación o notificación y de sus consecuencias.

4. *La reforma del régimen de la audiencia constitucional pública y oral*

La Sala Constitucional, en su sentencia también reformó el régimen de la audiencia pública y oral en el proceso del juicio de amparo. Al eliminar la exigencia legal del informe escrito que debe requerir y presentar el agraviante, dispuso la realización de la audiencia oral y pública, con el siguiente régimen:

A. *Propósito de la audiencia*

En cuanto al propósito de su realización, la Sala dispuso que:

[...] las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el tribunal que conozca de la causa en primera ins-

tancia, y esta o este decidirá, si hay lugar a pruebas, caso en que el presunto agraviante podrá ofrecer las que considere legales y pertinentes, ya que este es el criterio que rige la admisibilidad de las pruebas. Los hechos esenciales para la defensa del agraviante, así como los medios ofrecidos por él se recogerán en un acta, al igual que las circunstancias del proceso.

En cambio, en el régimen establecido en la Ley Orgánica, que derogó la Sala Constitucional, la audiencia se realizaba en una oportunidad posterior a la presentación del informe por parte del agraviante, eliminándosele al agraviado la posibilidad de analizar su texto escrito con anterioridad, a los efectos de poder contestarlo efectivamente para reforzar su denuncia inicial en la audiencia oral,

Es decir, la Sala Constitucional le cercenó el derecho que tenía el agraviado tal como se lo garantizaba la Ley Orgánica de 1988, en un procedimiento dispuesto para proteger sus derechos, que le permitía conocer por escrito los alegatos que formulara el agraviante, sin lesionar el derecho a la defensa del agraviante. En el procedimiento que estableció la Sala Constitucional, en cambio, se obliga al agraviado a conocer de los alegatos que exprese sólo oralmente el agraviante en la audiencia oral, en la cual el juez además, siempre puede interrogar a las partes y a los comparecientes, y al final de la cual, la Sala Constitucional dispuso que se dictaría la sentencia.

B. *Régimen de las pruebas*

En relación con las pruebas, la Sala señaló el siguiente régimen:

a. *En cuanto a su admisión y evacuación:*

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

- b. *En cuanto el desarrollo de la actividad probatoria en la audiencia, y la grabación y registro de las actuaciones procesales*

La Sala dispuso el siguiente régimen procesal:

Cuando se trate de causas que cursen ante tribunales cuyas decisiones serán conocidas por otros jueces o por esta Sala, por la vía de la apelación o consulta, en cuanto a las pruebas que se evacuen en las audiencias orales, se grabarán o registrarán las actuaciones, las cuales se verterán en actas que permitan al juez de la Alzada conocer el devenir probatorio. Además, en la audiencia ante el Tribunal que conozca en primera instancia en que se evacuen estas pruebas de lo actuado, se levantará un acta que firmarán los intervinientes. El artículo 189 del Código Procedimiento Civil regirá la confección de las actas, a menos que las partes soliciten que los soportes de las actas se envíen al Tribunal Superior.

5. *Régimen de la oportunidad de la sentencia de amparo*

El régimen de la sentencia de amparo también se reformó con sentencia de la Sala Constitucional, modificándose el establecido en la Ley Orgánica, el cual se sustituyó por el siguiente:

Una vez concluido el debate oral o las pruebas, el juez o el Tribunal en el mismo día estudiará individualmente el expediente o deliberará (en los caso de los Tribunales colegiados) y podrá:

- a) Decidir inmediatamente; en cuyo caso expondrá de forma oral los términos del dispositivo del fallo; el cual deberá ser publicado íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó la decisión correspondiente. El fallo lo comunicará el juez o el presidente del Tribunal Colegiado, pero la sentencia escrita la redactará el ponente o quien el Presidente del Tribunal Colegiado decida.

El dispositivo del fallo surtirá los efectos previstos en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mientras que la sentencia se adaptará a lo previsto en el artículo 32 ejusdem.

- b) Diferir la audiencia por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas, por estimar que es necesaria la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental pa-

ra decidir el caso o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.

IV. APRECIACIÓN GENERAL

Tal como lo observó en su momento el Magistrado Héctor Peña Torrelles, quien Salvó su Voto (Voto negativo) en relación con la comentada sentencia nº 7 de 01-02-2000, “reformatoria de la Ley Orgánica”:

Por lo que respecta al procedimiento para tramitar el amparo que se establece en el fallo que antecede, observa quien disiente que en el mismo se han consagrado aspectos no previstos en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo cual, lejos de ser una adaptación al artículo 27 de la Constitución vigente *se convierte en un procedimiento nuevo y distintos conservando algunos de las fases que establece la Ley, violando de esta forma el principio de reserva legal en materia de procedimientos.*

El Magistrado disidente, además, fue de la opinión de que las nuevas normas procesales establecidas con exceso rigorismo en la sentencia:

[...] atenta justamente contra la brevedad e informalidad del amparo, asimilándolo a un juicio ordinario civil. En este aspecto, ha debido dejarse al juez que conozca del caso concreto la determinación de la necesidad y forma de tramitación de la fase probatoria.

En todo caso, considero que el presunto agraviado deberá siempre probar sus alegatos, sin necesidad de que tenga que obligatoriamente indicar en la interposición de la acción cuáles medios utilizará a tales fines; *por lo que, se atenta contra sus derechos constitucionales al fijarse la preclusión de la oportunidad para promover pruebas prevista en el fallo, por cuanto se están limitando su derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva mediante un mecanismo distinto al previsto en la Constitución.*

En cuanto a las nuevas normas procesales establecidas para las notificaciones, el mismo Magistrado observó:

Con preocupación que en el procedimiento establecido se haya consagrado una amplia gama de formas de notificación a los presuntos agraviantes, *que además de no estar previstas en el ordenamiento procesal vigente, atenta contraría el principio de seguridad jurídica por cuanto en los*

casos de notificaciones vía teléfono, fax, correo electrónico “o cualquier medio de notificación interpersonal, no se ha establecido la forma en que se dejará constancia en el expediente de que la notificación ha cumplido su finalidad, esto es, poner en conocimiento del interesado de la admisión de un amparo interpuesto en su contra.

Por último, el mismo Magistrado disidente, en general sobre los poderes otorgados al juez de amparo en la sentencia, estimó que:

Permitir a discreción del juez la alteración de los principios constitucionales en materia procesal desarrollados por la Ley, lejos de proteger a la Constitución, la convierte en un texto manejable con base en criterios de oportunidad o conveniencia del aplicador judicial, que en definitiva causa inseguridad jurídica en un Estado de Derecho, lo que se traduce en su desaparición.

Muy poco hay que agregar, en definitiva, a lo que en su momento advirtió el Magistrado disidente de la sentencia de la Sala Constitucional, Héctor Peña Torrelles, pues de la sentencia de la misma lo que resulta es que a partir de la misma, el procedimiento en la acción de amparo dejó de estar solamente regulado en la Ley Orgánica de Amparo, la cual no ha sido derogada ni reformada por la Asamblea Nacional, y pasó a estar regulado además por el texto de una sentencia de la Sala Constitucional, la cual ha reformado la Ley Orgánica sin tener autoridad alguna para ello. La seguridad jurídica, en consecuencia, no fue un valor fundamental para la Sala Constitucional, pues de lo contrario, lo que hubieran hecho es una recomendación a la Asamblea Nacional para la reforma de la Ley Orgánica de Amparo⁴⁰⁷.

La pregunta obligada, en todo caso, en relación con esta sentencia y con tantas otras dictadas por la Sala Constitucional, es ¿quién controla al contralor?⁴⁰⁸ Un juez constitucional en un sistema democráti-

407 V. nuestros comentarios iniciales sobre esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

408 V. Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, en *Revista de Derecho Público*, n° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27. V. el texto en las páginas 47 y ss. de este libro.

co, en realidad, no necesita que lo controle nadie, pues es la garantía del Estado de derecho; pero un juez constitucional en un sistema político autoritario de concentración del poder, sin independencia ni autonomía alguna, es un peligro para el Estado democrático de derecho, pues sin control, se convierte en el instrumento de su destrucción. Y lamentablemente eso es lo que ha venido ocurriendo en los últimos años en Venezuela⁴⁰⁹

409 V. Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", en el libro: *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174. V. además, el estudio publicado en las páginas 163 y ss. de este libro.

§16. El juez constitucional como legislador positivo de oficio en materia tributaria. La legitimación activa en la acción popular y la impugnación de leyes derogadas*

La Jurisdicción Constitucional en Venezuela, impunemente, ya ha asumido la función de “legislador positivo”, es decir, de legislador por iniciativa propia, o sea, dicta leyes de oficio, así se trate de leyes de reforma de otras leyes.

Hans Kelsen, creador de la concepción contemporánea de la Jurisdicción Constitucional, cuando en 1928 hablaba algo tímidamente del juez constitucional como “legislador negativo”, es decir, de su poder de eliminar leyes del ordenamiento jurídico cuando las anulaba con los mismos efectos derogatorios como si se tratase de una ley sancionada por el Parlamento⁴¹⁰; sin duda, ante el espectáculo que está dando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, podría haber estado a punto de retractarse de su invento, al menos como fórmula jurídica a ser aplicada por jueces como los que lamentablemente integran la Sala Constitucional venezolana.

Esta Sala Constitucional, en efecto, mediante sentencia n° 301 de 27 de febrero de 2007⁴¹¹, (Caso: *Adriana Vigilancia y Carlos A. Vecchio*), luego de *declarar inadmisibile* una acción popular de inconstitucionalidad

* Ponencia elaborada para el *II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*, Huancayo, Perú, 24 al 26 de mayo de 2007

410 V. Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et l'étranger*, París, 1928, p. 250.

411 Expediente n° 01-2862. V. en *Gaceta Oficial* n° 38.635 de fecha 01-03-2007

dad que había sido intentada seis años antes, en 2001, por dos destacados abogados tributaristas, Adriana Vigilanza García y Carlos A. Vecchio, contra los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999⁴¹²; en lugar de archivar el expediente, pasó seguidamente en el mismo texto de la sentencia de inadmisibilidad, *de oficio* y sin debate procesal alguno, a **reformar** un artículo de la mencionada Ley, el artículo 31, que ni siquiera había sido de los impugnados.

La sentencia no sólo provocó la airada reacción de la Asamblea Nacional que acusó a la Sala de usurpación de la función legislativa, sino que puso en evidencia una vez más las inconstitucionales interpretaciones que en los últimos años ha venido haciendo impunemente la Sala Constitucional en Venezuela. El problema, por supuesto, es que el órgano llamado a garantizar la supremacía constitucional y a controlar las usurpaciones de funciones entre los órganos del Estado, es la propia Sala Constitucional, y a ella nadie la controla. Por eso la pregunta *Quis custodiet ipsos custodes?* sigue sin respuesta en Venezuela⁴¹³.

I. EL RECHAZO DE LA ASAMBLEA NACIONAL A LA USURPACIÓN DE FUNCIONES LEGISLATIVAS POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

La Asamblea Nacional de Venezuela, en efecto, en fecha 22 de marzo de 2007, adoptó un Acuerdo, en el cual dispuso:

PRIMERO: Rechazar de la manera más categórica, por considerarlo inconstitucional, violatorio de derechos sociales y colectivos, y de la ética social, el numeral 2 del dispositivo de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 01-2862, de fecha 27 de febrero de 2007 y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 38.635 de fecha 01 de marzo de 2007, así

412 Decreto Ley n° 307, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 5.390 Extraordinario, de 22-10-1999.

413 V. Allan R. Brewer-Carías, "*Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*", en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público* n° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27. V. el texto en las páginas 47 y ss. de este libro.

como la motivación con que sustentó y, en consecuencia, sin ningún efecto jurídico.

SEGUNDO: Exhortar al pueblo venezolano y en especial a los contribuyentes, así como al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat) a continuar el proceso de declaración y recaudación del impuesto sobre la renta tal como lo establece nuestra legislación.

TERCERO: conformar una comisión a los efectos de investigar y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.⁴¹⁴

Tal como lo reseñó la prensa de Caracas del 23 de marzo de 2007⁴¹⁵, dicho Acuerdo había sido adoptado, por unanimidad, a propuesta del segundo vicepresidente del Parlamento, diputado Roberto Hernández, rechazando la “usurpación de poderes” por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “a raíz de la modificación del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta” que habría sido realizada por la Sala Constitucional en la sentencia citada en el mismo, considerando que dicha decisión había lesionado la función del Poder Legislativo.

El debate ante la Asamblea Nacional debió haber sido muy vehemente, pues conforme lo informaron los medios de comunicación, el Acuerdo aprobado habría sido precedido de otro que se habría aprobado previamente con un texto más fuerte y directo, en el cual no sólo se denunciaba la inconstitucionalidad en que había incurrido la sentencia de la sala Constitucional, sino que se la declaraba nula, y se incitaba a la desobediencia de la ley tributaria⁴¹⁶. Esa primera versión

414 V. en *Gaceta Oficial* n° 38.651 de 26-03-2007

415 V. *El Universal*, Caracas 23-03-2007, p. 1-1; *El Nacional*, 23-03-2007, p. 4, Sección política

416 Así lo ratificó posteriormente el mismo diputado Roberto Hernández, Presidente de la Comisión parlamentaria designada para investigar las implicaciones de la usurpación de funciones por parte del Tribunal Supremo: “lo que ha acordado la AN es pedirle a los organismos oficiales, en primer lugar *al Seniat y, a todos los ciudadanos que no acate la parte de la sentencia que es inconstitucional por usurpación de funciones*. Independientemente de que el TSJ rectifique decimos *que no se acate la decisión*, porque cuando uno se encuentra frente a un acto que viola la Constitución uno aplica la Constitución y no aplica el acto. Incluso la Constitución expresamente se lo ordena a los jueces, que cuando hay incompatibilidad entre la Constitución y una Ley ellos aplican la Constitución y no la Ley. Si eso ocurre con una Ley uno se puede imaginar lo que ocurre con una sentencia, porque al fin y al cabo la Ley está por encima de la sentencia.” V. en *El Universal*, Caracas 24-03-2007, p. 1-1.

del Acuerdo según informaron los medios de comunicación, tenía el siguiente texto:

PRIMERO: Considerar nulo el numeral 2, del dispositivo de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 01-2862, de fecha 27 de febrero de 2007 y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 38.635 de fecha 01 de marzo de 2007, así como la motivación con que sustentó y, en consecuencia, sin ningún efecto jurídico.

SEGUNDO: Exhortar al pueblo venezolano y en especial a los contribuyentes, así como al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat) a no aplicar el numeral 2 de la parte dispositiva del referido fallo. Por considerarlo acto violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

TERCERO: conformar una comisión a los efectos de investigar y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar⁴¹⁷.

El Acuerdo de la Asamblea Nacional, además de declarar inconstitucional a la sentencia de la Sala Constitucional, dispuso la conformación de una Comisión parlamentaria que se debía encargar de investigar una serie de denuncias que presentaron los diputados de la Asamblea sobre presuntas irregularidades en dicha Sala Constitucional. En el debate de la Asamblea, además, según informó en la prensa, se exhortaba al Poder Moral para que realizara las averiguaciones correspondientes, a fin de “determinar las responsabilidades de los magistrados y estudiar la destitución de éstos”⁴¹⁸.

Entre las motivaciones del Acuerdo, estuvo la consideración de la competencia de la Asamblea para legislar, así como para supuestamente “ejercer la contraloría política y ética” sobre el Tribunal Supremo de Justicia; afirmando sobre la sentencia dictada por la Sala Constitucional que la misma:

417 V. en *Globovisión*, 22-03-2006.

418 Posteriormente, el mismo diputado Roberto Hernández, Presidente de la Comisión parlamentaria designada para investigar las implicaciones de la usurpación de funciones por parte del Tribunal Supremo afirmó que dicha Comisión tenía por objeto: “Determinar las responsabilidades de todo tipo que pueda haber. El informe se pasa al Poder Moral que es el que califica el hecho, de grave o no. Si lo califica como grave lo regresa a la AN y la AN decide la destitución o no (de magistrados). El martes nos instalaremos para la primera sesión”. V. en *El Universal*, Caracas 24-03-2007, p. 1-1.

[...] “excede las funciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia e invade competencias privativas de la Asamblea Nacional, cuando al interpretar el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, modifica sustancialmente el contenido del mismo, sus alcances y consecuencias jurídicas, aun cuando la nulidad del referido artículo no había sido denunciada y, declarándolo así expresamente en el numeral 2 de la decisión”.

En cuanto al debate en la Asamblea, tal como se reseñó en la prensa, se destacaron los planteamientos del diputado Hernández, segundo vicepresidente de la Asamblea, en el sentido de que “la modificación de leyes es facultad exclusiva del Parlamento, y no de ningún tribunal de la República, ni de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo”. Destacó que conforme a la Constitución “es la Asamblea Nacional la facultada para elaborar y sancionar leyes”, por lo que “no puede la Sala Constitucional modificar todo un artículo de nuestra legislación ordinaria”, denunciando que el Tribunal Supremo había sustituido “completamente el artículo 31 de la referida Ley por otro distinto”. Agregó además, el diputado, que la referida modificación conllevaba “perjuicios económicos para el Fisco Nacional”, pues implicaba que dejaría de percibir tributos importantes.

Otro diputado, quien era a la sazón profesor de derecho administrativo de una de las Universidades de Caracas, (Carlos Escarrá), rechazó la sentencia y la calificó como “profundamente injusta e inconstitucional”, mediante la cual la Sala Constitucional abusó de su poder como juez constitucional, diciendo:

“El problema no es la potestad normativa ni si decidió más allá. El problema es qué decidió. Es el abuso de todo esto (...) Ellos han cambiando todo un conjunto de leyes, no de ahora, tienen 7 años en eso. Esos han sido los mismos magistrados que han creado un conjunto de tribus en el ámbito laboral, en el de menores y adolescentes y en el ámbito penal para favorecer determinados intereses”.

El diputado-profesor anunció en el debate que exhortarían a la Sala Constitucional “a revocar esa sentencia por contrario imperio”, pues de lo contrario el Poder Legislativo volvería a insertar el artículo 31 en la Ley de Impuesto sobre la Renta.

Sin embargo, no es la primera vez que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha reformado leyes⁴¹⁹. Lo ha hecho en años recientes cuando reformó globalmente la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 para regular un nuevo procedimiento judicial⁴²⁰ y establecer nuevas normas en materia de competencias de los tribunales en la materia⁴²¹; y lo hizo cuando re-

419 Contrariamente a lo afirmado por el Diputado Roberto Hernández, Presidente de la Comisión parlamentaria designada para investigar las implicaciones de la usurpación de funciones por parte del Tribunal Supremo, cuando afirmó que la Sala Constitucional “es la única vez que se ha hecho una modificación en los últimos 8 años. La facultad de legislar es privativa del Poder Legislativo y en este caso concreto la Sala Constitucional ha reformado un artículo de la Ley de ISLR. Ellos no están facultados para eso. ... Cuando el TSJ anula el artículo de una Ley por considerarlo inconstitucional está dentro de sus facultades, lo nuevo aquí es que hicieron algo que no estaba dentro de sus facultades que fue reformar un artículo. ... El cuestionamiento es que el TSJ está usurpando facultades que no le corresponden. ... Aquí decimos que la sentencia no es facultad de la Sala Constitucional, es facultad exclusiva nuestra. Los tribunales no pueden reformar artículos en la Ley y lo han hecho, cambiaron los términos esenciales.” V. en *El Universal*, Caracas 24-03-2007, p. 1-1

420 V. sentencia n° 7 de 1° de febrero de 2000 (Caso: *José A. Mejía y otros*), en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 349 ss. Sobre esto V., Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, “El procedimiento de Amparo Constitucional, según la sentencia n° 7 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 01 de febrero de 2000. Caso *José Amando Mejía Betancourt y José Sánchez Villavicencio*, en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, n° 8, Caracas, 2003, pp. 139 a 176; María Elena Toro Dupouy, “El procedimiento de amparo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Años 2000-2002)”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 6, enero-diciembre-2002, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 241 a 256; María Elena Toro Dupouy, “El amparo contra decisiones judiciales en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El Amparo sobrevenido”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 7, enero-junio 2003, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 207 a 222. V. sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas”, trabajo elaborado para el *Libro Homenaje al Profesor Héctor Fix- Zamudio*, UNAM México, 2007 (en prensa)

421 V. sentencia n° 1 de 20 de enero de 2000 dictada con motivo de decidir la admisibilidad de una acción de amparo (Caso: *Emery Mata Millán vs. Ministro del Interior y Justicia y otros*), en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000. Posteriormente, la misma Sala Constitucional fue dictando nuevas “normas” reguladoras de la competencia judicial en materia de amparo, en la n° 1555 de 8 de diciembre de 2000 (Caso: *Yoslena Chamchamire B. vs. Instituto Universitario Politécnico Santiago Mariño*), en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 304 y ss.; y en la sentencia n° 26 de 25 de enero de 2001 (Caso: *José C.C. y otros vs. Comisión Legislativa Transitoria, Estado Portuguesa*), en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001. Sobre esto véase en general, Antonio Canova González, “La Sala Constitucional y su competencia en los procesos de amparo”, en *Estudios de Derecho*

formó las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 para establecer nuevas normas en materia de procedimiento en los juicios de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y en los juicios contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos⁴²²; sin embargo, es la primera vez que el legislador de verdad, la Asamblea Nacional, reacciona, y de qué manera, denunciando la usurpación de la función legislativa por parte de la Sala Constitucional, pues ahora se trata de una sentencia mediante la cual la Sala Constitucional “reformó” el texto de un artículo de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999, es decir, asumió *de oficio* la función legislativa positiva, sin ningún pudor.

En la sentencia, además, a los efectos de decidir, la Sala trató como puntos previos a su decisión de legislar, otros dos aspectos relativos al control de la constitucionalidad de las leyes que deben destacarse previamente, por el interés que tienen en materia de justicia constitucional, sobre la legitimación activa en la acción popular de inconstitucionalidad y sobre la posibilidad de impugnación por inconstitucionalidad y de la declaratoria de nulidad de leyes ya derogadas.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Durante el juicio de nulidad que se siguió ante la sala Constitucional con motivo de la acción popular ejercida, los representantes de la Asamblea Nacional opusieron la falta de legitimación de los recurrentes para intentar la demanda de nulidad por inconstitucionalidad

Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 157-176; Luis Martínez Hernández, “Nuevo régimen de acción de amparo con motivo de sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 209-265; Rafael Badell Madrid, “El amparo constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, n° 4, Caracas, 2002, pp. 87 a 129.

422 V. por ejemplo, la sentencia n° 1645 del 19 de agosto de 2004 (Caso: *Gregorio Pérez Vargas, Impugnación de la Constitución Federal del Estado Falcón*), en *Revista de Derecho Público*, n° 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 254 y ss. V. Alejandra Figueiras Robisco, “La nueva jurisprudencia sobre las competencias judiciales y el procedimiento en el orden contencioso administrativo. Estado (provisionalísimo) de la cuestión”, en *Revista de Derecho Público*, n° 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 11-24.

de la Ley de impuesto sobre la Renta, argumento que desechó la Sala al considerar que conforme “al noveno aparte del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia” de 2004, la acción popular puede interponerse en Venezuela por “toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses”; norma que recoge lo que disponía el artículo 112 de la derogada la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976.

Conforme a estas normas, la Sala consideró el tema de la legitimación activa en materia de control de constitucionalidad de las leyes⁴²³ como uno de “los criterios jurisprudenciales más consolidados en el marco del derecho procesal constitucional”, en el sentido de que el interés para ejercer la acción popular en Venezuela no es un interés calificado, sino que, conforme lo decidió la Sala en sentencia n° 497/2003 (Caso *Ramón Alfredo Aguilar y otros*):

Para el ejercicio de dicha vía de impugnación, no obstante que el referido artículo 112 exige que el o los recurrentes hayan sido afectados en sus derechos o intereses por el acto impugnado, la jurisprudencia constitucional de la antigua Corte Suprema de Justicia, al igual que la de este Tribunal Supremo de Justicia, ha indicado que basta ostentar un interés simple, que es el que tiene toda persona, natural o jurídica, que habite o resida en el territorio de la República en “la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía” (ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 30 de junio de 1982, Gaceta Forense, n° 116, Vol. I, pp. 5 a 7); de allí que cualquier persona del pueblo (*actio popularis*), estando debidamente asistida para ello, está legitimada para interponer el recurso de nulidad contra cualquier acto de ejecución dire-

423 V. sobre el tema Allan R. Brewer-Carías, “La legitimación activa ante la Justicia Constitucional en Venezuela» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ponencias venezolanas para el XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado, (Brisbane-Australia)*, n° 139, Año LXIV, Enero-Junio 2002, Caracas 2002, pp. 229-276; “Standing to raise constitutional issues in Venezuela” en Richard S. Kay (Ed), *Standing to raise constitutional issues: comparative perspectives, XVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Académie Internationale de Droit Comparé, Brisbane 2002*, Bruylant, Bruxelles 2005, pp. 67-92; “La qualité pour agir devant la juridiction constitutionnelle du Venezuela”, en *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Paris 2004, pp. 763-780; «Principios sobre la legitimación requerida para activar la justicia constitucional en Venezuela», en *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. Rodolfo Piza E.* (diciembre 2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sala Constitucional República de Costa Rica, Instituto de Derecho Constitucional Costarricense, San José, Costa Rica, s/f., pp. 67-137.

cta e inmediata de la Constitución que, a su juicio, sea contraria al sentido, propósito y razón de una o varias disposiciones del Texto Fundamental.

No obstante la amplitud de la doctrina de la popularidad de la acción, debe advertirse que la Sala ha venido estableciendo “que no se trata de que en estas demandas no se exija siquiera un mínimo interés”, tal y como lo sostuvo en sentencia n° 2167/2004 (Caso *Cámara Venezolana de Laboratorios y otros*), en la cual “con ánimo de dar una mayor precisión al alcance de tales exigencias de interés procesal”, señaló que:

“En lo referido a la legitimación, esta Sala ha declarado en otras ocasiones (por ejemplo, fallo núm. 37 del 27 de enero de 2004; caso *Flora Higuera* y núm. 1448 del 3 de junio de 2003) que en realidad nuestra legislación procesal no prevé una acción popular, en el sentido de estar reconocida a todos, pero sí una muy similar, debido a que difícilmente faltará entre la población el simple interés que la ley exige para demandar. Por ello, la Sala ha preferido llamarla acción cuasi popular.

En una acción de esa naturaleza cuasi popular prácticamente pierde sentido la referencia al interés propio del accionante. Bastará exponer la razón para impugnar la norma para que el tribunal -esta Sala, de ser un acto de rango legal- entre a analizar la procedencia del recurso. La admisión, de darse, se producirá normalmente a causa de la evidencia de que el demandante carece del más mínimo interés, toda vez que las acciones judiciales deben tener una justificación que no sea la meramente teórica. Por tanto, no es al actor a quien en realidad toca demostrar su interés, el cual puede fácilmente presumirse; corresponde desvirtuarlo a quien se opone a la demanda, o al juez, si es que lo verificase de oficio.

De esta manera, la amplitud de la legitimación reconocida en la legislación venezolana -para el caso de la impugnación de actos normativos- hace que se presuma el interés del actor, a menos que de los autos se desprenda su carencia, caso en que el juez debe rechazarla.

Esa amplísima legitimación obedece a la necesidad -no aceptada por otros sistemas jurídicos- de que toda persona que pudiera ser sujeto de la aplicación -incluso indirecta- de una norma, tenga capacidad para debatir en juicio su validez. La acción de nulidad, por ello, tiene entre nosotros un carácter de abstracción: no se requiere un caso concreto, sino apenas la posibilidad -ni siquiera probabilidad- de su existencia”.

En todo caso, a pesar de esta doctrina –de la cual rechazamos la utilización simplista del calificativo *quasi*, generalmente utilizado cuando no se sabe que es lo que se está diciendo–, la representación de la Asamblea Nacional la cuestionó, sugiriendo que la anotada posición jurisprudencial “ha alterado el contenido de la norma, fijando una interpretación *contra legem*”, pero sin mayores argumentos. Frente a ello, la Sala Constitucional se limitó a señalar que la demanda de nulidad dirigida contra una Ley “requiere de una manifestación de interés, pero que –dada la naturaleza general de tales actos– éste no amerita ser calificado, al punto que puede presumirse auténticamente su existencia”, afirmación con la cual según la Sala, se completa el contenido de la norma “desde una perspectiva cónsona con un Estado de Derecho y de Justicia” que “apuntala el derecho de acción como mecanismo de control ciudadano de las potestades normativas de los Poderes Públicos”. Con base en estos argumentos, la Sala consideró que los recurrentes tenían la legitimación activa requerida para accionar.

III. LA CUESTIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS LEYES DEROGADAS Y LA DECISIÓN SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

La segunda cuestión procesal que se planteó en el juicio fue sobre la carencia de objeto y la consecuente pérdida de interés procesal de los recurrentes, derivadas de la derogación de las normas impugnadas. En efecto, el Decreto Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999 cuyas normas habían sido impugnadas con la acción popular intentada había sido reformado por otro Decreto ley n° 1.544 de 2001⁴²⁴. Luego, algo más de un mes después, la Asamblea Nacional dictó la Ley n° 70, de reforma parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta.⁴²⁵ Posteriormente otra reforma fue sancionada por la Asamblea Nacional⁴²⁶ y fue ese último texto normativo el que se encontraba en vigencia al dictarse la sentencia-reforma de la Sala.

El tema de la impugnación de leyes derogadas mediante el recurso de inconstitucionalidad tiene gran importancia, particularmente en

424 Publicado en *Gaceta Oficial* n° 5.557 Extraordinario, de 13-11-2001.

425 *Gaceta Oficial* n° 5.566 Extraordinario, de 28-12-2001.

426 *Gaceta Oficial* n° 38.529 de 25-09-2006.

relación con el tema de los efectos de las sentencias anulatorias de la Jurisdicción Constitucional, de manera que si estas solo tienen efectos *ex nunc, pro futuro*, como es la regla, la tesis tradicional es que las leyes ya derogadas, que cesaron de producir efectos, no pueden ser objeto de impugnación.⁴²⁷ En estos casos, en principio el juez constitucional no tendría que pronunciarse sobre un texto legal derogado, porque habiendo desaparecido del ordenamiento jurídico, la decisión judicial carecería de objeto y sería innecesaria. Sin embargo, este inquestionable principio puede tener excepciones, precisamente en los casos en los cuales las leyes derogadas en alguna forma continúan produciendo algún efecto.

En esta materia, la Sala Constitucional, ha establecido en sentencia n° 1982/2003 (Caso *Daniel Buvat*), que el interés en declarar la inconstitucionalidad de un texto derogado persiste en dos casos excepcionales, y por tanto, de interpretación restrictiva: primero, cuando la norma impugnada se la ha trasladado a un nuevo texto, que sí está vigente; y segundo, aun sin ese traslado, cuando la disposición recurrida mantiene sus efectos en el tiempo. Particularmente en relación con este segundo supuesto, la Sala en la misma sentencia señaló que por supuesto, “no es cualquier efecto jurídico el que justifica la resolución de las demandas dirigidas contra leyes que perdieron su vigencia durante el juicio”, sino que dichos “efectos deben tener relación con el propio demandante, que es quien debe tener interés en la declaratoria”, por lo que en este caso, el simple interés de la acción popular “no es suficiente para obtener sentencia de fondo en los casos en que el objeto del recurso ha fenecido”.

Este criterio fue sostenido por la Sala Constitucional en casos análogos que también se citan en la sentencia n° 301 que comentamos, en los que la Ley impugnada había desaparecido del ordenamiento jurídico, desde su sentencia del 8 de junio de 2000, posteriormente ratificado en sentencias n° 1.396/2000 del 21 de noviembre y 2.256/2001 del 11 de noviembre, entre otras, fijando el criterio de que si bien “la abstracción en el control concentrado de constitucionalidad es una característica del sistema [que se] corresponde a la concepción vene-

427 V. sobre el tema Allan R. Brewer-Carías, “La decisión en materia de control de constitucionalidad en el derecho venezolano”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 66 (Ponencias Venezolanas al XII Congreso Internacional de Derecho Comparado), Universidad Central de Venezuela, Caracas 1987, pp. 135-170.

zolana del recurso por inconstitucionalidad de leyes”, ello, sin embargo:

[...] “sólo es predicable respecto de los casos en que la norma esté vigente, toda vez que la generalidad y abstracción de las normas hacen que cualquier otra persona pueda en un futuro estar sometida a ella. En cambio, si la disposición ya no existe, de nada valen pronunciamientos que no guarden relación directa con el demandante, lo cual es un aspecto que debe analizar la Sala en cada caso concreto”.

En el caso concreto, y en contra de los argumentos de los representantes de la Asamblea Nacional y del Procurador General de la República, los recurrentes sostuvieron que su interés en el juicio persistía a pesar de las reformas sucesivas de las normas de la Ley de Impuesto sobre la Renta, puesto que las normas impugnadas no habían sido modificadas en tales reformas y, por tanto, las denuncias de inconstitucionalidad efectuadas contra el primer Decreto ley persistían.

La Sala Constitucional, para resolver la controversia, precisó que la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto ley n° 307 de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, se basó en la denuncia de que el Ejecutivo Nacional no habría acatado, al dictar el decreto ley, los límites que le había impuesto el Congreso al dictar la Ley habilitante o de delegación legislativa (artículo 203 de la Constitución) “para legislar en materia de impuesto sobre la renta; usurpando las atribuciones propias del Poder Legislativo y, con ello, violando el principio de legalidad tributaria”. Es decir, precisó la Sala que el juicio de nulidad no tenía:

[...] “por finalidad determinar la correspondencia constitucional de un gravamen a los dividendos (Impuesto a las Ganancias de Capital), sino -ateniéndose estrictamente a lo alegado por la actora- a la forma en que éstos fueron regulados por el Presidente de la República, presuntamente, excediendo los límites derivados de la correspondiente ley autorizatoria”.

De ello, concluyó la Sala Constitucional, que:

“Con tal premisa como base, y en contra de lo señalado por la actora, la circunstancia de que las normas impugnadas hayan permanecido en el decreto-legislativo que le sucedió, resta relevancia a un pronuncia-

miento de fondo en este juicio, atendiendo a las denuncias acá formuladas, puesto que ese nuevo acto normativo dictado por el Ejecutivo, tuvo como *causa* una habilitación del Legislativo distinta de la que sirvió de base al primero y cuyos términos no son objeto del presente debate. Por tanto, al último de tales decretos no pueden trasladársele las denuncias efectuadas en contra del primero, menos aún después de que la Asamblea Nacional como cuerpo legislador dictó diversas reformas a ese texto normativo. Así las cosas, para los efectos de este proceso, ni siquiera si las normas impugnadas hubiesen sido reproducidas en las leyes que le siguieron, podría esta Sala entrar a analizar el contenido de las mismas (*vid.*, en este sentido, SC n° 2495/2006, Caso: *Estado Carabobo*), a menos que le fueran aplicables a las normas reproducidas los argumentos que fundaban originalmente la demanda de nulidad, lo que no es el caso de autos”.

Con base en lo anterior, era evidente que, como lo dijo la Sala, “la afirmación de la parte accionante según la cual, como las normas acá impugnadas no sufrieron modificación alguna (al menos en el Decreto-Ley de 2001) tuvieron su origen en el Decreto de 1999, lo que justificaría su análisis en esta oportunidad, *debe ser desechada*”.

Pero sin embargo, ello no ocurrió así, y la Sala *de oficio*, consideró que era necesario verificar “si las normas impugnadas preservan sus efectos de modo que amerite un pronunciamiento de fondo de la Sala”. Recuérdese, sin embargo, que la propia Sala reconoció que no se le había requerido en el libelo de la acción popular pronunciamiento alguno de fondo sobre el tema tributario, pues las denuncias de inconstitucionalidad formuladas se referían a vicios de forma en la emisión del decreto ley sin sujetarse a los límites de la ley habilitante. Y fue por ello por lo que la Sala concluyó señalando que:

[...] “más allá de las denuncias abstractas planteadas por la parte actora, no surge de sus afirmaciones que de preservar sus efectos, los fundamentos de la nulidad pudieran ser aplicables en la actualidad, por lo que si bien -como antes se analizó- ella detentó inicialmente suficiente legitimación para intentar la demanda de autos, de forma sobrevenida perdió interés en el presente proceso, por las razones que se han expuesto y, en tal virtud, debe declararse inadmisibles la acción que dio lugar a esta causa. Así se decide”.

Es decir, la Sala **declaró inadmisibles la acción popular**, diciendo además que nada tenía que “decir respecto del resto de las denuncias

planteadas". Con la inadmisibilidad de la acción, concluía el juicio, sin embargo, ello tampoco fue así, y la Sala entonces pasó a legislar, de oficio, sobre materias que ni siquiera habían sido objeto de debate procesal, cuidándose de que los propios órganos del Estado con interés en el tema, como el SENIAT y la Asamblea Nacional conocieran de sus intenciones legislativas.

IV. LA SALA CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO DE OFICIO EN MATERIA TRIBUTARIA

En efecto, no obstante el pronunciamiento de declarar inadmisibile la acción intentada, la Sala Constitucional invocó el texto del artículo 5, segundo aparte, **in fine** de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, argumentando que "en las causas relativas al control concentrado de la constitucionalidad no priva el principio dispositivo, por tratarse de un asunto de orden público, dada la enorme relevancia y el intenso grado de afectación colectiva que caracteriza a los actos normativos", concluyendo que:

"Conforme a ello, este máximo exponente de la Jurisdicción Constitucional está autorizado para apreciar, de oficio, la violación de la Norma Fundamental, no obstante que la parte impugnante no haya advertido tales infracciones, o su técnica recursiva haya sido deficiente".

El artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo citado por la Sala, en realidad, dispone que:

"5. P3. De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, **la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público.** Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda".

De esta norma resulta indubitable que lo que se permite a la Sala es poder *suplir de oficio las deficiencias del recurrente sobre las disposiciones denunciadas*, pero de ello la Sala dedujo impropriamente sus supuestos poderes, no sólo *para conocer de oficio* de un juicio de interpretación abstracta de la Ley sin que mediara un juicio de nulidad⁴²⁸, ya que el juicio de inconstitucionalidad que se había intentado había sido declarado inadmisibile; sino, además, para *establecer de oficio nuevos argumentos respecto de normas distintas* a las que habían sido originalmente impugnadas, interpretarlas y modificarla como si fuera el Legislador. Y todo ello **de oficio**, es decir, a iniciativa propia. Como se ha dicho, los artículos que fueron denunciados como inconstitucionales en la acción popular fueron los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 de la ley, y el artículo que la Sala reformó en su sentencia fue el artículo 31 de la misma Ley, que ni siquiera se había mencionado en el debate procesal.

Para justificar este desprecio absoluto al principio dispositivo, a la separación de poderes y a las previsiones constitucionales sobre ejercicio de la función de legislar, la Sala se basó en las siguientes consideraciones:

“Por otra parte, siendo la Sala Constitucional el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, y máximo y último intérprete de la Constitución, correspondiéndole velar por su uniforme interpretación y aplicación, tal como lo dispone el artículo 335 constitucional, la Sala tiene el deber de interpretar el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, y por ello, *si bien puede declarar inadmisibile una demanda de nulidad, como en el caso de autos, la Sala puede, para cumplir su función tuitiva y garantista de la Constitución, y con miras a evitar interpretaciones erradas, analizar de oficio la norma legal cuya nulidad ha sido solicitada, a fin de señalarle una lectura que la haga congruente con los principios constitucionales*, evitando así una errada interpretación por las otras Salas o los otros Tribunales de la República.

Se trata de una facultad de la Sala, derivada de la función que le asigna el artículo 335 constitucional, y del segundo aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le permite a la

428 V. el cuestionamiento sobre esos poderes de oficio V., Allan R. Brewer-Carías, “Régimen y alcance de la actuación de oficio en materia de Justicia Constitucional en Venezuela”, en la Revista *Iurídica*. Universidad Arturo Michelena, Centro de Investigaciones Jurídicas Dr. Aníbal Rueda, n° 4, San Diego, 2006, pp. 13-39

Sala no sólo suplir de oficio deficiencias o técnicas del recurrente, sino que al considerar que la nulidad de normas es de orden público, autoriza al Juez -como principio general del derecho- a proceder de oficio en resguardo del orden público (artículo 11 del Código de Procedimiento Civil) y dictar cualquier providencia legal.

De allí, que a juicio de la Sala, cuando no procede la nulidad de una norma por inconstitucional, la Sala puede no limitarse a declarar sin lugar la demanda, sino que al declarar la validez de la norma, puede señalar la interpretación obligatoria que la adapta a la Constitución, tal como lo ha señalado entre otros, en sentencia n° 2573 del 16 de octubre de 2002.

Esta potestad de la Sala, que emerge de su función constitucional, y que en otras oportunidades ha efectuado no decae porque se declare inadmisibles la acción del particular y no sin lugar la solicitud, ya que por protección al orden público, la acción queda viva, impulsada de oficio, máxime cuando lo que la Sala va a efectuar es una interpretación en beneficio de la constitucionalidad de una norma, y por ello la Sala deja viva a la acción y entra a analizar las normas cuestionadas”.

Y con fundamento en estas potestades que la Sala se auto atribuyó, pasó entonces a revisar las bases constitucionales que regulan el sistema tributario venezolano, “con el fin de que -sobre ese marco- sea revisada la ley objeto del presente examen”, por supuesto, en su conjunto y en los artículos que quiso la Sala o alguno de sus magistrados, sin relación alguna con los artículos de la Ley que habían sido denunciados como inconstitucionales, e independientemente del debate procesal realizado en el juicio que concluía por inadmisibilidad de la acción.

Revisó así la Sala, en su sentencia, conforme a su propio criterio y sin que nadie se lo hubiera requerido, las escuetas normas de los artículos 133, 316 y 317 de la Constitución que regulan el sistema tributario⁴²⁹, y de las cuales la Sala extrajo:

[...] “los caracteres esenciales de los tributos que, íntimamente vinculados entre sí, sirven de base para materializar la exigencia axiológica de la justicia tributaria: *generalidad* (todos deben soportar las cargas tri-

429 Sobre esas normas véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp.52 y ss.

butarias), *igualdad* (al momento de contribuir, se proscribe la discriminación) y *capacidad contributiva* (que actúa como gozne entre la generalidad y la igualdad, como herramienta de medición concreta de la aptitud económica -absoluta o relativa- del contribuyente). En síntesis, todos deben pagar tributos, conforme su capacidad”.

Pasó luego la Sala a analizar la “compleja noción de capacidad contributiva”, que encuentra su límite en la prohibición de la confiscación, enlazada directamente con la exigencia de progresividad del sistema tributario, considerando que “el conjunto de instrumentos de política tributaria debe gravar en menor proporción a los contribuyentes de menores recursos. El sistema será regresivo si, por el contrario, los ciudadanos con menor dotación soportan el mayor peso de las cargas que el Estado impone por la vía impositiva”.

La Sala pasó de seguidas a referirse, en particular, a la importancia del Impuesto sobre la Renta, para lo cual consideró “basta anunciar la progresividad que informa este gravamen a la renta, como más acabada expresión de la capacidad contributiva y, por ello, al menos en teoría, eficiente instrumento de política tributaria y de redistribución de la riqueza”, deduciendo las siguientes notas características de este impuesto:”

“[...] (i) *Es impuesto directo*: ya que grava una manifestación inmediata de capacidad contributiva, como es la renta.

(ii) *Es un impuesto de carácter personal*: está referido a la situación de un sujeto concreto y determinado.

(iii) *Es un impuesto subjetivo*: pues atiende las circunstancias personales del obligado. De tal carácter, se siguen, aunque a ellas no están limitadas, un conjunto de aminoraciones de la base imponible y de la cuota tributaria.

(iv) *Es un impuesto de carácter progresivo*: grava escalonadamente los distintos niveles de renta, sin perjuicio de que a determinadas rentas les resulte aplicable una tarifa proporcional.

(v) *Es un impuesto periódico*: se calcula sobre una base temporal concreta o ejercicio económico señalado por la ley que, generalmente, coincide con el año civil”.

Partiendo de estos principios pasó entonces la Sala en su sentencia a “estudiar la presencia de los señalados caracteres, particularmente, en el gravamen que se efectúa a las personas naturales, con

ocasión de los enriquecimientos obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia". Destacó cómo conforme el artículo 7, literal a) de la Ley de Impuesto sobre la Renta, las personas naturales son sujetos de aplicación de la misma, para lo cual deben pagar impuestos sobre sus enriquecimientos netos (artículo 8). A los efectos de determinarlos, el artículo 16 se refiere a los ingresos brutos constituidos, entre otros, por "los proventos producidos por el trabajo bajo relación de dependencia"; y sobre este tema en particular, es decir, "el caso de los ingresos percibidos con ocasión de la relación de trabajo", la Sala Constitucional entonces, por primera vez en su sentencia, hizo referencia al artículo 31 de la Ley que define como enriquecimiento neto "los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia". A juicio de la Sala, "la consideración de tales ingresos como enriquecimiento neto, impide entonces que sobre ese monto se sustraiga costo o deducción alguna".

Luego analizó la Sala el tema de las sustracciones de desgravámenes autorizados por el artículo 59 y en el artículo 60 (sobre desgravamen único) de la Ley para la determinación del ingreso gravable, indicando que "La operación matemática derivada de tales parámetros, ya sea sustrayendo de los enriquecimientos netos así estimados los desgravámenes particulares, o en su lugar, el denominado *desgravamen único*; da lugar a la determinación de la base imponible de este tributo".

De acuerdo con el hilo de la sentencia, la Sala, en este punto, destacó la noción de base imponible que reviste una naturaleza trascendental para constatar la adecuación del tributo a los principios constitucionales que gobiernan la institución, indicando que "en el caso de las personas naturales cuya fuente de ingresos proviene de una relación laboral, la legislación impositiva tomó una amplísima base: "los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia", noción que la Sala consideró "que guarda correspondencia con lo que la doctrina del derecho laboral define como *salario integral*, a partir de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual se "entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja,

cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda”.

El tema central de este análisis fue la consideración que hizo la Sala en el sentido de que “frente a la extensa estimación de los enriquecimientos netos de los trabajadores, contrasta la mínima posibilidad a ellos dada para disminuir razonablemente la base sobre la cual habrán de tributar”, considerando respecto de los desgravameles, que contienen “escasos conceptos que les resultan aplicables para lograr tal reducción; lo que prácticamente conduce a la utilización de la figura del desgravamen único, no como una opción, sino como la única alternativa legítima.”

Y así concluyó la Sala su tesis, encontrando, sin que nadie se lo hubiera pedido, que “la instrumentación del impuesto sobre la renta que pecha a los asalariados, *desdibuja los principales rasgos de este instrumento impositivo, gravando tan extensa base imponible que, en vez de consultar la razonable manifestación de riqueza derivada de la renta, pesa en mayor medida sobre sus ingresos*”; concluyendo con que:

“El impuesto sobre la renta a los asalariados, entonces, se aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, sobre todo si se toma en cuenta que aquella fuente de enriquecimiento se encuentra también incidida por una serie de contribuciones parafiscales (Seguro Social, Política Habitacional, INCE). Además, quizás con un impacto mayor, en cuanto consumidor final, el trabajador se ve obligado a soportar el traslado del gravamen al consumo (IVA), que acaso consulta su capacidad contributiva en forma mediata. Estas afirmaciones, ponen en evidencia una elevada presión fiscal claramente regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados.

Ello no sólo se aparta de la potestad tributaria que acuerda al Poder Nacional el artículo 156.13 de la Constitución, sino que lesiona la protección especial que a este estrato social confiere el artículo 83 del Texto Fundamental, en la medida produce una merma en el valor del salario como instrumento de dignificación de la calidad de vida de la clase trabajadora”.

Pero, la Sala Constitucional, después del anterior análisis y conclusión, reconoció que “La contrariedad absoluta al texto fundamental, sin embargo, no resulta apreciable de manera franca en las normas objeto del presente estudio”, por lo que entonces decidió referirse a su propia doctrina “en relación con el rol atribuido al Juez Constitucional” que estableció en la sentencia n° 952/2003 (Caso: *Margarita Farías*), para pretender fundamentar sus poderes de legislador positivo de oficio y pasar a reformar una ley. En dicha sentencia, la Sala, en efecto, había sentado el siguiente criterio:

“En tal sentido, resulta necesario destacar que en los sistemas Kelsenianos de Justicia Constitucional, del cual esta Sala forma parte, siempre han partido de la premisa de que su ejercicio se asemeja a lo que la doctrina ha denominado “legislador negativo” (KELSEN), debido a que ejerce la función de eliminar del ordenamiento jurídico, normas que sean claramente contrarias al dispositivo constitucional. Sin embargo, y así ha sido su desarrollo en el derecho comparado, esta actividad no se agota con su exclusión, sino que se han suscitado situaciones en que el texto del articulado genere confusiones que si bien pueden tener un halo de inconstitucionalidad, no llega a ser de una evidencia tal, que pueda afirmar la necesidad de su anulación. Esto ha conllevado a que la jurisdicción constitucional vaya más allá de ejercer sus funciones como “legislador negativo”, teniendo que dar una interpretación normativa a los fines de esclarecer, delimitar o delinear el sentido de un determinado artículo con respecto a la Constitución [...].

Estas posiciones han conllevado a que Tribunales Constitucionales tales como el alemán, primeramente, y luego el italiano y el español, tuvieran que desarrollar una modalidad de análisis de leyes para aquellos casos en que se evidencien normas cuya inconstitucionalidad no sea evidente, pero que requieren adaptaciones con el objeto de adecuarlas al orden constitucional vigente. Esto dio por origen la elaboración de sentencias que han recibido el calificativo de interpretativas, por cuanto mediante las mismas lo que se busca lograr es una correcta adecuación del ordenamiento jurídico dictado con anterioridad a la promulgación de una nueva constitución, teoría que se derivó de la circunstancia fáctica de preservar ciertas disposiciones que fueron dictadas con anterioridad a la transición política de regímenes de facto a gobiernos democráticos acaecidos en esos países. Ello conllevó a que en esos casos dichos Tribunales detenten la potestad para revisar si la norma discutida en una solicitud de impugnación se adecua correctamente con los principios de supremacía jerárquica, formal, material, teleológica y axiológica

de la Constitución. Si de dicho estudio se observa que la norma cuestionada origina una duda razonable respecto a su constitucionalidad, entonces en esos casos resultaba permisible que la Instancia Constitucional proceda a revisar los términos bajo los cuales fue consagrada dicha normativa, permitiéndose realizar modificatorias en torno a la proposición, bajo la cual esta se formuló, a los fines de aclarar que los elementos que la conforman se presten a plantear posibles inconstitucionales, para así acomodarla al marco de la Constitución.

Esta modalidad de sentencias constituye un instrumento importante en la preservación del ordenamiento jurídico, toda vez que conlleva a que los jueces constitucionales no sólo eliminen normas contrarias a la Constitución que podrían originar lagunas que necesitan de otra regulación que si sea acorde a la norma primaria, sino que les permite en tanto y en cuanto la norma sea subsanable, interpretarla correctamente o reestructurarla (siendo en este caso una decisión cuyos efectos serán *ex nunc*), siendo en caso de imposible reparación de la norma su consecuente eliminación, toda vez que la interpretación no constituye una suerte de legislación para el juez constitucional [...].

Respecto al ejercicio de la labor interpretativa ejercida por los Tribunales Constitucionales, la doctrina las ha clasificado como “sentencias interpretativas de rechazo” y “sentencias interpretativas de acogida” (BISCARETTI DI RUFFIA), ó “sentencias interpretativas desestimatorias” y “sentencias interpretativas estimatorias” (PEÑA SOLÍS). En primer orden, se ha entendido como decisiones “de rechazo” o “desestimatorias”, cuando el tribunal extrae del análisis de la norma o de la interpretación de la proposición normativa que la misma no es contradictoria a la Constitución, siempre y cuando el precepto normativo sea interpretado conforme al análisis que haya asentado el Juez Constitucional en su motivación. Por su parte, en lo relativo a los fallos interpretativos “estimatorios” o “de acogida”, se ha expuesto que dichos fallos versan sobre aquellas situaciones en las cuales una disposición normativa se presta a múltiples acepciones o análisis que pudiesen ser considerados válidos. Tales supuestos originan que la labor del sentenciador se preste a verificar si cada una de las interpretaciones que conlleva la norma resulta viable respecto al postulado constitucional ante el cual se le cuestiona. Bajo esos supuestos, de verificarse que una o varias de las acepciones derivadas de esa norma resultan inconstituciones, el juez debe entonces suprimir la interpretación que sea errónea y señalar cuál es el verdadero sentido de la misma. Ello conduce a que esta modalidad de decisiones tengan distintas clasificaciones, toda vez que la sentencia puede conllevar a una supresión de la norma (entendida en sentido

intrínseco), o en una adición e inclusive, en una sustitución. En el primer supuesto, la decisión debe acordar que la norma es inconstitucional en aquello “que no dice”, por lo que debe establecer en su motivación el análisis sobre el cual existe el vacío legal. Contrariamente, en aquellas decisiones en que el fallo tenga un carácter supresivo o reductivo, la decisión acuerda la inconstitucionalidad en “aquello que dice la norma”, por lo que restringe el sentido de la misma. Finalmente, en lo concerniente a las sentencias sustitutivas, o las llamadas por un sector de la doctrina como “manipulativas”, el tribunal sustituye una parte del texto, tal como lo indica DI RUFFIA, implica en términos literales la ilegitimidad constitucional y la cambia por otra que esté formulada al mismo nivel de interpretación”.

Esta doctrina, sin embargo, a lo que podría conducir es a la interpretación de una norma tachada de inconstitucionalidad *secundum constitutione*, a los efectos de no eliminarla del ordenamiento jurídico mediante su anulación, y dejarla vigente pero para ser aplicada conforme a una interpretación acorde con el texto fundamental. Pero derivar de esta doctrina la pretendida potestad legislativa genérica de la Sala Constitucional, para modificar incluso *de oficio* normas legales que no han sido impugnadas de inconstitucionalidad, no tiene asidero alguno ni en Venezuela ni en el derecho comparado.

Sin embargo, supuestamente tomando en consideración el criterio jurisprudencial antes esbozado, la Sala consideró que en su **“opinión”** la norma del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores,

[...] “puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (*salario normal*) a que se refiere el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte– sólo en el pago de impuestos”.

El mencionado artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta tal como había sido sancionado por la Asamblea Nacional, tenía el siguiente texto:

“Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta ley.

Fue precisamente en relación con esta norma que la Sala formuló su “opinión” sobre el tema de las remuneraciones que deberían ser gravables respecto de quienes prestan servicios personales bajo relación de dependencia, y esa “opinión” la convirtió en ley, “con el objeto de adecuar el régimen impositivo a la renta aplicable a las personas naturales con ocasión de los ingresos devengados a título salarial, con los presupuestos constitucionales sobre los que se funda el sistema tributario”; supuestamente “ponderando, por una parte, el apego al principio de justicia tributaria y, por la otra, la preservación del principio de eficiencia presente en tales normas, en los términos bajo los cuales han sido definidos a lo largo de este fallo”, a cuyo efecto y con carácter vinculante de acuerdo con el artículo 335 constitucional, la “Sala Constitucional **modifica la preposición del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta**”, la cual entonces quedó con el siguiente nuevo texto o texto reformado:

“Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial” (Subrayados de la nueva redacción).”

En esta forma, la Sala, supuestamente “ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución” *ajustó*, o más bien **reformó** una

disposición de la Ley de Impuesto sobre la Renta para supuestamente ajustarla “a los postulados constitucionales”, considerando además que se adecuaba al texto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, reformando así, la norma, como si fuera el mismo Legislador. Es decir, asumió pura y simplemente la labor de legislador positivo, y de oficio, lo cual es absolutamente inconstitucional.

V. LA ACLARATORIA SOBRE LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA SENTENCIA-REFORMA DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Dictada la sentencia que reformó, con efectos vinculantes y *erga omnes*, el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, los recurrentes originales en el recurso que fue declarado inadmisibile y además, los representantes del Procurador General de la República y los representantes del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), solicitaron diversas aclaratorias a la Sala, particularmente en relación con los efectos temporales de la sentencia reformativa, dado sus efectos *erga omnes*, lo que era importante precisar dado que no se trataba de una sentencia anulatoria de una norma legal, sino de una sentencia “reformativa” de una Ley.

En atención a las solicitudes de aclaratoria, la Sala Constitucional, en sentencia n° 390 de 9 de marzo de 2007⁴³⁰, estableció la aclaratoria solicitada exclusivamente sobre los efectos del fallo en el tiempo. A tal efecto, reconoció que si bien en el caso concreto se había interpuesto una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, la Sala la declaró inadmisible y por tanto, no declaró la nulidad de los artículos impugnados, pasando en cambio, de oficio, a interpretar constitucionalmente el sentido y alcance de la proposición contenida en el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, disponiendo entonces la reforma a la Ley, en forma vinculante.

Tratándose de una reforma de Ley, la Sala estimó que “lógicamente ella no puede ser mas que aplicada una vez que la sentencia que la contiene sea publicada en la *Gaceta Oficial* de la República”, por lo que concluyó señalando que “la interpretación que ha hecho la

430 Expediente n° 01-2862.

Sala, en forma vinculante, del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, tiene efectos *ex nunc*, esto es, a partir de la publicación del fallo que la contiene en la *Gaceta Oficial* de la República, lo cual se hizo en la n° 38.635 del 1 de marzo de 2007”.

Ahora bien, tratándose la materia de una reforma de una ley tributaria como la de impuesto sobre la renta que se rige por períodos fiscales anuales, la Sala “en aras de la certeza jurídica que debe a los justiciables y a la administración fiscal” *aclaró* en su sentencia que la reforma legal efectuada en el fallo n° 301 del 27 de febrero de 2007, “no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación”, siendo sólo aplicable, “a partir del ejercicio fiscal siguiente, de acuerdo a lo establecido en la normativa del Código Orgánico Tributario vigente y la legislación sobre impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada”.

Los solicitantes también requirieron de la Sala aclaratorias a la sentencia inicial referidas a “percepciones accidentales excluidas de la base imponible”, sobre lo cual el representante del SENIAT alegó que la sentencia de la Sala (es decir, la reforma a la Ley), “podría estimular la elusión fiscal en pro del aumento de beneficios que no poseen carácter salarial, tales como: bonos, dietas, pensiones, obvenções y demás privilegios afectando directamente los objetivos sociales de la Revolución Bolivariana”.

Este requerimiento fue desechado por la Sala, argumentando que en la motiva de la sentencia-reforma se había dicho con precisión que a los efectos de calcular el “*enriquecimiento neto de los trabajadores, éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal)*”... “*excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental*”, por lo que “independientemente del nombre que pueda dársele a una determinada remuneración, no puede afirmarse, como lo sostiene los representantes judiciales del SENIAT, que dicha interpretación “*podría estimular la elusión (sic) fiscal*”, aclarando que debería ser “*evasión al pago de los tributos*”, “pues el **quid** para su inclusión o exclusión a los efectos del cálculo de la base imponible obedece a su forma de ocurrir, o de percibirse, sin que pueda existir elusión alguna proveniente del fallo ya que los pagos salariales regulares, no pueden sustituirse con bonos u

otro tipo de remuneración”. Concluyó la Sala en este aspecto resaltando:

[...] “1) que esta decisión se refiere al régimen impositivo de los asalariados, esto es, de quienes perciben un salario por la prestación de un servicio; y 2) que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal”.

Finalmente la Sala defendió su fallo, indicando que el mismo:

[...] “i) no se aleja de los principios constitucionales, menos aun del referido a la igualdad social; ii) no apunta hacia un retroceso en la concepción de salario ni propende a la evasión fiscal; y iii) no lesiona la política económica y tributaria del Estado, pues si se hace una lectura detenida de su motiva, se constata que los principios que inspiran a tal decisión, son eminentemente constitucionales (justa distribución de las cargas públicas, capacidad contributiva, entre otros).”

VI. APRECIACIÓN FINAL

La sentencia n° 301 de 27 de febrero de 2007, (Caso: *Adriana Vigilanza y Carlos A. Vecchio*) que bien podría identificarse como Caso: *Sentencia-reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, es una sentencia más, de carácter inconstitucional emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, viciada de usurpación de funciones, por la asunción de la función legislativa que corresponde a la Asamblea Nacional conforme al procedimiento constitucionalmente prescrito para la formación de las leyes; y, además, viciada de inconstitucionalidad por violación de la garantía del debido proceso que es inviolable en toda actuación judicial.

En efecto, como es bien sabido, corresponde en forma exclusiva a la Asamblea Nacional, legislar en las materias de la competencia nacional (artículo 187,1, Constitución), entre las que está la materia de impuesto sobre la renta (artículo 156,12, Constitución); competencia que, además, sólo puede ejercerse conforme a un procedimiento de formación de las leyes precisamente establecido en los artículos 204 y siguientes de la misma Constitución. Las leyes, entonces, son los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislativo (artículo 202, Constitución) y las mismas sólo pueden ser reformadas

o derogadas por otras leyes (artículo 218, Constitución). Todas esas normas de la Constitución fueron violadas por la Sala Constitucional al “sancionar” una reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, como la contenida en la sentencia n° 301 de 27 de febrero de 2007, antes comentada; y además, al “sancionar” dicha reforma de una ley impositiva, sin que se hubieran cumplido con la obligación constitucional que se le impone al legislador ordinario, la Asamblea Nacional, de realizar siempre una consulta popular y en esta materia impositiva, en especial al SENIAT como órgano del Estado especializado, tal como lo impone el artículo 211 de la Constitución. La asunción de la competencia de legislar por la Sala Constitucional sin cumplir con esta obligación, pone en evidencia un fraude a la Constitución, pues se ha pretendido legislar por otro órgano distinto a la Asamblea Nacional para evadir la obligación constitucional de consulta.

Y es que la sentencia-reforma de la Sala Constitucional es un ejemplo de reforma legislativa secreta, sancionada con sigilo, sin que nadie distinto a los magistrados-legisladores se enteraran del procedimiento y de su intención. Por ello, la sentencia de la Sala Constitucional, además, es violatoria de la garantía constitucional del debido proceso legal establecida en el artículo 49 de la Constitución, y que la propia Sala en múltiples sentencias ha considerado como absoluto e inviolable.

La Sala, en un proceso judicial de un juicio de nulidad de unos artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia exige un debate contradictorio entre partes, como las que participaron en el proceso, es decir, por una parte los accionantes denunciando la inconstitucionalidad de unas normas de la Ley, y por la otra, los representantes de la Asamblea Nacional, de la Procuraduría General de la República y del propio SENIAT; resolvió declarar inadmisibile la acción, y entonces proceder a legislar en la oscuridad del Palacio de Justicia, sólo tenuemente iluminado por el bello vitral que en él se exhibe, sin que nadie se enterara, en sigilo, a espaldas de las partes del proceso, de la colectividad de contribuyentes en general, y de toda otra persona que hubiera podido tener interés y que la Sala estaba obligada a convocar.

Los vicios en los que ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en esta sentencia-reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, constituyen la negación de las bases del Estado democrático de derecho, atentando en forma inexcusable contra la majestad y prestigio de dicho Tribunal y de la Jurisdicción Constitucional que, al contrario, debería ser la garantía última de aquél.

§17. *El juez constitucional sancionando reformas de leyes y la cuestión de los efectos ex nunc de las sentencias anulatorias (“reformatorias”) de leyes**

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, desde 2000 ha venido progresivamente usurpando la función legislativa que la Constitución atribuye a la Asamblea Nacional, y con motivo de ejercer sus poderes de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, no se ha limitado a anular un artículo o la ley en su conjunto, sino que ha procedido a reformar artículos, estableciéndole una nueva redacción. Se trata, por tanto, de una legislación sancionada por el Tribunal Supremo, en evidente usurpación de funciones, que hace la reforma legal ineficaz y nula, de nulidad absoluta, conforme se establece en el Artículo 138 de la Constitución.

I. EL JUEZ CONSTITUCIONAL REFORMANDO LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La última de estas reformas, ha ocurrido en relación con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuyo artículo 90 fue re redactado por la Sala Constitucional mediante sentencia n° 1104 de 23 de mayo de 2006⁴³¹ dictada con motivo de decidir la im-

* Ponencia para el **IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional**, organizado por el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogro-vejo y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Chiclayo, Perú, 27-29 de septiembre de 2007.

431 V. en *Revista de Derecho Público* n° 106, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 116 y ss.

pugnación de su último aparte. Dicha norma disponía que a los efectos de que se pudiera suspender alguna medida cautelar decretada en un juicio a solicitud de la república, en los casos en los que se hubiere presentado caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se pudieran causar por la suspensión, tal caución debía ser aprobada por la representación de la República. Conforme a lo alegado por los impugnantes, la Sala consideró que dicha exigencia era inconstitucional, porque violaba las garantías del debido proceso, y entre ellas, el derecho a ser juzgado por un tribunal que sea competente y además sea imparcial establecidas en el artículo 49 de la Constitución..

La Sala, al decidir, recordó que había sido jurisprudencia reiterada y pacífica del Tribunal Supremo que el derecho a ser juzgado por el juez natural es una garantía constitucional y un elemento para que pueda existir el debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución; lo que había quedado expresado, por ejemplo, en sentencia n° 144 del 20 de marzo de 2000, en la cual se había considerado que los tribunales ordinarios o especiales son los llamados en el ordenamiento venezolano, a ejercer la jurisdicción, es decir, “la potestad atribuida por la ley a un órgano del Estado para dirimir conflictos de relevancia jurídica, con un procedimiento predeterminado, siendo el órgano capaz de producir cosa juzgada susceptible de ejecución”. En dicha sentencia, la Sala concluyó señalando que:

“Los jueces a quienes la ley ha facultado para juzgar a las personas en los asuntos correspondientes a las actividades que legalmente pueden conocer, son los jueces naturales, de quienes se supone conocimientos particulares sobre las materias que juzgan, siendo esta característica, la de la idoneidad del juez, la que exige el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [...]

Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre ella existan pactos válidos de las partes, ni que los Tribunales al resolver conflictos atribuyan a jueces diversos al natural, el conocimiento de una causa. El convenio expreso o tácito de las partes en ese sentido, al igual que la decisión judicial que tras-

toque al juez natural, constituyen infracciones constitucionales de orden público”.

Sentado este principio, la Sala pasó a analizar la naturaleza de las medidas cautelares, las cuales se caracterizan por su provisionalidad, esto es, “porque las mismas se adoptan con el objeto de asegurar temporalmente la situación jurídica de quien la solicita”, de manera que para que sean acordadas “debe acompañarse prueba de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), esto es, del derecho que se reclama, presupuesto éste fundamental que, conjuntamente con el peligro en la mora (*periculum in mora*), el juez debe valorar para la adopción de acuerdo con lo solicitado (artículo 585 del Código de Procedimiento Civil)”.

Ahora bien, el último aparte del artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República cuya nulidad por inconstitucionalidad se solicitó, disponía que para que pudieran suspenderse las medidas cautelares decretadas en un juicio a solicitud de la República, la caución o garantía suficiente que se constituyera para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren por la suspensión, antes de que el juez pudiera decidir, debía ser aprobada por la representación de la República.

Esa provisión, que fue la impugnada, fue considerada por la Sala Constitucional como inconstitucional y violatoria del debido proceso,

[...] “al prever un requisito adicional de aprobación para la caución que no se encuentra establecido en la Ley Adjetiva que regula la materia, y enervando además la facultad del juez que tiene la potestad atribuida por el artículo 253 constitucional para conocer de las causas y asuntos de su competencia conforme a los procedimientos que determine la Ley”.

La Sala, consideró, en efecto, que los jueces son los que poseen el conocimiento particular sobre las materias que juzgan, siendo esa función judicial indelegable; correspondiendo en cambio a la Procuraduría General de la República, conforme al artículo 247 constitucional, asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y ser consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional. Conforme a ello, dedujo la Sala, fue la propia Constitución la que delimitó las

facultades de la Procuraduría General, de cuya norma no se deriva facultad alguna para poder tomar decisiones a nivel judicial, que sólo las dictan los jueces sin que puedan delegar tal función.

La Sala, además, consideró que siendo la Procuraduría General de la República parte en un proceso judicial, “no podría obrar con imparcialidad y transparencia si debe aprobar las cauciones sustitutivas de las medidas cautelares decretadas”, función ésta que es potestad del juez natural que debe decidir sobre ella. Conforme a este razonamiento, la Sala concluyó declarando con lugar el recurso de nulidad que se había intentado contra el último aparte del artículo 90 de la Ley Orgánica por considerar constituía una clara usurpación de funciones que son propias de la esfera judicial, lo cual:

[...] “lejos de constituir un privilegio procesal a favor del Estado, es – sin lugar a dudas– el condicionamiento del derecho en manos de una de las partes del proceso, lo cual se traduce en un error que no tiene asidero jurídico, que viola además del artículo 49, los artículos 138 y 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

La declaración de nulidad de la mencionada disposición, por supuesto, significó la eliminación de la exigencia legal de la aprobación previa por parte de la Procuraduría General de la República para que los jueces pudieran suspender las medidas cautelares que habían sido decretadas a su solicitud; y nada más. Sin embargo, la Sala, sustituyéndose a Legislador, pasó a “reformular el artículo, agregando en su sentencia lo siguiente:

“Dada la anterior declaración, la norma impugnada que preveía en su único aparte: **“Esta caución deber ser aprobada por la representación de la República”**, queda redactada en los siguientes términos:

“Artículo 90. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que quede ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados.

*Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren. **Esta caución deber ser aprobada por el juez de la causa**”.* (Resaltado de este fallo).

La potestad judicial para resolver las peticiones de las partes está establecida en la Constitución y en las leyes adjetivas, particularmente el Código de Procedimiento Civil, por lo que la reforma legal introducida por la Sala, era innecesaria al sustituir la frase "*Esta caución deber ser aprobada por la representación de la República*", por la frase *Esta caución deber ser aprobada por el juez de la causa*", lo que resulta del dispositivo del fallo.

Lo criticable de la sentencia, fue la usurpación de funciones legislativas que implicó, al pretender el juez constitucional asumir la facultad de "reformular" las leyes. En todo caso, consciente de esta usurpación de funciones, la Sala, conforme al artículo 21.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tuvo que determinar los efectos de la decisión anulatoria en el tiempo, disponiendo los efectos *ex nunc*, es decir, hacia futuro, como sucede con cualquier reforma legislativa, que nunca puede tener efectos retroactivos.

II. LA CUESTIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS ("REFORMATORIAS") DE LEYES

En este caso, en efecto, la Sala consideró que en aras de la seguridad jurídica, dado que en "el presente caso, dadas las múltiples actuaciones que eventualmente pudieron haber sido realizadas por los funcionarios adscritos a la Procuraduría General de la República en los diferentes juicios llevados en representación de la República y, los efectos jurídicos que ello pudiere implicar" lógicamente estableció los efectos "del presente fallo anulatorio *ex nunc* o hacia el futuro, esto es, a partir de la publicación en la *Gaceta Oficial de la República*, incluso para los casos en curso".

Debe señalarse, sin embargo, que para llegar a esta conclusión, que en nuestro criterio es la regla en los casos de sentencias anulatorias de leyes, y no la excepción, la Sala hizo referencia a una sentencia precedente n° 359 del 11 de mayo de 2000 (Caso: *Jesús María Cordero Giusti.*), en relación a los efectos de las decisiones anulatorias de normas jurídicas, en la cual señaló lo siguiente:

"[...] de acuerdo con lo previsto en el artículo 119 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se debe determinar los efectos en el tiempo de la decisiones anulatorias de normas. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en tales ca-

sos, debe entenderse que produce sus efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado. Así, en reciente sentencia con ocasión de decidir la solicitud de ejecución de un fallo que no había fijado los efectos en el tiempo de una sentencia anulatoria, se indicó:

‘Ha sido señalado precedentemente que la sentencia anulatoria extinguió la norma por considerarla viciada, sin limitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los efectos de la anulación en el tiempo, en razón de lo cual, este efecto es *ex tunc*, es decir hacia el pasado; opera desde el momento mismo en que la norma fue dictada’ (Sentencia de la Sala Político Administrativa del 11 de noviembre de 1999, caso *Policarpo Rodríguez*).

En el caso antes citado, si bien se dio efecto *ex tunc* al fallo anulatorio, la sentencia fijó los términos de la ejecución, es decir, los parámetros y el tiempo mediante los cuales los afectados por la norma anulada podían ejercer sus derechos.

En el caso de autos, esta Sala por razones de seguridad jurídica, para evitar un desequilibrio en la estructura de la administración pública estatal y la preservación de los intereses generales, así como en resguardo de los derechos de los beneficiados por la ley Estatal, fija los efectos *ex nunc*, es decir, a partir de la publicación de este fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional”.

La doctrina establecida en estas sentencias de establecer, como principio del sistema venezolano, que los efectos de las sentencias anulatorias de leyes son *ex tunc*, es decir, hacia el pasado o con efectos retroactivos, y que como excepción, por razones de seguridad jurídica, la Sala puede darle efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, como sucedió en este caso, en nuestro criterio es totalmente errada. El principio, en realidad, es el contrario: los efectos de principio de las sentencias anulatorias de la Jurisdicción Constitucional, como ocurre con las leyes derogatorias dictadas por la Asamblea nacional, son en principio *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, y la excepción, por razones de seguridad jurídica, es que puede darse a algunas sentencias efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos o hacia el pasado, particularmente cuando se trata de situaciones más favorables a los derechos de los administrados.

En efecto, la sentencia declaratoria de nulidad de la ley o de uno de sus artículos produce la cesación de sus efectos con valor general,

es decir, *erga omnes*, en el sentido de que, como lo señaló la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo en sentencia de 21 de diciembre de 1963, “es definitiva y surte efectos contra todos, pues tal presunta Ley deja de serlo desde el momento de ser declarada inconstitucional”.⁴³²

Pero adicionalmente, el problema fundamental que se plantea sobre estos efectos generales, se refiere al momento en que comienzan a producirse, es decir, si el artículo de la ley declarado nulo se considera que surtió sus efectos hasta que la Sala lo anuló o, al contrario, se estima como si nunca hubiera surtido efectos. Bajo otro ángulo, la cuestión es determinar si la decisión de la Sala comienza a surtir efectos desde el momento que se publica o sus efectos se retrotraen al momento en que el acto anulado se dictó.

Como es sabido, ni Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 ni la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 resolvieron expresamente dichas cuestiones, sino que se limitaron a señalar que la Sala Constitucional debe determinar “expresamente sus efectos en el tiempo”(artículo 5, párrafo 1º, numerales 6 y 7).

Ahora bien, existiendo en Venezuela un sistema mixto de justicia constitucional, que implica el funcionamiento en paralelo, de los dos métodos básicos de control de constitucionalidad que muestra el derecho comparado: por una parte el sistema difuso, que se ejerce por todos los jueces, y por la otra el sistema concentrado que se ejerce por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (y respecto de los actos administrativos por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa); no ha sido infrecuente la confusión sobre los efectos de las decisiones en materia de control de la constitucionalidad, lo que ha llevado en muchos casos a la aplicación de la doctrina de la garantía de la nulidad del acto inconstitucional, propia del control difuso, al sistema de control concentrado, ignorando las diferencias fundamentales entre los dos sistemas de justicia constitucional. Eso es lo que ha ocurrido en la sentencia de nulidad del artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en la sentencia

432 V. sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 12-12-63 en *Gaceta Forense*, n° 42, pp. 667 a 672.

que cita como precedente, de la misma Sala Constitucional No. 359 de 15 de mayo de 2000.⁴³³

En realidad, como hemos dicho, el principio opera en sentido inverso: en principio, por razones de seguridad jurídica las sentencias anulatorias de leyes tienen efectos *ex nunc*, y excepcionalmente, cuando la protección constitucional de derechos así lo exija, pueden ser dotadas de efectos *ex tunc*.

En efecto, en la aplicación del método control concentrado de control de constitucionalidad, la Sala Constitucional asume su rol de supremo intérprete⁴³⁴ o defensor⁴³⁵ de la Constitución, a la cual corresponde ser el fiel de la balanza en la aplicación del principio de la separación de poderes⁴³⁶ teniendo que proclamar, al decidir la acción de inconstitucionalidad, la "extinción jurídica" del acto recurrido o el mantenimiento del mismo con la plenitud de sus efectos⁴³⁷. En cambio, cuando se aplica el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el juez desaplica una ley que estima inconstitucional aplicando preferentemente la Constitución, sin afectar la validez de la ley, teniendo la decisión efectos declarativos, que se aplican *in casu et inter partes*, y se extienden *pro pretaerito*.⁴³⁸

Por tanto, la "retroactividad" de la declaratoria de no aplicabilidad de la ley, tiene sólo sentido bajo el ángulo de que el juez estime que ella nunca ha surtido efectos, es decir, de que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad operan *ex tunc*, al ser una decisión mero declarativa de una inconstitucionalidad o nulidad preexistente. En este sentido, por ejemplo, la apreciación de la inconstitucio-

433 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 454. Véase además, sentencia n° 816 de 26-7-00, en *Revista de Derecho Público*, n° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 273.

434 Lo que implica la irreversibilidad de sus decisiones. La doctrina ha sido establecida desde hace muchos años por la propia Corte. V. por ejemplo, sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 17-11-38 en *Memoria 1939*, pp. 330 y ss.

435 V. sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 4-3-41 en *Memoria 1942*, pp. 128 a 130.

436 V., por ejemplo, sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa de 3-5-39 en *Memoria, 1940*, p. 217; y de 17-4-41 en *Memoria, 1942*, pp. 182 y ss.

437 V. sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 20-1-66 en *Gaceta Forense*, N° 51, 1968, p. 13

438 V. A. y S. Tunc, *Le Système Constitutionnel des Etats Unis d'Amérique*, París, 1954, volumen II, pp. 294 y 295.

nalidad de la ley ya derogada, pero que se aplicó durante su vigencia al caso concreto que el juez está conociendo, tiene justificación, pues la declaratoria de inaplicabilidad de la ley, al ignorar su existencia, tiene sentido para el proceso, aun cuando la ley esté derogada en el momento de la decisión. Por ello, como la decisión judicial que se pronuncia en el control difuso de la constitucionalidad de las leyes tiene "efectos retroactivos", evidentemente que pueden referirse a las leyes derogadas, respecto de los efectos que pudo producir durante su vigencia⁴³⁹.

En esos casos, el juez no anula la ley al ejercer el control difuso, sino que sólo declara o constata una inconstitucionalidad preexistente, por lo que ignora la existencia de la ley (la considera inexistente) y no la aplica al caso concreto cuyo conocimiento jurisdiccional le corresponde.

Esos efectos, en todo caso, son completamente diferentes a los efectos que produce el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad cuando la Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional anula una ley por inconstitucionalidad. En estos casos, cuando la Sala ejerce sus atribuciones previstas en el artículo 336 de la Constitución, "declara la nulidad" de la ley, es decir, anula la ley, la cual hasta el momento en que se publique la sentencia de la Sala, es válida y eficaz, surtiendo todos los efectos no obstante su inconstitucionalidad. La decisión, por tanto, carece de eficacia retroactiva, la misma tiene efectos *ex nunc o pro futuros*⁴⁴⁰; y esto en virtud de la presunción de constitucionalidad que las leyes tienen⁴⁴¹, equivalente, *mutatis mutandis*, a la presunción de la legalidad que acompaña a los actos administrativos⁴⁴².

439 V. J. G. Andueza, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Caracas, 1955, pp. 56-57.

440 V. por ejemplo, sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa 17-11-38 en *Memoria 1939*, pp. 330 a 334; sentencia de la CF de 19-6-53 en *Gaceta Forense*, nº 1, 1953, pp. 77 y ss.; y sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de 29-4-65 publicada por la *Imprenta Nacional*, 1965, pp. 113 y 116. *Cfr. Doctrina Procuraduría General de la República*, 1963, Caracas, 1964, pp. 199 a 201.

441 V. J. G. Andueza, *La jurisdicción constitucional...op. cit.*, p. 90.

442 V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 31.

Ninguno de los sistemas concentrados del control de la constitucionalidad de las leyes que se conocen en el derecho comparado, atribuye efectos hacia el pasado, es decir, *ex tunc, pro pretaerito* a todas las sentencias declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad, las cuales no son mero declarativas, ni tienen efecto retroactivos, sino que son sólo constitutivas; y por ejemplo, en los sistemas italianos y alemán, éstos posibles efectos hacia el pasado son restringidos fundamentalmente al ámbito penal⁴⁴³. Y la solución de estas dos legislaciones -la italiana y la alemana- es lógica, pues si bien sería monstruoso, por las repercusiones que tendría sobre la seguridad jurídica, pretender que las sentencias declaratorias de la nulidad por inconstitucionalidad de una ley tengan efectos mero declarativos, y que, por tanto, se tuvieran como nunca dictados o cumplidos los actos realizados antes de que la ley fuera declarada nula, asimismo podría resultar injusto que en los casos penales, las sentencias dictadas conforme a una ley declarada posteriormente nula, no fueran afectados por la anulación por inconstitucionalidad. De ahí la excepción respecto de los casos penales que la legislación italiana y alemana establece para el principio de que los efectos de las sentencias declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad sólo se producen hacia el futuro (en el mismo sentido que respecto del principio de la irretroactividad de las leyes).

Es más, la misma situación pragmática del conflicto que puede surgir entre la seguridad jurídica y las sentencias penales, ha llevado a la jurisprudencia norteamericana a establecer excepciones al principio contrario. En Estados Unidos, el método de control de constitu-

443 Tal es el supuesto por ejemplo, de la Ley Constitucional italiana de 11 de marzo de 1953, que establece las normas complementarias de la Constitución en lo concerniente a la Corte Constitucional, cuyo artículo 30 expresa: "Las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día siguiente a la publicación de la decisión. Cuando en aplicación de la norma declarada inconstitucional haya sido pronunciada una sentencia irrevocable, cesará su ejecución y todos los efectos penales". (V. F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional Italiana*, Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos, nº 8, UCV, Caracas, 1966, p. 53). Asimismo la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de marzo de 1951, establece que "permanecen inmutables las resoluciones firmes, apoyadas en una norma declarada nula" por el Tribunal Constitucional Federal, aun cuando "es admisible la revisión del procedimiento según los preceptos de la Ley de Procedimiento Penal, contra una sentencia penal formal apoyada" sobre la misma norma declarada nula (V. art. 79 en F. Rubio Llorente, "El Tribunal Constitucional Alemán", *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, nº 18, Caracas, 1959, p. 154).

cionalidad es de carácter difuso, siendo los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de carácter retroactivo, por ser mero declarativas. En principio, el ámbito de dichas sentencias es *inter partes*, pero que en virtud de la técnica de los precedentes, y de la regla *stare decisis* las mismas adquieren carácter general obligatorio. Sin embargo, a pesar de ello, la jurisprudencia ha extendido el carácter retroactivo sólo a los casos penales, respetando, al contrario, los efectos cumplidos en materias civiles, y administrativas en base a una ley declarada inconstitucional⁴⁴⁴.

Ahora bien, siendo el control de la constitucionalidad de las leyes atribuido por la Constitución a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo un control similar a los concentrados que muestra el derecho comparado, es evidente que los efectos de la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de una ley, en ausencia de norma expresa constitucional o legal alguna, sólo pueden ser producidos *erga omnes* pero hacia el futuro; es decir, las sentencias son en principio constitutivas, *pro futuro* y sus efectos *ex nunc* no pueden extenderse hacia el pasado (no pueden ser retroactivas). Puede decirse que este ha sido el criterio no sólo seguido en el pasado por la doctrina venezolana⁴⁴⁵, sino por la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, aun cuando en uno que en otro caso, la antigua Corte en Sala de Casación Civil⁴⁴⁶, como ahora la Sala Constitucional, no han sido consecuentes. Ello se constata de sentencias de las antiguas Cortes Supremas⁴⁴⁷ y de la antigua Corte Suprema en Sala Político Adminis-

444 V. J.A. C. Grant, "The legal effect of a ruling that a statute is unconstitutional" *Detroit College of Law Review*, 1978, pp. 207-237, Cfr. M. Cappelletti, "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", *Revista de la Facultad de Derecho*, 65, México, 1966, pp. 63-64.

445 V. José G. Andueza, *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano op. cit.* En contra Humberto J. la Roche, *El control Jurisdiccional en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo, 1972, p. 153.

446 V. en *Gaceta Forense*, n° 101, año 1978, pp. 591-592.

447 V. sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 20-12-40, *cit.* por J. G. Andueza, *La jurisdicción constitucional...op. cit.*, p. 90; de 17-11-38, *Memoria 1939*, p. 330; de 21-3-39, en *Memoria 1940*, p. 176; y de 16-12-40 en *Memoria 1941*, p. 311; y de la antigua Corte Federal de 19-6-53, en *Gaceta Forense*, n° 1, 1953, pp. 77 y 78. V. además, la sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa 27-2-40 en *Memoria 1941*, p. 20

trativa⁴⁴⁸, en las cuales se sostuvo el carácter constitutivo de los efectos de las sentencias en materia de control de la constitucionalidad.

En todo caso, este carácter constitutivo de los efectos de las decisiones de la Sala Constitucional declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, es por ejemplo congruente con las decisiones respecto de las solicitudes de nulidad por inconstitucionalidad de leyes ya derogadas, lo que en general se ha rechazado⁴⁴⁹, precisamente por considerarse que dichas sentencias no tiene efectos retroactivos⁴⁵⁰.

En todo caso, en el centro de la cuestión a partir de 1976 estaba el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que era igual al actual artículo 5, párrafo 1º, numerales 6 y 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual atribuye, a la Sala Constitucional la obligación de establecer los efectos de sus decisiones en el tiempo, con lo que a pesar de que en principio, los efectos de sus decisiones declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad deben seguir siendo, como en todos los sistemas concentrados de justicia constitucional, de carácter constitutivo, y de efectos *pro futuro, ex nunc*⁴⁵¹, la Sala puede corregir los efectos desfavorables que la rigidez de este principio pueda provocar, particularmente en el campo de los derechos y garantías constitucionales, y atribuirle a sus sentencias efectos retroactivos, *pro pretaerito, ex tunc*.

Por supuesto, incluso en estos casos relativos a los derechos y garantías constitucionales en nuestro criterio el problema de la rigidez del principio de los efectos *ex nunc, pro futuro* de la sentencia anulatoria de una ley, y que podría significar que la Ley violatoria de una garantía constitucional, a pesar de su declaratoria de nulidad, pudo

448 V. sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 20-1-66 en *Gaceta Forense*, n° 51, 1966, p. 13; de 15-2-67 en *Gaceta Forense*, n° 55, 1967, p. 70; y de 18-11-65 en *Gaceta Forense*, n° 50, 1967, p. 111.

449 V. sentencias de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Plena 21-12-49, en *Gaceta Forense*, n° 1, 1949, p. 15; y de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 20-1-66, en *Gaceta Forense*, n° 51, 1968, pp. 13 y 14.

450 V. J. G. Andueza, *La jurisdicción constitucional...op. cit.*, pp. 56 y 57.

451 Por ejemplo en sentencia de antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa de 23-2-84, al declarar la nulidad por inconstitucional del acto de instalación de una Asamblea Legislativa, la Corte dispuso expresamente que "la presente decisión no tendrá efecto retroactivo alguno en relación con las actuaciones cumplidas por la Asamblea Legislativa" (Consultada en original).

producir efectos hasta que se produjo esa declaratoria, queda resuelto, pues es la propia Constitución la que establece una garantía contra esa situación, al declarar la nulidad absoluta de los “actos del Poder Público” -incluso las leyes- que lesionen los derechos y garantías constitucionales (artículo 25).

Por tanto, la nulidad absoluta de ciertos actos expresamente establecidos en la Constitución, es lo que permite que ciertas sentencias de la Corte declaratorias de nulidad de una ley, tengan efecto retroactivo, hacia el pasado, y se las considere como de carácter declarativo, *ex tunc*. Es decir, y a pesar del poder que tiene la propia Sala Constitucional para determinar los efectos de sus decisiones en el tiempo, en el ordenamiento constitucional venezolano sólo puede llegarse a admitir que las sentencias de la misma, declaratorias de nulidad de una ley, tienen siempre la categoría de sentencias declarativas, produciendo efectos hacia el pasado, en los casos en que la propia Constitución califica a una ley o acto estatal como nulo o ineficaz, supuesto que sólo se regula en los artículos 25 y 138 de la Constitución. En efecto, el artículo 25 de la Constitución contiene la primera de las normas que declara *per se*, la nulidad absoluta de “todo acto dictado en ejercicio del Poder Público”, en los cuales se incluyen las leyes, cuando “viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley”.

Conforme a esta primera excepción expresa, una ley que, por ejemplo, establezca una discriminación fundada en “la raza, el sexo, el credo o la condición social”, viola expresamente el derecho a la igualdad garantizado en el artículo 21 de la Constitución, o una ley que por ejemplo, regule “penas infamantes o perpetuas” viola abiertamente el artículo 44,3° de la Constitución. Ahora bien, conforme al texto constitucional del artículo 25, esas leyes serían “nulas”, con vicio de nulidad absoluta, no pudiendo producir ningún efecto jurídico e inclusive no debiendo ser aplicadas por autoridad alguna, so pena de incurrir en responsabilidad. En estos casos, la decisión de la Sala Constitucional al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de la ley no podría tener otro carácter que el mero declarativo, en virtud del texto expreso de la Constitución. Se trata, en efecto, de la constatación de una nulidad ya establecida en la Constitución, extinguiéndose la ley hacia el futuro y hacia el pasado, en el sentido que en virtud de la propia declaratoria de la ley como “nula” por la Constitu-

ción, se considera que ella nunca pudo surtir efectos. Por tanto, en los supuestos en que están en juego los derechos garantizados por la Constitución y que son los que regula el artículo 25 de dicho texto, la sentencia declaratoria de nulidad de la ley inconstitucional, no podría tener efectos constitutivos, ni en consecuencia, podría dejar incólumes los efectos producidos por una ley inconstitucional con anterioridad a la declaratoria de nulidad por la Sala.

El segundo caso de regulación expresa de la excepción al principio del efecto constitutivo de las sentencias de la Corte Suprema declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, está contenido en el artículo 138 de la Constitución que establece, que “toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos”; y por usurpación de autoridad hay que entender “el vicio que acompaña a todo acto dictado por una persona desprovista totalmente de autoridad”⁴⁵², es decir, “el usurpador es aquel que la ejerce y realiza sin ningún tipo de investidura, ni regular ni prescrita”. El concepto de usurpación, en este caso, emerge cuando una persona que no tiene *auctoritas* actúa como autoridad”⁴⁵³, en el sentido del término “autoridad”, que emplea la Constitución (Artículos 138 y 350). De allí que, como dice la Constitución, la autoridad usurpada sea ineficaz y sus actos sean nulos. Este segundo caso de texto expreso de la Constitución que declara como “nulo”, con vicio de nulidad absoluta e “ineficaz”, un acto estatal, implica que la sentencia que declare la nulidad por inconstitucionalidad, por ejemplo, de una “ley dictada por un gobierno que se organice por la fuerza, sólo puede tener efectos declarativos de una nulidad ya establecida expresamente en la propia Constitución.

Pero, insistimos, aparte de estas dos previsiones expresas de la Constitución mediante la cuales el mismo texto constitucional declara la nulidad absoluta de una ley, lo cual produce, como consecuencia, que la sentencia de la Sala Constitucional declaratoria de la nulidad por inconstitucionalidad tenga meros efectos declarativos; sólo podrían admitirse como excepción al principio adoptado por nuestro sistema constitucional, de los efectos constitutivos de las sentencias de

452 V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 62.

453 *Idem*, p. 59.

la Sala declaratorias de la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes que se estiman, como principio general, viciadas de nulidad relativa (anulabilidad), en aquellos casos en los cuales la misma Sala, en forma expresa en su sentencia, establezca la nulidad absoluta, lo cual podría producirse conforme al artículo 5, párrafo 1º, numerales 6 y 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por ejemplo, en algunos supuestos de usurpación de funciones, concepto constitucional enteramente distinto al señalado de usurpación de autoridad⁴⁵⁴ o en otros que determine expresamente⁴⁵⁵. Sin embargo, si la Sala no califica expresamente en su decisión a una *ley* que declara nula como viciada de nulidad absoluta, retrotrayendo los efectos de la nulidad hacia el pasado, se tiene como vigente el principio general señalado de la nulidad relativa.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, por tanto, puede concluirse contrariamente a lo establecido por la Sala Constitucional en la sentencia que comentamos, que como principio general, toda sentencia declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de una ley dictada por la Sala Constitucional conforme al artículo 336 de la Constitución, tiene efectos *erga omnes*, y el carácter de una sentencia constitutiva, de nulidad relativa, con efectos *ex-nunc, pro futuro* salvo que el propio texto de la sentencia declare la nulidad absoluta de la ley o ésta se pronuncie en virtud de lo previsto en los artículos 25 y 138 de la Constitución, en cuyo caso, tendría carácter declarativo.

Sin embargo, inclusive en estos casos, esta retroactividad de la sentencia no sería absoluta, sino que en realidad implicaría que todas las situaciones particulares nacidas de la aplicación de la ley declarada nula serían susceptibles de impugnación, por lo que en muchos supuestos podría sostenerse que permanecían incólumes las situaciones jurídicas respecto de cuya impugnación se hayan consumado los lapsos de caducidad o prescripción de las acciones correspondientes.

454 V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales... cit.*, p. 60.

455 V. sentencias de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa 28-3-41 en *Memoria 1942*, p. 158; y de la antigua Corte Suprema de Justicia en la Sala Político-Administrativa de 5-12-85, al declarar la nulidad, por ilegalidad (violación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal) de una Ordenanza de zonificación municipal, aun cuando no estaban en juego la violación de derechos fundamentales, la Sala dejó “expresa constancia de que los efectos de la anulación de derechos fundamentales, de carácter absoluto, se retrotraen, por tanto, al 12 de mayo de 1983, fecha de la entrada en vigencia de la Ordenanza impugnada” (Consultada en original, p. 15).

**SEXTA PARTE:
LO QUE DEBERÍA SER**

§18. Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la constitución, control del poder y protección de los derechos humanos*

I. SOBRE EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Estado democrático de derecho en el mundo contemporáneo, puede decirse que está construido sobre cuatro elementos fundamentales: en primer lugar, la existencia de una Constitución como norma suprema, directamente aplicable a los particulares; en segundo lugar, la democracia como régimen político, que tiene por objeto asegurar el gobierno del pueblo como titular de la soberanía, sea en forma indirecta a través de representantes, o bien mediante instrumentos para su ejercicio directo; en tercer lugar, el goce y ejercicio de los derechos humanos, como fin esencial del orden político; y en cuarto lugar, el control del poder, como sistema político constitucional, que tiene por objeto impedir el abuso de quienes ejercen el poder estatal. Los cuatro elementos están interrelacionados, de manera que ninguno puede existir aisladamente y sin que exista el otro: no puede haber efectiva supremacía constitucional, verdadera democracia ni efectivo goce y protección de los derechos humanos si no hay control del poder; y sólo en democracia es que se concibe el sistema de derechos humanos, la posibilidad de controlar el poder y garantizar efectivamente la supremacía de la Constitución.

* Estudio elaborado para el *Encuentro de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales de Centro América y República Dominicana*, San José Costa Rica, febrero 2006.

En otras palabras, para que pueda existir y funcionar efectivamente la democracia y se pueda asegurar realmente la protección de los derechos humanos y la supremacía constitucional, se requiere de un marco constitucional que establezca y permita el control del poder, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente, y mediante su división y distribución, el poder pueda frenar al poder. Sólo en un sistema donde exista el control del poder puede haber garantía esencial de todos los valores de la propia democracia, como el respeto a la voluntad popular, la vigencia de los derechos humanos, el pluralismo político, la alternabilidad republicana o el Estado de derecho.

Precisamente por ello, en ese instrumento internacional excepcionalísimo como es la *Carta Democrática Interamericana* adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Lima, el 11 de septiembre de 2001, se enumeraron en su artículo 3, como elementos esenciales de la democracia representativa, además del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; además del acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; además de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; y además del régimen plural de partidos y organizaciones políticas; la necesaria existencia -dice- de “la separación e independencia de los poderes públicos”. Además, la misma *Carta* definió en su artículo 4º, como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Además, se declaró que son igualmente fundamentales para la democracia la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. La democracia, por tanto, es mucho más que las solas elecciones y votaciones.

Sin embargo, entre todos esos elementos y componentes esenciales de la democracia, sin duda, el que se refiere a la separación e independencia de los Poderes Públicos es precisamente el que permite estructurar un verdadero régimen democrático, permite asegurar la

supremacía de la Constitución y permite la efectiva vigencia de los derechos humanos⁴⁵⁶.

No olvidemos que en nuestros países, desde hace mucho tiempo y con todos los altos y bajos de su efectividad, hemos tenido instituciones que han buscado asegurar el respeto a los derechos humanos, la sujeción del poder al derecho, elecciones más o menos regulares y libres y un régimen plural de partidos. Pero si nuestras democracias no terminan de arraigar, es porque nos ha faltado implantar efectivamente el último de los elementos mencionados en la Carta Democrática Interamericana, el de la efectiva “separación e independencia de los poderes”; es decir, el orden constitucional que debe existir en toda democracia para controlar y limitar el poder, y que hace posible la misma gobernabilidad de la democracia, y en particular, lograr una efectiva representación política; la posibilidad real de participación política del ciudadano; un buen gobierno que sea transparente y responsable, la garantía de los derechos humanos y la vigencia efectiva del Estado de derecho.

Porque sin control del poder no sólo la democracia no es gobernable, sino que no pueden tener efectiva vigencia todos los otros factores esenciales de la democracia antes mencionados, pues sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, es decir, puede haber representatividad efectiva; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando al Poder es que se puede asegurar una efectiva transparencia en su ejercicio, con exigencia de la rendición de cuentas por los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un buen gobierno sometido al respeto de la Constitución y del Estado de derecho; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia; y sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos.

456 V. sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Ediciones El Nacional, Caracas 2002. pp. 137 y ss. Este libro puede consultarse en la *página web*: allanbrewercarias.com (Publicaciones 2002).

Al contrario demasiada concentración y centralización del poder, si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, conduce al autoritarismo y, en definitiva, a la tiranía. Y esa es la historia de la humanidad durante el Siglo pasado, que nos ha mostrado precisamente a tiranos que usaron el voto de la mayoría para acceder al poder y desde allí aplicaron el autoritarismo para acabar con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por los derechos humanos.

Desde los inicios del constitucionalismo moderno, además, estos principios quedaron plasmados en la misma Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando proclamó que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución” (art. XVI). Constitución, separación de poderes, respeto a los derechos humanos, y más modernamente, la democracia, han sido y continúan siendo los signos más arraigados, y no necesariamente desarrollados en la práctica, del constitucionalismo contemporáneo propios del Estado de derecho.

II. EL CONTROL DEL PODER Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Ahora bien, una pieza esencial de este proceso relativo al control del poder, la constituye el control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales, que permite particularmente el control de la constitucionalidad de las leyes, y que garantiza la protección judicial de los derechos humanos. De allí la progresiva consolidación de los tribunales constitucionales en el mundo contemporáneo, precisamente como la pieza más importante para el control del poder, para garantizar la supremacía de la Constitución, asegurar la democracia y servir de instrumentos para asegurar y proteger el efectivo goce y respeto de los derechos humanos.

Me refiero a los tribunales con competencia en cuestiones constitucionales, sea que se trate de tribunales creados como tribunales constitucionales, o sea que se trata de los tribunales ordinarios cuando ejercen competencias constitucionales.

En el primer caso están los tribunales constitucionales creados específicamente para ejercer en exclusiva la jurisdicción constitucio-

nal. Así sucede por ejemplo, primero, con los Tribunales y Cortes Constitucionales que se han establecido dentro o fuera del Poder Judicial, como ha sucedido en Guatemala, Chile, Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia; segundo, con las Salas Constitucionales establecidas dentro de las Cortes Supremas de Justicia, sea con potestad decisoria propia como las Salas Constitucionales de Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Venezuela; o con potestad decisoria limitada por la regla de la unanimidad, como sucede en el caso de la Sala Constitucional de Honduras; y tercero, con las Cortes Supremas de Justicia que ejercen la jurisdicción constitucional, sea teniendo una Sala Constitucional como entidad ponente, como sucede en Nicaragua, o ejerciendo sus competencias en Pleno, compartidas con las competencias de casación, como sucede en Brasil, Panamá, Uruguay, México.

En segundo caso, también se pueden considerar como tribunales constitucionales, los tribunales ordinarios cuando ejercen el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, como sucede por ejemplo en Argentina, Brasil, Perú, Colombia y Venezuela; o cuando conocen de las acciones de amparo, como sucede en casi todos los países sudamericanos.

En todos esos supuestos, el rol de los tribunales constitucionales es garantizar la Constitución y su supremacía⁴⁵⁷, y a través de ella, la democracia, el control del poder y la vigencia de los derechos humanos. Los ciudadanos en un Estado democrático de derecho, tienen en efecto un derecho constitucional a que se preserve la supremacía de la Constitución, pues ello es la garantía de su propio derecho a la democracia, a que se controle el abuso del poder y a que los otros derechos constitucionales tengan vigencia.

III. EL DERECHO CIUDADANO A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

En efecto, si partimos del supuesto de que la Constitución es manifestación de la voluntad del pueblo que debe prevalecer sobre la voluntad de los órganos constituidos, el primer y principal derecho constitucional que los ciudadanos tienen en un Estado de derecho, es *el derecho a dicha supremacía*, es decir, al respeto de la propia voluntad

457 V. Allan R. Brewer-Carías, "La Justicia Constitucional", *Revista Jurídica del Perú*, n° 3, 1995, Trujillo, Perú, pp. 121 a 160.

popular expresada en la Constitución. Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la soberanía del pueblo, debe prevalecer sobre la de los órganos del Estado, si no existiere el derecho de los integrantes del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución.

El constitucionalismo moderno, por tanto, en nuestro criterio, está montado no sólo en el principio de la supremacía constitucional, sino en el Principio de que, como secuela del anterior, también existe *un derecho del ciudadano a esa supremacía*⁴⁵⁸, que se concreta, conforme al principio de la separación y control del poder, en *un derecho fundamental a la tutela judicial de la supremacía constitucional*.

En esta forma, el desarrollo de la justicia constitucional en sus dos vertientes, como protección de la parte orgánica de la Constitución, o como protección de su parte dogmática, es decir, de los derechos y libertades constitucionales, en definitiva no es más que la manifestación de la garantía constitucional del derecho fundamental del ciudadano al respecto de la supremacía constitucional, es decir, a la tutela judicial efectiva de dicha supremacía.

Este derecho fundamental, así, se concreta tanto en un derecho al control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales, sea mediante sistemas de justicia constitucional concentrados o difusos, y en un derecho al amparo judicial de los demás derechos fundamentales de las personas, sea mediante acciones o recursos de amparo u otros medios judiciales de protección inmediata de los mismos. La consecuencia de este derecho fundamental, sin duda, implica el poder atribuido a los jueces de asegurar la supremacía constitucional, sea declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, sea restableciendo los derechos fundamentales vulnerados por acciones ilegítimas, tanto de los órganos del Estado como de los particulares.

Tratándose de un derecho fundamental de los ciudadanos, el de asegurar la supremacía constitucional mediante la tutela judicial de la misma, es evidente que sólo la Constitución podría limitar dicho derecho, es decir, sería incompatible con la idea del derecho fundamen-

458 V. Allan R. Brewer-Carías, "El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)" en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid 1993, Tomo III, pp. 2.696 y 2.697.

tal de la supremacía constitucional que se postula, cualquier limitación legal a la misma, sea manifestada en actos estatales excluidos del control judicial de constitucionalidad; sea en derechos constitucionales cuya violación no fuera amparable en forma inmediata. La supremacía constitucional es una noción absoluta, que no admite excepciones, por lo que el derecho constitucional a su aseguramiento tampoco puede admitir excepciones, salvo por supuesto, las que establezca la propia Constitución.

De lo anterior resulta que, en definitiva, en el derecho constitucional contemporáneo, los tribunales constitucionales se han estructurado como una garantía adjetiva al derecho fundamental de los ciudadanos a la supremacía constitucional.

En cierta forma, como lo ha señalado Silvia Snowiss en su análisis histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional de Norteamérica, ésta tuvo su origen como mecanismo sustitutivo de la revolución⁴⁵⁹. Recuérdese que en la propia Declaración de Derechos que precedió la Constitución o forma de Gobierno de Virginia de 29 de junio de 1776, se declaró como derecho colectivo el “que corresponde a la mayoría”, como “derecho indudable, inalienable e irrevocable” de “reformular, alterar y abolir” cualquier gobierno establecido en forma “inadecuada o contraria” a los propósitos establecidos en la Declaración (III).

Ello significa que si los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional, como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato a los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho a la resistencia o a la revuelta que defendía John Locke⁴⁶⁰. En caso de opresión de los derechos o de abuso o usurpación, la revolución era la solución o la vía de solución de conflictos por parte del pueblo. Pues bien, y precisamente como sustituto de la misma, sin embargo, se considera que surgió el poder atribuido a los tribunales constitucionales para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre estos y el pueblo. Esa es, precisamente, la tarea

459 V. Silvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press 1990, p. 113.

460 V. John Locke, *Two Treatises of Government* (ed. Peter Laslett), Cambridge UK, 1967, pp. 221 y ss.

de los tribunales constitucionales, quedando configurada la justicia constitucional como la principal garantía al derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

IV. LA GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Por tanto, la existencia misma de los tribunales constitucionales como instrumentos para la consolidación del Estado de derecho, deriva de la idea misma de Constitución como norma suprema y positiva, directamente aplicada a gobernantes y gobernados.

Como lo señaló Mauro Cappelletti, la Constitución considerada "no como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera, positiva y obligante, con un carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria"⁴⁶¹. O como lo puntualizó Eduardo García de Enterría, como normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país, y que sustentan la validez a todo el orden jurídico⁴⁶². En este sentido, la Constitución como ley suprema, real y efectiva, contiene normas directamente aplicables tanto a los órganos del Estado como a los individuos.

Este fue el concepto adoptado en los Estados Unidos de América desde los inicios del constitucionalismo, y en los países de América Latina, desde el siglo pasado. Fue el concepto adoptado en Europa después de la Revolución francesa, y que, abandonado durante el siglo XIX, fue redescubierto en el Siglo XX, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial. Es el mismo sentido normativo que se desprende de la decisión de la Corte Suprema norteamericana, en el caso *Trop vs Dulles*, 1958, en la cual, en relación al carácter normativo de la Constitución, estableció lo siguiente:

461 M. Cappelletti, *Judicial Review of Legislation and its Legitimacy. Recent Developments*. General Report. International Association of Legal Sciences. Uppsala, 1984 (mimeo), p. 20; también publicado como "Rapport général" en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed). *Le contrôle juridictionnel des lois Légitimité, efficacité et développements récents*, París, 1986, pp. 285-300.

462 E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1985, p. 33, 39, 66, 71, 177 y 187.

“Las disposiciones de la Constitución no son adagios trillados ni contraseñas vacías. Son principios vitales y vivos que autorizan y limitan los poderes gubernamentales de nuestra Nación. Son normas de Gobierno. Cuando se cuestiona ante este Tribunal la constitucionalidad de una ley del Congreso, debemos aplicar dichas normas. De lo contrario, los términos de la Constitución se convertirían en poco más que buenas intenciones”⁴⁶³.

Por ello, en los sistemas jurídicos contemporáneos, las Constituciones no son aquellas “buenas intenciones” ni esos “adagios trillados” a que se refería tal decisión; al contrario, su contenido tienen un carácter normativo que rige tanto respecto de los órganos del Estado como de los individuos.

Este principio rige ahora, incluso, en Francia, donde anteriormente, en el sistema constitucional tradicional instaurado por las Leyes constitucionales de 1875, debido a la inexistencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el texto de la Constitución⁴⁶⁴, sus disposiciones fueron consideradas como no directamente aplicables a los individuos. Sin embargo, tras varias decisiones del Consejo Constitucional adoptadas en los años setenta del Siglo pasado, el “bloque de la constitucionalidad”⁴⁶⁵ fue ampliado para incluir en el mismo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a los Preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958, y a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República⁴⁶⁶. Esto llevó a Jean Rivero a afirmar, con respecto a la creación del derecho por los tribunales constitucionales, que con las decisiones del Consejo Constitucional basadas en “la Constitución y en particular en su Preámbulo”, se había producido “una revolución”:

463 356 US 86 (1958).

464 J. Rivero, *Les libertés publiques*, vol. 1, París, 1973, p. 70.

465 L. Favoreu, “Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel” en *Recueil d’études en l’honneur de Charles Eisenmann*, París, 1977, p. 33.

466 L. Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d’Uppsala, 1984 (mineo), p. 8; publicado en L. Favoreu y J. A. Jolowicz, *Le contrôle juridictionnel des lois...*, cit., pp. 17 y sgts.

"He allí, de una sola vez, la Declaración de 1789, el Preámbulo de 1946, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, integrados a la Constitución francesa, aun cuando la Constituyente no lo quiso. La Constitución francesa duplicó de tamaño por simple voluntad del Consejo Constitucional"⁴⁶⁷.

Este carácter normativo de la Constitución en relación a los órganos del Estado y a los individuos, y su aplicación por los tribunales, también han provocado cambios en relación a las llamadas "normas programáticas" de la Constitución, las cuales tradicionalmente habían sido consideradas como normas sólo directamente aplicables al Legislador⁴⁶⁸. Por el contrario, el carácter normativo de la Constitución como tendencia esencial del constitucionalismo contemporáneo, tiende a la superación del carácter programático atribuido a algunas normas constitucionales, y a imponer su ejecución por los tribunales como normas directamente aplicables a los individuos, dejando ser consideradas sólo como aquellas "buenas intenciones".

Por otra parte, en el derecho constitucional contemporáneo, los tribunales constitucionales existen, no sólo porque existe una Constitución como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, sino además, porque la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado. Esta supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho y, en particular, sobre los actos del Parlamento, implica que la Constitución es la ley suprema que determina los valores supremos del orden jurídico, y que, desde esa posición de supremacía, puede ser tomada como parámetro para determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema.

Esta concepción de la Constitución como ley suprema también se la debemos, sin duda, al constitucionalismo norteamericano, constituyendo no sólo una de sus grandes contribuciones a la historia universal del derecho, sino el fundamento de la noción misma de la jus-

467 J. Rivero, "Rapport de Synthèse" in L. Favoreu (ed), *Cours Constitutionnelles Européennes et Droit Fondamental*, Aix-en-Provence, 1982, p. 520.

468 E. García de Enterría, *op. cit.*, pp. 37, 69. Cfr. P. Biscaretti di Ruffia y S. Rozmaryn, *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe Occidentale et dans les Etats Socialistes*, Torino, 1966, p. 39.

ticia constitucional. Esta concepción surgió de la integración de la tradición del derecho natural en la versión de John Locke y Edward Coke, de la "ley de leyes", "ley inmutable", es decir, *lex legum*, *lex aeterna* y *lex immutabile*, con la forma jurídica concreta plasmada en los Pactos y Cartas de las Colonias americanas, que luego fue formalizada como ley fundamental, en un documento solemne, precisamente aquél que iba a darse a conocer bajo el nombre de "Constitución"⁴⁶⁹. En esa forma, en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 se adoptó el concepto de la supremacía de la Constitución sobre la legislación de los Estados; es decir, al principio según el cual la Constitución es la ley suprema del país, que deben aplicar los jueces a pesar de cualquier disposición contraria en las Constituciones o Leyes de los Estados miembros, lo cual se consagró en la Constitución como la "Cláusula de supremacía"⁴⁷⁰.

Debe señalarse, sin embargo, que en su artículo I, sección 9, la Constitución norteamericana había impuesto algunas limitaciones al Congreso⁴⁷¹, habiendo sido concebida, además, en 1789, tanto la primera Enmienda a la Constitución, como las otras nueve dirigidas a configurar una Declaración de derechos y garantías individuales (*Bill of rights*), como una limitación al Poder Legislativo.

En todo caso, la "Cláusula de supremacía", las limitaciones constitucionales impuestas al Congreso por la Constitución y el poder conferido a la Corte Suprema para "resolver cualquier causa, en derecho y equidad, derivada de esta Constitución" (artículo III, sección 2), junto con los antecedentes de la "ley suprema" del sistema constitucional británico, fueron las que llevaron a la adopción formal de la doctrina de la supremacía constitucional y en consecuencia, del control judicial de la constitucionalidad⁴⁷².

469 E.S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, N. Y., 1955 (reimpreso en *Harvard Law Review*, Vol. XLII, 1928-1929, pp. 149-185 y 365-409).

470 Artículo VI, parágrafo 2do. de la Constitución: "Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que se sancionen conforme a ella, y todos los Tratados firmados o por firmar bajo la autoridad de los Estados Unidos, conformarán la Ley Suprema de la Nación; y los Jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, independientemente de cualquier disposición contraria de las Leyes de cualquier Estado".

471 Por ejemplo: "El privilegio del autor de *Habeas Corpus* no se suspenderá, salvo cuando así lo requiera la seguridad pública en los casos de rebelión o invasión". No se dictará Ley alguna de efectos individuales o *ex post facto*" (numerales 2 y 3).

472 V. Silvia Snowiss, *Judicial Review...*, cit., pp. 90 y ss.

Ese control se estableció por primera vez en relación a las leyes federales, en el famoso caso *Marbury vs Madison* de 1803⁴⁷³, en el cual el principio de la supremacía de la Constitución fue el argumento principal para el ejercicio de tal poder de control judicial de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Suprema.

En efecto, el Chief Justice Marshall, buscando determinar si de conformidad con la Constitución, la Corte Suprema podía ejercer la autoridad que le había sido conferida por la Ley Judicial de 1789, de dictar *writs of mandamus* a los empleados públicos, y considerando que ello "no estaba previsto en la Constitución", decidió "investigar la posibilidad de que una jurisdicción así conferida pudiera ejercerse"; para ello, desarrolló la doctrina de la supremacía de la Constitución basándose en la pregunta de si "un acto incompatible con la Constitución podía o no llegar a convertirse en ley de la Nación?".

Con miras a responder esta pregunta siguió un razonamiento lógico, estableciendo, en primer lugar, el principio de la supremacía de la Constitución. Inició su argumentación aceptando la idea de un "derecho original" del pueblo a fijar los principios que han de regir "su futuro gobierno", como "la base sobre la cual se ha erigido todo el sistema norteamericano". En su opinión, este derecho original de adoptar tales principios "fundamentales" y "permanentes" representaba una tarea considerable, de tal manera que no debía "repetirse frecuentemente".

Esta "voluntad original y suprema", decía, "organiza el gobierno..., confiere a diferentes departamentos sus poderes respectivos... (y) fija ciertas limitaciones que dichos departamentos no pueden sobrepasar". Consideró que el Gobierno de los Estados Unidos era del

473 5. U.S. (1 Cranch), 137; 2 L. Ed 60 (1803). Con relación a este caso véase en general E. S. Corwin, *The Doctrine of judicial review. Its legal and historical basis and other Essays*, Princeton, 1914, pp. 1 y 78. El caso que provocó la decisión puede resumirse así: El Presidente John Adams, justo antes de finalizar su período, había nombrado a William Marbury como Juez de Paz. El nuevo Presidente, Thomas Jefferson, no quería a Marbury en el ejercicio del cargo, y ordenó al Secretario de Estado, James Madison, que no le diera el nombramiento. Marbury pidió a la Corte Suprema una orden o mandamiento judicial requiriendo del Secretario de Estado le otorgara el nombramiento. En la decisión, y aun cuando el Chief Justice John Marshall considerara que se había tratado injustamente a Marbury, desechó el caso al considerar que la Corte Suprema no tenía competencia para ordenar actuaciones a un órgano del Poder Ejecutivo, a pesar de que la Ley Judicial la autorizaba para ello, considerando que al así hacerlo la ley estaba en contradicción con la Constitución.

tipo en el que “los poderes de la Legislatura están definidos y limitados” y fue precisamente, para que “estas limitaciones no puedan ser mal interpretadas u olvidadas”, por lo que se adoptó una Constitución escrita con aquellos principios fundamentales y permanentes.

Luego, el juez Marshall se preguntó:

“¿Para qué fin están limitados los poderes, y para qué fin tal limitación se pone por escrito si dichos límites pudieran ser transgredidos, en cualquier momento, por aquellos a quienes se busca restringir? La distinción entre un gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados desaparece, si esos límites no obligan a los individuos sobre quienes se imponen, y si los actos prohibidos y aquellos permitidos tienen la misma obligatoriedad”.

La alternativa, según el, como proposición demasiado evidente para ser cuestionada, era la siguiente, o:

[...] “que la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella; o que el poder legislativo puede modificar la Constitución mediante un acto ordinario”[...];

en relación a lo cual explicaba:

“En esta alternativa no hay término medio. O la Constitución es una ley suprema soberana, que no puede ser modificada por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y, al igual que éstos, puede ser modificada cuando le plazca a la legislatura.

Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si la última parte es cierta, entonces las constituciones escritas no son sino intentos absurdos por parte del pueblo de limitar un poder por naturaleza ilimitable”.

Por supuesto, su conclusión fue que la Constitución era “la ley suprema y soberana de la Nación”, principio que consideraba “como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad”. En consecuencia, aceptó el postulado según el cual “un acto de la legislatura incompatible con la Constitución es nulo”, considerando como “la esencia misma del deber judicial”, el determinar las normas que rigen el caso, cuando una ley está en oposición a la Constitución. En estos casos, concluyó, “la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura; la Constitución, y no tales actos ordinarios, de-

ben regir el caso al que ambos se aplican". Lo contrario, significaría otorgar "a la legislatura una omnipotencia real y práctica...; significaría lo mismo que prescribir limitaciones y declarar que estas pueden ser transgredidas a voluntad... lo que, en conjunto, socavaría el fundamento mismo de todas las Constituciones escritas".

Después de este caso, el principio de supremacía de la Constitución, en el sentido de que prevalece sobre cualquier otra ley incompatible con ella, se convirtió en una de las principales características del constitucionalismo moderno y, por supuesto, de la posibilidad misma del control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Esa doctrina de la supremacía de la Constitución y del control jurisdiccional de la constitucionalidad, fue seguida posteriormente en toda América Latina desde el Siglo XIX, pero en contraste, sólo se abrió camino en Europa, después de la Primera Guerra Mundial, principalmente a través del sistema constitucional concebido por Hans Kelsen para su país, reflejado en la Constitución austriaca de 1920, así como en la Constitución checoslovaca del mismo año. Años más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial, el sistema austriaco de supremacía constitucional y tribunales o cortes constitucionales fue adoptado por Alemania e Italia para luego, por su influencia, extenderse a otros sistemas constitucionales europeos, como sucedió en España y Portugal; y más recientemente en todos los países de Europa oriental.

Como le señaló hace algunos años Louis Favoreu, fue durante las últimas décadas del siglo XX cuando Europa volvió a "descubrir" la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales o temporales, transfiriendo el tradicional carácter sagrado de los actos del Parlamento a la Constitución. De allí que la Constitución haya sido "rejuridificada" en el sentido de que se le considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicable a los individuos⁴⁷⁴.

La situación en América Latina, en todo caso, siempre fue distinta. Bajo la inspiración del constitucionalismo americano, el principio de la supremacía constitucional y de la justicia constitucional se

474 L. Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, doc. cit., p. 23.

arraigó en nuestros países desde el siglo XIX, habiendo pasado a configurarse como uno de los principios clásicos del constitucionalismo latinoamericano, por cuya consolidación seguimos luchando en nuestros países.

V. EL ACTIVISMO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LOS VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Otro aspecto que debe mencionarse sobre el papel de los tribunales constitucionales, es que su misión no se limita a garantizar la supremacía del texto formal de las normas constitucionales escritas, sino también de los principios y valores no escritos de la Constitución escrita. En otras palabras, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no solo se ejerce en relación a las normas incluidas en los artículos escritos de la Constitución, sino con relación a normas no escritas, que se infieren del texto de la Constitución y de su espíritu⁴⁷⁵.

En los Estados Unidos de América esto ha sido ampliamente discutido, al analizarse el problema del papel activo de la Corte Suprema, en especial, en cuanto a la protección de los derechos humanos; y del debate ha surgido el llamado modelo no-interpretativo, que ha permitido a los jueces ir más allá de las referencias literales a la Constitución y aplicar normas que no se encuentran en el marco del documento escrito, pero que forman parte de los valores fundamentales y permanentes de una sociedad determinada y de su sistema político.

Por ello, por ejemplo, a pesar de que ni la Constitución de 1787 ni las Enmiendas de 1789 consagraban el principio de igualdad y que la Enmienda XIV (1868) sólo establecía la Cláusula de Protección Igual⁴⁷⁶, la llamada Corte Warren pudo adoptar en la década de los cincuenta del siglo pasado las conocidas decisiones que condujeron a eliminar la discriminación racial y permitir la protección de minorías tradicionalmente excluidas, particularmente a partir de la conocida sentencia en el caso *Brown vs Board of Education of Topeka* de 1954⁴⁷⁷.

475 L. Favoreu, "Rapport général Introductif" en L. Favoreu (ed.), *Cours Constitutionnelles... cit.*, p. 45.

476 Cfr. E. García de Enterría, *op. cit.*, pp. 216-217. V. también R. Berger, *Government by Judiciary. The Transformation of the fourteen Amendment*, 1977.

477 V. en particular *Brown vs Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

En este mismo ámbito de la protección de los derechos fundamentales, también debe destacarse el papel del Consejo Constitucional francés, en los casos en los cuales controló la conformidad de la legislación con los "principios generales" o con las "tradiciones republicanas" no definidas, vagas y no escritas, "encontradas" por el Consejo Constitucional y definidos como de rango jurídico superior⁴⁷⁸. En este sentido, también puede decirse que fue a partir de la década de los sesenta cuando la actitud del Consejo Constitucional francés cambió radicalmente, particularmente a partir de la importante decisión adoptada el 16 de julio de 1971⁴⁷⁹ con respecto a la libertad de asociación, y al valor jurídico positivo dado al Preámbulo de la Constitución de 1958, con todas sus consecuencias⁴⁸⁰, configurándose así, lo que Louis Favoreu llamó el "bloque de la constitucionalidad"⁴⁸¹.

En efecto, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1958 establece que:

"El pueblo francés proclama solemnemente su subordinación a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional tal como están definidos por la Declaración de 1789, confirmados y completados por el Preámbulo de la Constitución de 1946".

Este Preámbulo de la Constitución, hasta 1971, había sido considerado por el propio Consejo Constitucional como un mero principio de orientación para la interpretación constitucional; habiendo considerado que su competencia estaba "estrictamente limitada" por el texto constitucional⁴⁸². Esta actitud, sin embargo, cambió con la men-

478 M. Cappelletti, "El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado", *Revista de estudios políticos*, 13, Madrid 1980, p.69 ("The Mighty Problem" of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis, in *Southern California Law Review*, 1980, p. 409).

479 V. en L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París 1984, pp. 222-237

480 L. Favoreu, "Rapport général Introductif", en L. Favoreu (ed) *Cours Constitutionnelles. ... cit.*, pp. 45-46

481 L. Favoreu, "Le principe de la constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel", en *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, París 1977, p. 34.

482 L. Hamon, "Contrôle de Constitutionnalité et protection des droits individuels. A propos de trois décisions récentes du Conseil Constitutionnel", *Recueil Dalloz Sirey* 1974, *Chronique* XVI, p. 85.

cionada decisión del Consejo Constitucional del 16 de julio de 1971, cuando resolvió que una nueva ley, al establecer un procedimiento previo de controles judiciales para que una asociación pudiera tener capacidad jurídica, era contraria a la Constitución. Esa ley, en realidad, era una reforma a la Ley de 1910 referida a las Asociaciones sin fines de lucro, que había sido introducida por el Gobierno a la consideración de la Asamblea Nacional en 1970. El Consejo Constitucional la consideró inconstitucional⁴⁸³ partiendo del argumento siguiente:

La Constitución de 1958, a través del Preámbulo de la Constitución de 1946, se refería a los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República" entre los cuales debe mencionar el principio de libertad de asociación. De acuerdo con este principio, las asociaciones pueden constituirse libremente y pueden desarrollar sus actividades públicamente, con la única condición de hacer una declaración previa, cuya validez no podía ser sometida a una intervención previa por parte de autoridades administrativas o judiciales. El Consejo Constitucional decidió que las limitaciones impuestas a las asociaciones por la nueva ley que establecían un control judicial previo a la mencionada declaración, eran inconstitucionales. Por ello, Jean Rivero afirmó que:

"La libertad de asociación, la cual no está expresamente consagrada ni por la Declaración ni por "los principios particularmente necesarios en nuestro tiempo", pero que ha recibido su status de una Ley del 1º de julio de 1901, se la ha reconocido, por la decisión citada (del Consejo Constitucional), como dotada de un carácter constitucional, y ello no solamente como principio, sino incluso, en relación con las modalidades de su ejercicio"⁴⁸⁴.

483 V. la decisión del Consejo Constitucional en L. Favoreu y J. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, cit., p. 222. V. los comentarios de la decisión del 16 de julio de 1971 en J. Rivero, "Note", *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1971, p. 537; J. Rivero "Principes fondamentaux par les lois de la République; une nouvelle catégorie constitutionnelle?", *Dalloz 1974, Chroniques*, p. 265; J. E. Bardsley, "The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France", *The American Journal of Comparative Law Journal*, 20 (3), 1972, p. 43; y B. Nicolas, "Fundamental Rights and Judicial Review in France", *Public Law Journal*, 1978, p. 83.

484 J. Rivero, "Les garanties constitutionnelles des Droits de l'Homme en Droit français", *IX Journées Juridiques Franco-Latino-américaines*, Bayonne, 21-23 mai, 1976 (mimeo), p. 11.

El impacto de esta decisión fue resumido por Barry Nicholas, señalando que:

“Marcó un cambio inequívoco con respecto a la tradición constitucional de la supremacía de la ley. Declaró, por sobre todo, que incluso del ámbito reservado a la legislación por el artículo 30 de la Constitución, había principios fundamentales que el Parlamento no podía alterar ni infringir. Y sobre todo, declaró que aquellos principios fundamentales se encontraban no solamente en la misma Constitución sino también en su Preámbulo, y a través del mismo, en el Preámbulo de 1946 (y presumiblemente, también en la Declaración de 1789)”⁴⁸⁵.

La decisión del 16 de julio de 1971 acerca de la libertad de asociación, puede considerarse como un ejemplo de la voluntad creativa del Consejo Constitucional para determinar los derechos fundamentales, aun cuando para ello tenía que basar su decisión en el Preámbulo de la Constitución de 1958, y a través de éste, en el Preámbulo de la Constitución de 1946, considerado como uno de los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. Por lo tanto, con el fin de establecer un derecho fundamental o una libertad como “principio fundamental”, el Consejo Constitucional se basó en una ley específica existente, particularmente, en relación con la libertad de asociación, como era la Ley del 1º de julio de 1901 que la reconocía.

Sin embargo, en otros casos⁴⁸⁶, como sucedió con el derecho a la defensa, el Consejo Constitucional, para deducirlo, no se basó en la existencia de una ley en particular, sino en “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. En efecto, en la decisión de 1920 de enero de 1981⁴⁸⁷, el Consejo Constitucional también cambió radicalmente la situación previa con respecto al derecho a la defensa, el cual era considerado por el Consejo de Estado, simplemente como un principio general del derecho⁴⁸⁸. Al contrario, luego

485 B. Nicholas, *loc. cit.*, p. 89.

486 Las decisiones del 8 de noviembre de 1976; del 2 de diciembre de 1976; del 19 de enero de 1981; del 20 de enero de 1981. *Cfr.* las citas en F. Luchaire, "Procédures et Techniques de Protection des Droits Fondamentaux. Conseil Constitutionnel Français", en L. Favoreu (ed), *Cours Constitutionnelles Européennes. ... cit.*, pp. 69, 70, 83.

487 L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions.... cit.*, pp. 490, 517.

488 *Cfr.* D. G. Lavroff, "El Consejo Constitucional Francés y la Garantía de las libertades públicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1 (3), 1981, pp. 54-55; L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions... cit.*, p. 213

de la decisión de 1981, el Consejo Constitucional lo reconoció como parte de los "principios y valores de rango constitucional", expresión empleada por el Consejo Constitucional para "designar de manera genérica todas las normas que tienen rango constitucional, sin estar incluidas en el texto de la Constitución"⁴⁸⁹.

Por todo lo anterior, en la actualidad, en Francia, como consecuencia de la ampliación del principio de constitucionalidad, la "conformidad con la Constitución" no se entiende estrictamente como la conformidad con una disposición expresa de la Constitución. Al contrario, desde los años setenta, la noción de norma constitucional que puede servir de norma de referencia para el control jurisdiccional de la constitucionalidad se entiende, cada vez más, en sentido más amplio, incluyendo disposiciones y principios que están fuera del texto expreso constitucional, y en particular, contenidos en la Declaración de 1789 en los Preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958, en los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y en los principios generales con valor constitucional⁴⁹⁰.

En este caso, evidentemente, el problema básico que tienen los tribunales constitucionales deriva del grado de claridad del texto constitucional, y consecuentemente, de la factibilidad del ejercicio del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, con respecto a nociones que a veces son vagas, imprecisas o indeterminadas contenidas en los artículos constitucionales y en la necesidad de que el juez constitucional pueda adaptar el texto de la Constitución, con el fin de garantizar su efectividad y supremacía.

No hay que olvidar que en las Constituciones contemporáneas, respecto de las declaraciones de derechos fundamentales, algunas veces están redactadas de manera sintética, vaga y elusiva; sus normas a veces se expresan en conceptos indeterminados como libertad, orden público, democracia, justicia, dignidad, igualdad, función social o interés público⁴⁹¹, todo lo cual tiene que conducir a los jueces a

489 L. Favoreu, "Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire desnationalisations", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, T. XCVIII, n° 2, París 1982, p. 401

490 L. Favoreu, "L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles", *French Report to the XI International Congress of Comparative Law, Caracas, 1982* (mimeo), p. 4

491 M. Cappelletti, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle" en L. Favoreu (ed) *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits fondamentaux*, París, 1982, p. 474.

ejercer un papel de interpretación muy activo, de lo que se ha dado en llamar las "ambigüedades preciosas"⁴⁹² de las Constituciones.

En todo caso, estas expresiones vagas e imprecisas de las Constituciones siempre expresan algunos conceptos o valores relacionados con los fundamentos generales de una sociedad determinada y su sistema político; por tanto, tiene que ser en relación con éstos últimos, que el juez constitucional debe desempeñar su papel creativo, y determinar el sentido exacto del concepto. Estas expresiones, llamadas "conceptos jurídicos indeterminados" o "naciones jurídicas imprecisas"⁴⁹³ las cuales están incluidas en las Constituciones, principalmente por su carácter general, son las que los tribunales constitucionales deben explicar e identificar; y mediante un proceso interpretativo, fijar sus fronteras para lo cual debe tomar en cuenta, sobre todo, los valores supremos que derivan de la Constitución y que, generalmente, se encuentran en el Preámbulo o en los primeros artículos del Texto.

La posición de los tribunales constitucionales frente a la Constitución no es, pues, muy diferente de la que cualquier juez tiene normalmente ante las leyes, las cuales deben ser interpretadas; y así como los jueces no deben sustituir al Legislador deduciendo conceptos contrarios a lo que está escrito en la ley, tampoco pueden interpretar la Constitución de manera tal que lleguen a deducir conceptos que vayan en contra del texto constitucional y de sus valores fundamentales⁴⁹⁴.

Sin embargo, los tribunales constitucionales siempre tienen un deber adicional al juez ordinario: deben defender la Constitución y, en especial, los valores que en un momento dado, estuvieron en la base de su sanción. Por esta razón, el juez constitucional, en su proce-

492 "Si bien es cierto que la precisión ocupa un sitio de honor en la redacción de una decisión gubernamental, no es menos cierto que se vuelve mortal en una Constitución que se quiere permanezca como un cuerpo viviente". S.M. Hfstedles, "In the name of Justice", *Stanford Lawyers*, 14 (1), 1979, pp. 3-4, citado por M. Cappelletti, "Nécessité et légitimité...", *loc. cit.*, p. 474. V. las referencias en E. García de Enterría, *op. cit.*, p. 229; y en L. Favoreu, "Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité.. ." *doc. cit.*, p. 32.

493 F. Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, p. 32.

494 F. Luchaire, "Procédures et techniques.. ." *loc. cit.*, p. 83.

so interpretativo, debe adaptar la Constitución a los valores de la sociedad y del sistema político, con miras, precisamente, a “mantener viva la Constitución”⁴⁹⁵. Para este fin, no cabe la menor duda que para controlar la constitucionalidad de la legislación, debe desarrollar una actividad creativa de manera de permitir la aplicación moderna y efectiva de Constituciones que, por ejemplo, fueron escritas en el Siglo XIX e incluso en el Siglo XX.

En este sentido, la Constitución no puede ser considerada como un documento estático. Por el contrario, siempre debe adaptarse a la evolución de las necesidades e instituciones sociales. Y precisamente, en este proceso de adaptación de la Constitución, el papel de los tribunales constitucionales ha sido de vital importancia, como lo ha demostrado la Corte Suprema norteamericana, al dictar las mencionadas importantes decisiones en relación con la discriminación racial en el sistema educativo.

Al referirse a la Enmienda XIV, por ejemplo, el *Chief Justice Warren* de la Corte Suprema, declaró en el caso *Brow vs. Board of Education of Topeka*, en 1954, que:

“Al enfocar este problema no podemos regresarnos a 1868 cuando se adoptó la Enmienda, y ni siquiera a 1896 cuando se decidió el caso *Plessey vs. Ferguson*. Debemos examinar la educación pública a la luz de su desarrollo completo y del lugar que ocupa actualmente en la vida americana, en toda la Nación. Solamente de esta manera puede determinarse si la segregación en las escuelas públicas priva a los demandantes de una protección igual de las leyes”.

Tal afirmación lo llevó a concluir, señalando lo siguiente:

“Que en el campo de la educación pública la doctrina “separados pero iguales” no tiene lugar. Establecimientos educacionales separados son intrínsecamente desiguales. Por ello, sostenemos que los demandantes así como otros en situación similar de quienes han intentado las acciones son, debido a la segregación de la que se quejan, privados de una

495 M. Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de estudios políticos*, 13, Madrid 1980, p. 78.

protección igual por parte de las leyes, garantizada por la Enmienda XIV"⁴⁹⁶.

En el mismo sentido, esta adaptación de la Constitución por el juez constitucional quedó demostrada en Francia por el Consejo Constitucional, en el conocido caso de las Nacionalizaciones en 1982; en el cual se aplicó el artículo relativo al derecho de propiedad contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, y consecuentemente, se declaró el derecho de propiedad con rango constitucional. En su decisión del 16 de enero de 1982⁴⁹⁷, aun cuando el artículo de la Declaración de 1789 relativo al derecho de propiedad fue considerado obsoleto, estimándose que su interpretación no podía realizarse sino en un sentido radicalmente diferente al que tenía en 1789⁴⁹⁸, el Consejo Constitucional declaró que:

“Considerando que, si posteriormente a 1789 y hasta nuestros días, las finalidades y las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad han experimentado una evolución caracterizada a la vez por una notable extensión de su campo de aplicación a dominios individuales nuevos, y por limitaciones exigidas por el interés general, los principios mismos enunciados por la Declaración de los Derechos del Hombre tienen pleno valor constitucional, tanto en lo que concierne al carácter fundamental del derecho de propiedad cuya conservación constituye uno de los objetivos de la sociedad política, y que está colocado en el mismo nivel que la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, como en lo que concierne a las garantías otorgadas a los titulares de este derecho y las prerrogativas del poder público...”⁴⁹⁹.

En esta forma, el Consejo Constitucional no sólo “creó” un derecho fundamental constitucional al asignar rango y valor constitucional a la Declaración de 1789, sino que también adaptó el "sagrado" y absoluto derecho de propiedad consagrado hace doscientos años, al derecho limitado y limitable de nuestros tiempos, aun cuando su pre-

496 347 U.S. 483 (1954).

497 V. L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions...*, cit., pp. 525-562

498 L. Favoreu, "Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité...", *doc. cit.*, p. 3.2.

499 L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions...*, cit., p. 526. Cfr. L. Favoreu, "Les décisions du Conseil Constitutionnel dan l'affaire des nationalisations", *loc. cit.*, p. 406.

servación lo llevó a declarar inconstitucionales algunos de los artículos de la Ley de Nacionalización.

De lo anteriormente señalado resulta claro que en todos los sistemas constitucionales dotados de Constituciones escritas, para que las Constituciones sean vistas como leyes supremas cuyas normas deben prevalecer sobre cualquier otra en el ordenamiento jurídico, el principio de la supremacía de la Constitución no sólo se aplica a sus artículos escritos sino también a las normas no escritas que pueden deducirse por los jueces constitucionales del Texto Fundamental, como parte de los valores supremos que se encuentran en el fundamento de una sociedad determinada y de su sistema político.

En todo caso, el principio de supremacía de la Constitución quedaría como letra muerta si el sistema constitucional no brindase un conjunto completo de garantías constitucionales, para darle efectividad. Una de estas garantías es, precisamente, la justicia constitucional, es decir, los poderes otorgados a los jueces, tanto ordinarios como especiales, para controlar la constitucionalidad de las leyes y de todos los demás actos del Estado.

VI. LA APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES ABIERTAS PARA LA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS PROTEGIBLES

En este proceso de garantizar la supremacía de la Constitución, y mediante ella, la efectiva vigencia de los derechos humanos, los tribunales constitucionales de América Latina, por ejemplo, han tenido que recurrir no sólo a los principios y valores establecidos o derivados del texto de las Constituciones, sino a lo que se dispone en los tratados internacionales sobre derechos humanos, de manera que una de las características más destacadas del derecho de los derechos humanos en América Latina, es el de la progresiva aplicación por los tribunales constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los efectos de su protección en el orden interno. Ello es consecuencia, por supuesto, del carácter meramente declarativo de las declaraciones constitucionales de derechos humanos, en las cuales, en definitiva, sólo se reconoce la existencia de los mismos, los cuales son considerados en las Constituciones y en los propios tratados internacionales como derechos inherentes a la persona humana.

Esta aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito interno de los países de América Latina, puede decirse que se ha desarrollado en las últimas décadas, a través de varias técnicas interpretativas.

En primer lugar, se destaca la técnica de las llamadas cláusulas abiertas sobre derechos humanos incorporadas en las Constituciones latinoamericanas, la cual tiene su origen remoto en la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América (1791), que dispuso que “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe construirse como la negación o desecho de otros que el pueblo conserva”. Con ello se buscaba confirmar que la lista de los derechos constitucionales no termina en aquellos expresamente declarados y enumerados en los textos constitucionales.

Esta técnica, enriquecida en el constitucionalismo latinoamericano, ha permitido considerar como derechos humanos todos los otros inherentes a la persona humana, e incluso, aquellos declarados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con lo que se ha permitido la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno.

En este aspecto, se puede decir que casi todas las Constituciones de América Latina, con sólo escasas excepciones (Cuba, Chile, México y Panamá), contienen cláusulas abiertas conforme a las cuales expresamente se dispone que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que son “inherentes a la persona humana” o “a la dignidad humana”. Cláusulas de este tipo se encuentran, por ejemplo, en las Constituciones Argentina (Artículo 33), Bolivia (Artículo 33), Colombia (Artículo 94), Costa Rica (Artículo 74), Ecuador (Artículo 19), Guatemala (Artículo 44), Honduras (Artículo 63), Paraguay (Artículo 45), Perú (Artículo 3), República Dominicana (Artículo 2), Uruguay (Artículo 72) y Venezuela (Artículo 22); incluso, en algunos casos, con remisión expresa a los tratados internacionales, como sucede en Colombia (Artículo 44); Nicaragua (Artículo 46); Brasil (Artículo 5,2) y Venezuela (Artículo 22).

La Constitución de Costa Rica, hace mención a que la enunciación de los derechos y beneficios contenidos en la misma no excluye otros “que se deriven del principio cristiano de justicia social” (Artículo 74); expresión que entendemos debe interpretarse en el sentido

occidental de la noción de dignidad humana y justicia social; y en otras Constituciones, las cláusulas abiertas se refieren a la soberanía popular y a la forma republicana de gobierno, haciendo énfasis en relación con los derechos políticos que con los inherentes a la persona humana, tal como ocurre en Argentina (Artículo 13), Bolivia (Artículo 35), Uruguay (Artículo 72) y Honduras (Artículo 63)

Ahora bien, en relación con el significado de estos “derechos inherentes a la persona humana” indicados en estas cláusulas abiertas de derechos, por ejemplo, la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en una sentencia de 31 de enero de 1991, señaló lo siguiente:

“Tales derechos inherentes de la persona humana son derechos naturales, universales, que tienen su origen y son consecuencia directa de las relaciones de solidaridad entre los hombres, de la necesidad del desarrollo individual de los seres humanos y de la protección del medio ambiente”.

En consecuencia, la misma Corte concluyó disponiendo que:

“Dichos derechos comúnmente están contemplados en Declaraciones Universales y en textos nacionales o supranacionales y su naturaleza y contenido como derechos humanos no debe permitir duda alguna por ser ellos de la esencia misma del ser y, por ende, de obligatorio respeto y protección”⁵⁰⁰.

Pero en relación con estas cláusulas abiertas, sin duda, la identificación de los derechos constitucionales no enumerados en el texto de las constituciones pero que son inherentes a la persona humana, ha sido muchas veces posible por los tribunales internacionales, mediante el recurso a lo dispuesto en los instrumentos internacionales. Así sucedió, por ejemplo, en Venezuela, donde en la década de los ochenta del siglo pasado, la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, como tribunal constitucional anuló diversas disposiciones legales basando su decisión en la violación de los derechos establecidos en la

500 Caso: *Anselmo Natale*. Consultada en original. V. el texto en Carlos Ayala Corao, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional, Vol. II, Caracas 1996, y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003.

Convención Americana de Derechos Humanos, considerados de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la Constitución (equivalente al artículo 22 de la Constitución de 1999), como “derechos inherentes a la persona humana”.

Así ocurrió, por ejemplo, en 1996, cuando la antigua Corte Suprema de Justicia, al decidir la acción popular de inconstitucionalidad que se había intentado contra la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas, por no haberse respetado los derechos de participación política de las comunidades indígenas, decidió que siendo dicho Estado de la federación uno mayormente poblado por dichas comunidades indígenas, la sanción de dicha Ley sin previamente haberse oído la opinión de las mismas, mediante consulta popular, significó la violación del derecho constitucional a la participación política. Aún cuando dicho derecho no estaba expresamente enumerado en la Constitución de 1961, la Corte fundamentó su decisión en la cláusula abierta del artículo 50 constitucional (equivalente al artículo 22 de la Constitución de 1999), considerando el derecho a la participación política era un derecho inherente a la persona humana, como “principio general de rango constitucional en una sociedad democrática”; agregando, en relación al caso decidido, que “por ser un derecho de las minorías” (los indígenas, en el presente caso), era susceptibles “de la tutela judicial conforme al artículo 50 *ejusdem*, los grandes tratados y convenciones internacionales sobre los derechos humanos y las leyes nacionales y estatales”. En dicha sentencia del 5 de diciembre de 1996, la Corte señaló que:

“En el presente caso no se demostró el cumplimiento cabal de la normativa en cuanto a la participación ciudadana, restándole al acto impugnado la legitimación originaria conferida por la consulta popular. Alegan los oponentes al recurso intentado que fueron consultados los órganos oficiales, como el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y el Servicio Autónomo Ambiental de Amazonas y se recibieron observaciones de diferentes organizaciones indígenas, asimismo, antes de la promulgación de la Ley, el Gobernador explicó a la Organización Regional de Pueblo Indígenas las razones de la Ley. Estima la Corte que este procedimiento constituye una expresión tímida e insignificante del derechos constitucional de participación ciudadana en la formación de la ley. Tal participación debe manifestarse antes y durante la actividad legislativa y no tan solo en el momento de su promulgación por parte del Gobernador del Estado. Por otra parte, el hecho

que se consultaron los referidos organismos nacionales (actuación idónea) no exime la obligatoriedad de cumplimiento de la consulta popular sobre todo en una materia en la cual está involucrada: el régimen de excepción de las comunidades indígenas (de rango constitucional) el carácter multiétnico y pluricultural, la biodiversidad, la cultura, religión y lengua propia de las comunidades indígenas, el derecho a la tierra que respecto a dichas comunidades es de interés social e inalienable, en definitiva, la organización municipal (como lo es el acto impugnado) constitutivo del marco institucional de tales realidades preexistentes, permanentes y objetivas. La participación es un fenómeno de la vida democrática, que al manifestarse antes de dictarse la norma, instruye a la autoridad sobre los intereses legítimos y necesidades de la comunidad y produce, a posteriori, consecuencias positivas, que se revelan en el respaldo democrático de su aplicación”⁵⁰¹.

Y al analizar en concreto la Ley de División Territorial del Estado Amazonas, la Corte estimó que en la formación de la misma:

“Con la cual se modifican las condiciones económicas y sociales de la región, se cambia el entorno vital del individuo, se establecen los municipios y sus límites, se modifica la normativa jurídica (consecuencia de la mencionada división), se cambia el entorno vital del individuo, se establecen los municipios y sus límites, se modifica la normativa jurídica (consecuencia de la mencionada división), se afecta la tenencia de las tierras, se ordena el territorio bajo un nuevo régimen, se cambia la vida cotidiana voluntad de los mismos indígenas. Más aún, su participación debe ser considerada con especial atención, en vista de que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones socio-económicas, culturales y aislamiento, por cuanto en su hábitat intervienen intereses distintos y a veces contrarios a los legítimos derechos de la población autóctona, porque, lamentablemente, la historia de la humanidad, evidencia un largo y triste padecer de las minorías, en algunos casos por el desconocimiento de sus legítimos derechos, en otros, por la cultura del odio y el perjuicio. Es entonces, en este contexto, que los derechos humanos de los indígenas, cobran mayor fortaleza y esta Corte así lo reconoce expresamente. Asimismo, precisa el alto tribunal, que la lesión de los derechos humanos de las minorías no les atañe sólo a esas comunidades sino a la nación entera, en virtud de la solidaridad y protección

501 Caso: *Antonio Guzmán, Lucas Omashi y otros*, en *Revista de Derecho Público*, n° 67-68, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1996, pp. 176 ff.

de los intereses superiores del gentilicio venezolano (artículos 57 y 51 de la Carta Magna)”⁵⁰².

De acuerdo con esta decisión, la antigua Corte Suprema venezolana decidió que en el caso sometido a su consideración, había ocurrido una violación a los derechos constitucionales de las minorías establecidos en la Constitución y en los tratados y convenciones internacionales, en particular, al derecho a la participación política en el proceso de elaboración de leyes, debido a la ausencia de consulta popular a las comunidades indígenas, como consecuencia de lo cual, declaró la nulidad de la ley estatal impugnada.

El año siguiente, en 1997, la antigua Corte Suprema dictó otra importante decisión, en este caso anulando una ley nacional, la llamada Ley de Vagos y Maleantes, por considerarla inconstitucional, basándose de nuevo en el “proceso de constitucionalización de los derechos humanos de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución”, y considerando que dicha ley “vulnera *ipso jure*, Convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional”⁵⁰³.

En efecto, en su sentencia del 6 de noviembre de 1997, la antigua Corte Suprema consideró a la ley impugnada como infamante, al permitir detenciones ejecutivas o administrativas de personas consideradas como vagos o maleantes, sin garantía alguna del debido proceso, basando su decisión en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual “se ha incorporado a nuestro Derecho Interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad. Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales”⁵⁰⁴.

La Corte consideró que la ley impugnada era inconstitucional en virtud de que omitía las garantías de un juicio justo establecidas en los artículos 7 y 8 de la Convención Americana y en los artículos 0 y 14

502 *Idem*.

503 *V.* en *Revista de Derecho Público* n° 71-72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 177 y ss.

504 *Idem*.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y porque además era discriminatoria, violando el artículo 24 de la misma Convención Americana, cuyo texto íntegro se transcribió en la sentencia. La Corte se refirió en su decisión anulatoria, además, a la existencia de:

“Informes de instituciones defensoras de los Derechos Humanos. Dichos documentos censuran abiertamente la ley venezolana sobre vagos y maleantes. Son muchas las recomendaciones orientadas a poner fin a su vigencia. Conviene observar que se ha exhortado al Gobierno venezolano a adoptar e implementar una serie de recomendaciones, a los efectos de reducir las violaciones a los derechos humanos, derivadas de la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes. Sobre todo se he hablado de la necesidad de impulsar la discusión de Ley de Protección a la Seguridad Ciudadana, que supuestamente se encontraba en ese proceso”⁵⁰⁵.

Más recientemente, en relación con las dudas que se habían planteado, en 1998, en varios recursos de interpretación, sobre la posibilidad de que el Presidente electo de la República convocara un referéndum consultivo para resolver sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente que no estaba regulada en la Constitución de 1961, como mecanismo para la reforma constitucional, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa dictó sendas decisiones de 19 de enero de 1999, admitiendo la posibilidad de que se convocara dicho referéndum consultivo, fundamentando su decisión en el derecho a la participación política de los ciudadanos, para lo cual se fundamentó, de nuevo, en el artículo 50 de la Constitución de 1961, conforme al cual consideró tal derecho como uno de derecho implícito y no enumerado, inherente a la persona humana.

La Corte entonces consideró al referéndum como un derecho inherente a la persona humana, decidiendo lo siguiente:

“Ello es aplicable, no sólo desde el punto de vista metodológico sino también ontológicamente, ya 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 dere-

505 *Idem.*

cho 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”⁵⁰⁶.

La conclusión de la decisión de la Corte Suprema fue que no era necesario que se reformara previamente la Constitución a los efectos de reconocer como un derecho constitucional el referéndum o la consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, con lo que se abrió la posibilidad judicial de convocar la Asamblea nacional Constituyente sin previsión constitucional expresa⁵⁰⁷, con todas las consecuencias institucionales que ello produjo y continúa produciendo⁵⁰⁸.

VII. LA PROGRESIVA PROSCRIPCIÓN POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LAS CLÁUSULAS PROGRAMÁTICAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La segunda técnica interpretativa que ha conducido a los tribunales constitucionales a aplicar en el ámbito interno a los tratados internacionales para identificar derechos constitucionales no desarrollados en los textos constitucionales, deriva de la aplicación de las llamadas cláusulas complementarias de las cláusulas abiertas, conforme a las cuales todos los derechos constitucionales son directamente aplicables, independientemente de su regulación legislativa o desarrollo mediante leyes reglamentarias, lo que ha permitido la aplicación directa de aquellos.

Esta técnica, deriva de las normas constitucionales contenidas en muchas Constituciones como por ejemplo Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay y Venezuela) conforme a las cuales “la falta de ley reglamentaria de los derechos enumerados en los Textos no menoscaba el ejercicio de los mismos”, en el sentido de que no es necesario que

506 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 67

507 V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453 y ss.

508 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2002

se dicte legislación reglamentaria alguna para el ejercicio de los derechos constitucionales. Este principio, que responde al de la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos humanos, excluye el concepto tradicional derivado de las llamadas cláusulas “programáticas” configuradas en el constitucionalismo de hace unas décadas, particularmente en relación con los derechos sociales, tendientes a impedir su ejercicio hasta que no se produjese su regulación legal, en la cual se debía precisar las modalidades de su ejercicio y de su justiciabilidad.

Estas cláusulas abiertas, por ejemplo, en el caso de Venezuela, fueron las que permitieron a los tribunales constitucionales reconocer y reforzar el mismo derecho constitucional al amparo, invocándose además lo dispuesto en la Convención Americana. En efecto, en el artículo 49 de la Constitución de 1961 se regulaba el derecho de amparo en la siguiente forma:

“Artículo 49. 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 establecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

La redacción de esta norma, sin embargo, hasta la década de los ochenta había sido interpretada por los tribunales de instancia en el sentido de considerar que la admisibilidad de la acción de amparo estaba condicionada a que previamente se dictara la legislación correspondiente; y ello, en particular, debido al hecho de que la propia Constitución había regulado expresamente, en forma transitoria y mientras se dictaba dicha legislación, el procedimiento para el amparo a la libertad personal o habeas corpus, precisamente, “a fin de no dejar en suspenso su eficacia hasta la promulgación de la ley respectiva”. (Disposición Transitoria Quinta).

De esta regulación transitoria los tribunales interpretaron que, en consecuencia, la intención del constituyente en la redacción del artículo 49 de la Constitución era establecer como condición para la admisibilidad de las acciones de amparo, el que se dictase previamente la legislación que las regulara, incluyendo la regulación sobre la competencia judicial y el procedimiento. De otra forma, no se encon-

traba justificación la mencionada regulación transitoria del amparo a la libertad personal (habeas corpus)⁵⁰⁹.

Fue por ello que, incluso, la antigua Corte Suprema de Justicia, en 1970, en relación con la acción de amparo, llegó a considerar que el mencionado artículo 49 de la Constitución era una norma de las llamadas “programáticas”, en el sentido de que no eran directamente aplicables, siendo necesario que se dictara previamente la legislación reglamentaria a los efectos de que se pudiera ejercer la acción de amparo prevista en la norma. La antigua Corte, en sentencia de 14 de diciembre de 1970, sobre el artículo 49 citado, señaló que:

“No es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sino un precepto programático, solo parcialmente reglamentado para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano al cual compete la reglamentación para las garantías constitucionales... Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 al analizar sus previsiones aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente se habría abstenido de regular el procedimiento de habeas corpus, si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho en el artículo 49 respecto del procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder”⁵¹⁰.

Esta interpretación constitucional, negando la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo sin que antes se dictara la legislación correspondiente, comenzó a cambiar en 1977 y 1978, precisamente después que se sancionaron las leyes aprobatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los cuales se regulaba, en particular, la acción de amparo como un medio judicial simple y rápido para la específica protección de los derechos constitucionales.

509 See Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo V, Derecho y Acción de Amparo, Caracas, 1998 pp. 111 y ss.

510 V. el texto en *Gaceta Forense*, n° 70, Caracas, 1970, pp. 179 y ss; y en Allan R. Brewer-Carías, “La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo”, en *Revista de Derecho Público*, n° 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 207 y ss.

En consecuencia, contrariamente a lo que había resuelto e interpretado con anterioridad la antigua Corte Suprema -lo que para entonces afortunadamente no tenía carácter vinculante-, los tribunales de instancia a partir de 1982 comenzaron a admitir el ejercicio de acciones de amparo, pero fundamentando sus decisiones directamente en la Convención Americana de Derechos Humanos⁵¹¹. Ello condujo finalmente a que la propia antigua Corte Suprema cambiara su anterior criterio y aplicando la cláusula complementaria a la cláusula abierta sobre los derechos humanos inherentes a la persona humana, particularmente en cuanto a la no necesidad de leyes reglamentarias previas para poder ejercer dichos derechos, admitió la posibilidad de ejercicio de la acción de amparo⁵¹². Con posterioridad, en 1988, se sancionó la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales⁵¹³, con la cual se abrió definitivamente el camino para la utilización de este recurso judicial para la protección de los derechos humanos, particularmente debido a la ineficacia de los medios judiciales ordinarios para asegurar tal protección. Sin embargo, antes de que entrara en vigencia la Ley Orgánica, fue mediante la interpretación constitucional de la cláusula abierta y la aplicación de las convenciones internacionales que la acción de amparo se aceptó en Venezuela.

VIII. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La tercera técnica interpretativa que ha permitido a los tribunales constitucionales la aplicación directa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ampliando progresivamente el elenco de los derechos humanos protegidos en las Constituciones, deriva del propio texto de las Constituciones, por el reconocimiento

511 Sentencia de 20 de octubre de 1983. V. las referencias en Allan R. Brewer-Carías, "La reciente evolución jurisprudencial en relación con la admisibilidad del recurso de amparo", *Revista de Derecho Público*, n° 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 211.

512 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 167-170.

513 *Gaceta Oficial* n° 33891 de 220-01-1988. V. en general sobre dicha Ley, Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao, *Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales*, Caracas, 1988.

expreso de determinado rango normativo a los referidos tratados, sea supra constitucional, constitucional, supra legal o legal.⁵¹⁴ Este proceso se inició, particularmente, después de la adopción, en 1966, de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en vigor desde 1976); y en 1969, de la Convención Americana de Derechos Humanos (en vigor desde 1979).

En primer lugar, ciertas Constituciones latinoamericanas han otorgado rango supra constitucional a los derechos declarados en instrumentos internacionales, en particular, en los tratados ratificados por los Estados. Ello ha implicado otorgar a las regulaciones internacionales un rango superior a las mismas normas constitucionales, las cuales deben prevalecer sobre las mismas.

Es el caso de la Constitución de Guatemala, en cuyo artículo 46 se establece el principio general de la preeminencia del derecho internacional, al disponer que “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”, dentro del cual debe incluirse además de las leyes, la Constitución misma. Con fundamento en esta prevalencia de los tratados internacionales, la Corte Constitucional de Guatemala ha decidido en sus sentencias aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, como fue el caso decidido con motivo de una acción de amparo ejercida en relación con la libertad de expresión del pensamiento y el derecho de rectificación.

En la sentencia de 27 de mayo de 1997, en efecto, la Corte Constitucional resolvió una acción de amparo presentada por una persona buscando protección judicial en relación con las noticias publicadas en dos periódicos que se referían a la ella como formando parte de

514 En relación con esta clasificación general, véase: Rodolfo E. Piza R., *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; y Carlos Ayala Corao, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional, Vol. II, Caracas 1996 y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003; Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 39, San José 2004, pp. 71 y ss. V. también, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp.62 y ss.

una banda de criminales. El accionante solicitó a la Corte que se respetara su derecho a exigir rectificación de las noticias por parte de los periódicos; y aún cuando el derecho constitucional a la rectificación y respuesta en casos de noticias en periódicos que afecten el honor, reputación o vida privada de las personas no estaba expresamente establecido en la Constitución Guatemalteca, la Corte Constitucional aplicó directamente los artículos 11, 13 y 14 de la Convención Americana que garantiza el derecho de las personas afectadas por informaciones o noticias publicadas en periódicos, a la rectificación o respuesta “por el mismo órgano de difusión”, considerando tales previsiones como formando parte del ordenamiento constitucional de Guatemala⁵¹⁵.

En Honduras, el artículo 16 de la Constitución también dispone que todos los tratados suscritos con otros Estados (y no sólo los relativos a derechos humanos) forman parte del derecho interno; y el artículo 18 del mismo texto establece que en caso de conflicto entre las leyes y los tratados, estos tienen preeminencia sobre aquellas. Adicionalmente, la Constitución de Honduras admite la posibilidad de que se puedan incluso ratificar tratados internacionales contrarios a lo dispuesto en la Constitución, en cuyo caso aquellos deben aprobarse conforme al procedimiento para la reforma constitucional (Artículo 17). Una regulación similar se establece en el artículo 53 de la Constitución del Perú.

En Colombia, la Constitución también ha establecido una previsión similar a las de las Constituciones de Guatemala y Honduras, al establecer en el artículo 93 que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. En este caso, por “derecho interno” también debe entenderse como comprendiendo no solo las leyes sino la Constitución misma. La norma ha permitido a la Corte Constitucional, aplicar directamente los tratados internacionales en materia de derechos humanos para la solución de casos. Así sucedió, por ejemplo, con la decisión n° T-447/95 de la Corte Constitucional de 23 de

515 *V. en Iudicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997, pp. 45 y ss.

octubre de 1995, en la cual se reconoció como derecho inherente a la persona humana el derecho de toda persona a la identidad, para lo cual la Corte se fundamentó en lo establecido en los tratados y convenios internacionales, respecto de los cuales la Corte reconoció su rango supra constitucional y supra legal.

En dicho caso, al decidir, la Corte Constitucional comenzó por referirse a una decisión previa de la anterior Corte Suprema de Justicia, en la cual se había determinado el valor supra legal de los tratados, señalando lo siguiente:

“A partir de 1928 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia otorgó un valor prevalente a los tratados Internacionales sobre el ordenamiento jurídico legal. Normas estas últimas de naturaleza internacional, que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte del ordenamiento jurídico con carácter supra legal. Estableciéndose así la fuerza coercitiva de preceptos a los cuales el Estado firmante, tiene el deber de garantizar su plena efectividad. Valor supra legal expresamente contenido en el artículo 93 de la Constitución política de Colombia y que también tenían pleno valor supra legal, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia: “Agregase a ello –continúa- que esa superioridad ha sostenido como doctrina invariable que “es principio de Derecho Público, que la Constitución y los Tratados Públicos son la ley suprema del país y sus disposiciones prevalecen sobre las simplemente legales que les sean contrarias aunque fuesen posteriores”.⁵¹⁶

En la misma decisión, la Corte Constitucional se refirió además al rango supra constitucional de los tratados en materia de derechos humanos, lo que implica la obligación del Estado de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos, con fundamento en los artículos 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte, en efecto, resolvió que:

“La Convención Interamericana y los pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin dis-

516 V. en *Derechos Fundamentales e interpretación Constitucional, (Ensayos-Jurisprudencia)*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

criminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana art. 1º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord. 1º). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (Constitución Política, art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, “*las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos (cursivas no originales)*” los derechos humanos (Convención Interamericana art. 2º; Pacto de Derechos Civiles art. 2º ord. 2º). Ahora bien, la Corte Constitucional, en acuerdo con una doctrina muy autorizada en este campo, considera que entre las medidas “de otro carácter” deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas”.... Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los Pactos”⁵¹⁷.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Suprema consideró que el artículo 29,c de la Convención Americana de Derechos Humanos prohibía que se interpretasen sus disposiciones de manera de excluir otros derechos y garantías inherentes a la persona humana, dando un sentido muy amplio a la interpretación de los derechos, concluyendo su decisión señalando que:

“El derecho a la identidad como derecho inherente a la persona humana para la época de ocurridos los hechos estaba plenamente garantizado, por cuanto la fuerza vinculante de pactos internacionales así lo determinaba al igual que la consagración del derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad”⁵¹⁸.

Hasta cierto punto, la Constitución de Venezuela de 1999 también puede ubicarse en este primer sistema que permite la aplicación directa de los tratados internacionales en el orden interno, al otorgarle jerarquía supra constitucional a los derechos humanos declarados en dichos tratados internacionales cuando contengan provisiones más

517 *Idem*.

518 *Idem*

favorables. El artículo 23 de dicho texto constitucional, en efecto, dispone lo siguiente:

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Al establecer esta norma que los derechos humanos declarados en los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalecen respecto de las normas del orden jurídico interno si contienen disposiciones más favorables al goce y ejercicio de dichos derechos, se está refiriendo no sólo a lo que está establecido en las leyes, sino a lo dispuesto en la propia Constitución, otorgándole en consecuencia rango supra constitucional a dichos derechos declarados en instrumentos internacionales.

Este artículo de la Constitución venezolana, sin duda, es uno de los más importantes en materia de derechos humanos⁵¹⁹, no sólo por establecer el mencionado rango supra constitucional a los derechos declarados en tratados internacionales, sino por establecer la aplicación inmediata y directa de dichos tratados por los tribunales y demás autoridades del país. Su inclusión en la Constitución, sin duda, fue un avance significativo en la construcción del esquema de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, desafortunadamente, esta clara disposición constitucional ha sido interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una forma abiertamente contraria tanto a su texto como a lo que fue la intención del constituyente. En efecto, en la sentencia n° 1492 del 7 de julio de 2003, al decidir una acción popular de inconstitucionalidad intentada contra varias normas del Código Penal contentivas de normas llamadas “leyes de desacato” por violación de relativas a la libertad de expresión y, en particular, de lo dis-

519 La incorporación de este artículo en el texto de la Constitución, se hizo a propuesta nuestra. V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 88 y ss y 111 y ss.

puesto en tratados y convenciones internacionales, la Sala Constitucional de dicho Tribunal Supremo, resolvió en la siguiente forma:

En primer lugar, la Sala comenzó señalando que el artículo 23 de la Constitución contiene dos elementos claves: En primer lugar, indicó respecto de los derechos referidos en la normas, que “se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales”; y en segundo lugar, que el artículo constitucional “se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos”; agregando que se “se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales”⁵²⁰.

La Sala Constitucional luego concluyó señalando que del artículo 23 de la Constitución, es claro que:

“La jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara”.

Y más adelante insistió en señalar que:

“Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos”⁵²¹.

520 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

521 *Idem*.

Con fundamento en esta proposición, la Sala Constitucional concluyó su decisión señalando que “es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”; concluyendo de la siguiente manera:

“Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes”⁵²².

La Sala Constitucional concluyó su decisión fundamentándose en los principios de soberanía, argumentado que las decisiones de los tribunales internacionales pueden ser aplicados en Venezuela sólo cuando estén conformes con lo que dispone la Constitución. En consecuencia, el rango supra constitucional de los tratados cuando establezcan regulaciones más favorables en relación con el goce y ejercicio de los derechos humanos, puede considerarse que fue eliminado de un solo golpe por la Sala Constitucional, al asumir el monopolio absoluto de la interpretación constitucional, lo que de acuerdo con la Constitución no solo corresponde a dicha Sala.

En todo caso, el principal problema en relación con este criterio restrictivo de la Sala Constitucional en relación con la interpretación del valor de las decisiones de los organismos internacionales, es que la misma fue dictada como una interpretación vinculante de la Constitución, limitando así el poder general de los jueces al ejercer el con-

522 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

trol difuso de la constitucionalidad, de poder aplicar directamente y dar prevalencia en el orden interno a las normas de la Convención Americana.

La interpretación restrictiva, por otra parte, se adoptó en una decisión de la Sala Constitucional que fue dictada para negarle todo valor o rango constitucional a las “recomendaciones” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, rechazando en consecuencia a considerar que los artículos impugnados del Código Penal limitativos de la libertad de expresión del pensamiento en relación con funcionarios públicos, eran inconstitucionales por contrariar las recomendaciones de la Comisión Interamericana, que el accionante había argumentado que eran obligatorias para el país.

La Sala Constitucional venezolana, al contrario, consideró que de acuerdo con la Convención Americana, la Comisión puede formular “recomendaciones” a los gobiernos a los efectos de que adopten en su derecho interno medidas progresivas a favor de los derechos humanos, al igual que tomen provisiones para promover el respeto de los derechos (art. 41,b) considerando que:

“Si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello, el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación, lo que contrasta con la competencia y funciones del otro órgano: la Corte, la cual -según el artículo 62 de la Convención- puede emitir interpretaciones obligatorias sobre la Convención siempre que los Estados partes se la pidan, lo que significa que se allanan a dicho dictamen.

Si la Corte tiene tal facultad, y no la Comisión, es forzoso concluir que las recomendaciones de ésta, no tienen el carácter de los dictámenes de aquélla y, por ello, la Sala, para el derecho interno, declara que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son obligatorias.

Ahora bien, a juicio de esta Sala, las recomendaciones de la Comisión como tales, deben ser ponderadas en lo posible por los Estados miembros. Estos deben adaptar su legislación a las recomendaciones, siempre que ellas no colidan con las normas constitucionales, pero para esta adaptación no existe un término señalado y, mientras ella se practica, las leyes vigentes que no colidan con la Constitución o, según los tribunales venezolanos, con los derechos humanos contemplados en las

Convenciones Internacionales, siguen siendo aplicables hasta que sean declaradas inconstitucionales o derogadas por otras leyes”⁵²³.

En definitiva, la Sala Constitucional venezolana concluyó resolviendo que las recomendaciones de la Comisión en relación con las leyes de desacato, solo eran puntos de vista de la Comisión sin efectos imperativos u obligatorios, es decir, manifestaciones de alerta dirigida a los Estados para que en el futuro derogasen o reformasen dichas leyes a los efectos de su adaptación al derecho internacional. Lamentablemente, la Sala Constitucional se olvidó tomar en cuenta lo que los Estados están obligados a hacer en relación con las recomendaciones, que es adoptar las medidas para adaptar su derecho interno a la Convención; medidas que por supuesto no se agotan con la sola derogación o reforma de leyes, siendo una de dichas medidas, precisamente, la interpretación judicial que podía y debía ser dada por el juez constitucional conforme a las recomendaciones, que fue lo que la Sala Constitucional venezolana eludió hacer.

Al contrario, en la misma materia, en la Argentina, por ejemplo, luego de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considerara que las leyes de amnistía (*Punto Final y Obediencia Debida*) dictadas en ese país, así como las medidas de perdón aprobadas por el gobierno en relación con los crímenes cometidos por la dictadura militar eran contrarias a la Convención Americana, los tribunales comenzaron a considerar tales leyes como inconstitucionales por violar el derecho internacional siguiendo lo recomendado por las instancias internacionales⁵²⁴.

En todo caso, la Sala Constitucional de Venezuela, en la antes mencionada sentencia, al contrario concluyó su aproximación restrictiva señalando que

“Una interpretación diferente es otorgarle a la Comisión un carácter supranacional que debilita la soberanía de los Estados miembros, y que -como ya lo apuntó la Sala- lo prohíbe la Constitución vigente.

523 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, p. 141.

524 Sentencia de 4-03-2001, Juzgado Federal n° 4, caso *Pobrete Hlaczik*, citado en Kathryn Sikkink, “The transnational dimension of judicialization of politics in Latin America”, en Rachel Sieder et al (ed), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 274, 290

“Consecuente con lo señalado, la Sala no considera que tengan carácter vinculante, las recomendaciones del Informe Anual de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, correspondiente al año 1994 invocado por el recurrente. Dicho Informe hace recomendaciones a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos para derogar o reformar las leyes, para armonizar sus legislaciones con los tratados en materia de derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica; por lo que el Informe con recomendaciones no pasa de ser esto: un grupo de recomendaciones que los Estados acatarán o no, pero que, con respecto a esta Sala, no es vinculante, y así se declara”⁵²⁵.

La verdad, sin embargo, es que después de la sentencia de la Sala Constitucional de Venezuela, el Código Penal fue efectivamente reformado, pero no en relación con las normas que encajan dentro de las llamadas “leyes de desacato” no se produjo adaptación alguna.

De nuevo, en contraste con esta desatención del Estado a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, se encuentra en cambio el caso de Argentina, donde en 1995, el Congreso decidió en relación con las mismas materias pero derogando las normas que establecían los mismos delitos sobre “leyes de desacato”, precisamente en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana en la materia⁵²⁶

La mencionada aproximación restrictiva de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en relación con el valor en el derecho interno de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en todo caso, ya había sido adoptada con anterioridad por la misma Sala Constitucional en una sentencia de 17 de mayo de 2000, en la cual objetó los poderes cuasi jurisdiccio-

525 Sentencia n° 1942 de 15 de Julio de 2003, en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

526 Caso: *Verbistky*, Informe n° 22/94 de la Comisión de 20-09-1994, caso 11.012 (Argentina). V. los comentarios de Antonio Cancado Trindade, “Libertad de expresión y derecho a la información en los planos internacional y nacional”, en *Iudicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997, pp.194-195. V. el “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 17 de febrero de 1995”, en *Estudios Básicos de derechos Humanos*, Vol. X, Instituto Interamericano de Derechos Humanos., San José 2000, pp. 303 y ss..

nales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El caso, referido a la *Revista Exceso*, fue el siguiente:

El director y una periodista de dicha Revista intentaron una acción de amparo constitucional contra una sentencia de un tribunal penal dictada en un proceso por difamación e injuria contra ellos, pidiendo protección a su derecho a la libre expresión del pensamiento y a la libertad de información. Ante la falta de decisión de la acción de amparo, los accionantes acudieron ante la Comisión Interamericana denunciando el mal funcionamiento del sistema judicial venezolano, solicitando protección internacional contra el Estado venezolano por violación al derecho a la libre expresión del pensamiento y al debido proceso, así como contra las amenazas judiciales penales contra el director y la periodista de la Revista. La Comisión Interamericana, en el caso, adoptó algunas medidas preventivas de protección.

La Sala Constitucional, en su momento, al decidir sobre la acción de amparo intentada, consideró que este caso efectivamente se habían violado los derechos de los accionantes al debido proceso, pero no así su libertad de información; y en relación con las medidas cautelares adoptadas por la Comisión Interamericana, las calificó de inaceptables, señalando que:

“Igualmente considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional, según lo disponen la Carta Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica), que dispone que la petición sobre denuncias o quejas de violación de dicha Convención por un Estado parte, requerirá que “se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”, lo cual fue pretermitido en el caso de autos, por no haber ocurrido retardo judicial im-

putable a esta Sala según lo indicado en la parte narrativa de este fallo"⁵²⁷.

Esta desafortunada decisión puede considerarse como contraria al artículo 31 de la Constitución de Venezuela, que consagra expresamente el derecho constitucional de toda persona de poder acudir ante los organismos internacionales de derechos humanos como la Comisión Interamericana, solicitando amparo respecto de sus derechos violados. Por tanto, es difícil imaginar cómo es que este derecho constitucional se podría ejercer, si es la misma Sala Constitucional la que ha rechazado la jurisdicción de la Comisión Interamericana.

En contraste con esta reacción de la Sala Constitucional venezolana, en otros países como Costa Rica, la situación es la contraria, donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema en su sentencia n° 2313-95, fundamentó su decisión declarando la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas que establecía la colegiación obligatoria de los mismos al Colegio de Periodistas para poder ejercer dicha profesión, precisamente en lo que previamente había resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la *Opinión Consultiva n° OC-5 de 1985*⁵²⁸, señalando que:

[...] "si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta

527 Caso *Faitha M. Nahmens L. y Ben Ami Fihman Z.* (*Revista Exceso*), Exp. n° 00-0216, Sentencia n° 386 de 17-5-2000. Consultada en original. V. en Carlos Ayala Corao, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional" en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

528 Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. En la misma, la Corte Interamericana fue de la opinión: "que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"; y "que la Ley N° 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso -pleno- de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán - de principio- el mismo valor de la norma interpretada”⁵²⁹.

Por ello, la Sala concluyó en el caso concreto, que como Costa Rica había sido el país que había requerido la Opinión Consultiva:

“Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley n° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

Por lo demás, debe indicarse que conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, el sistema constitucional de ese país pienso que también puede ubicarse entre los que otorgan rango supra constitucional a los tratados en materia de derechos humanos, si contienen normas más favorables en la materia. Así, en la mencionada sentencia n° 2313-95, la Sala precisó lo siguiente:

“Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (*vid.* sentencia n° 3435-92 y su aclaración, n° 5759-93)”.

529 Sentencia n° 2312-05 de 09-05-1995. Consultada en original. Citada además en Rodolfo Piza R., *La justicia constitucional en Costa Rica*, San José 1995; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss

Por ello, en la misma sentencia de la Sala Constitucional costarricense, al precisar su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de normas, precisó que:

“La Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley n° 4420... es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política”.

Ahora bien, volviendo al caso de Venezuela, antes de que se adoptara la interpretación restrictiva de la Sala Constitucional antes referida, debe decirse que muchos tribunales inferiores en otras materias aplicaron la Convención Americana de Derechos Humanos, declarando la prevalencia de sus normas en relación con normas constitucionales y legales.

Fue el caso, por ejemplo, del derecho a la revisión judicial de sentencias, o derecho a la segunda instancia o derecho de apelación. En efecto, en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, al regular transitoriamente los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa⁵³⁰, se dispuso que en los casos de impugnación de algunos actos administrativos como los emanados de institutos autónomos o Administraciones desconcentradas o independientes, la competencia para decidir de la acción correspondía en única instancia a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sin apelación ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema.

La Constitución de 1999 solo reguló como derecho constitucional el derecho de apelación en materia de juicios penales a favor de la

530 V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1978.

persona declarada culpable (art. 40,1); por lo que en otros casos, como el mencionado de los juicios contencioso administrativos, no existía una garantía constitucional expresa a la apelación, por lo que en los casos de las decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso, conociendo en única instancia, la apelación había sido siempre declarada inadmisibile.

Después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, sin embargo, en algunos casos se ejercieron recursos de apelación contra decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa para ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, alegándose la inconstitucionalidad de la norma de la Ley Orgánica que limitaba el derecho de apelación en ciertos casos. Como consecuencia de ello, en algunos casos los tribunales contencioso administrativos, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, admitieron la apelación basándose en el derecho de apelar las decisiones judiciales ante el tribunal superior que se establece en el artículo 8,2,h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se consideró como formando parte del derecho constitucional interno del país. El tema finalmente también llegó a decisión por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual en una decisión n° 87 del 13 de marzo de 2000, resolvió lo siguiente:

“Puesta en relación esta norma con la disposición prevista en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución de la República, en la cual el derecho a recurrir del fallo se atribuye únicamente a la persona declarada culpable, y se autoriza el establecimiento de excepciones al citado derecho, cabe interpretar que la norma de la convención es más favorable al goce y ejercicio del citado derecho, puesto que consagra el derecho de toda persona a ser oída, no sólo en la sustanciación de cualquier acusación, penal, sino también en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, establece el derecho a recurrir del fallo, sin excepción alguna; le atribuye la naturaleza de garantía mínima; otorga su titularidad a toda persona, con independencia de su condición en el proceso; y establece que el titular del citado derecho ha de ser tratado bajo el principio de igualdad plena.

Puesta en relación esta norma en referencia con la disposición prevista en el último aparte del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cabe interpretar que esta última es incompatible con aquélla, puesto que niega, en términos absolutos, el derecho que la convención consagra, siendo que el ordenamiento constitucional no

atribuye a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el rango de tribunal supremo”⁵³¹.

Con fundamente en lo antes mencionado, la Sala Constitucional concluyó su decisión, señalando que:

[...] “reconoce y declara, con fundamento en la disposición prevista en el artículo 23 de la Constitución de la República, que el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forma parte del ordenamiento constitucional de Venezuela; que las disposiciones que contiene, declaratorias del derecho a recurrir del fallo, son más favorables, en lo que concierne al goce y ejercicio del citado derecho, que la prevista en el artículo 49, numeral 1, de dicha Constitución; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”⁵³².

La Sala Constitucional incluso resolvió el caso estableciendo una interpretación obligatoria, que exigía la re-redacción de la Ley Orgánica, disponiendo lo siguiente:

“En consecuencia, visto que el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone lo siguiente: “Contra las decisiones que dicto dicho Tribunal en los asuntos señalados en los ordinales 1 al 4 de este artículo no se oirá recurso alguno”; visto que la citada disposición es incompatible con las contenidas en el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales están provistas de jerarquía constitucional y son de aplicación preferente; visto que el segundo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República establece lo siguiente: “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”, ésta Sala acuerda dejar sin aplicación la disposición transcrita, contenida en el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica en referencia, debiendo aplicarse en su lugar, en el caso de la sentencia que se pronuncie, de ser el caso, sobre el recurso contencioso administrativo de anulación interpuesto por la par-

531 Caso: *C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. (Procompetencia)*, en *Revista de Derecho Público*, nº 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 157 y ss.

532 *Idem*, p. 157.

te actora ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (expediente n° 99-22167), la disposición prevista en el último aparte, segundo párrafo, del artículo 185 *eiusdem*, y la cual es del tenor siguiente: 'Contra las sentencias definitivas que dicte el mismo Tribunal ... podrá interponerse apelación dentro del término de cinco días, ante la Corte Suprema de Justicia (rectius: Tribunal Supremo de Justicia)'. Así se decide"⁵³³.

Pero en segundo lugar, otro de los mecanismos para que se produzca la aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos en el orden interno, es el derivado del otorgamiento de rango constitucional a los mismos, con lo cual adquieren igual jerarquía que la Constitución. En este grupo se pueden distinguir dos tipos de regímenes constitucionales: los que confieren rango constitucional a todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, o los que sólo otorgan dicho a un determinado grupo de tratados enumerados en las Constituciones.

En el primer grupo se destaca el caso de la Constitución del Perú de 1979, derogada en 1994, en cuyo artículo 105 se establecía que "los preceptos contenidos en los tratados sobre derechos humanos, tienen jerarquía constitucional" y en consecuencia, "no pueden ser modificados excepto mediante el procedimiento vigente para la reforma de la Constitución".

En el segundo grupo se puede ubicar la Constitución de Argentina, en la cual se otorga a un importante grupo de tratados y declaraciones internacionales que estaban vigentes en 1994, específicamente enumerados en el artículo 75.22 de la Constitución, una jerarquía superior a las leyes, es decir, rango constitucional:

"La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Dis-

533 *Idem.* p. 158.

criminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño”.

De acuerdo con esta previsión constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado la Convención Americana de Derechos Humanos, dando prevalencia a sus previsiones en relación con las leyes, como sucedió respecto de normas del Código de Procedimiento Penal, también en relación con el derecho de apelación. Al contrario de lo que se establece en la Convención Americana, dicho Código excluía el derecho de apelación respecto de algunas decisiones judiciales de acuerdo a la cuantía de la pena. La Corte Suprema de la Nación declaró la invalidez por inconstitucionalidad de dichas normas limitativas de la apelación, aplicando precisamente el artículo 8,1,h de la Convención Americana que garantiza, como se ha dicho, el derecho de apelar las decisiones judiciales por ante un tribunal superior”⁵³⁴.

Por otra parte, también en Argentina, los tribunales han considerado las decisiones de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana como obligatorias, incluso antes de que los tratados internacionales de derechos humanos fueran constitucionalizados en la reforma constitucional de 1994. En una sentencia de 7 de julio de 1992, la Corte Suprema aplicó la *Opinión Consultiva OC-7/86*⁵³⁵ de la Corte Interamericana, señalando que: “la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de san José (Estatuto, artículo 1)”⁵³⁶.

534 Sentencia de 04-04- 1995, Caso *Giroldi, H.D. y otros*. V. en Aida Kemelmajer de Caqrlucci and Maria Gabriela Abalos de Mosso, “Grandes líneas directrices de la jurisprudencia argentina sobre material constitucional durante el año 1995”, en *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 1996*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 1996, pp. 517 y ss.; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

535 Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

536 Sentencia caso *Miguel A. Ekmkdjiam, Gerardo Softvic y otros*, en Ariel E. Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en *La aplicación de los tratados sobre derechos Humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997; y en Carlos Ayala Corao, “Recep-

En 1995, la misma Corte Suprema de Argentina consideró que debido al reconocimiento por el Estado de la jurisdicción de la Corte Interamericana para resolver casos de interpretación y aplicación de la Convención Americana, sus decisiones “deben servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”⁵³⁷. En otras decisiones, la Corte Suprema revocó decisiones de tribunales inferiores por considerar que las interpretaciones que las sustentaban eran incompatibles con la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵³⁸.

Debe mencionarse, por otra parte, que en el caso de Panamá, a pesar de que no se indica en el texto Constitucional expresamente, el rango constitucional de los tratados, de la jurisprudencia de la Corte Suprema ello puede deducirse, al considerar que cualquier violación a un tratado internacional es una violación del artículo 4 de la Constitución. En efecto, la Constitución de Panamá sólo dispone que “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional” (art. 4); ello, sin embargo, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia, considerar como una violación constitucional la violación a normas de tratados internacionales. En una sentencia del 12 de marzo de 1990, en efecto, se declaró la inconstitucionalidad de un decreto ejecutivo que establecía un condicionamiento arbitrario de carácter global al ejercicio de las libertades de expresión y de prensa, para lo cual la Corte Suprema estableció que:

“Con ese proceder se viola el artículo 4 de la carta magna, que obliga al acatamiento de las normas de Derecho internacional por parte de las autoridades nacionales. En el caso bajo examen, tal como lo señala el recurrente, se trata de la violación del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos

ción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

537 Sentencia caso *H Girolodi*/ recurso de casación, 17-04-1995. V. en *Jurisprudencia Argentina*, Vol. 1995-III, p. 571; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

538 Caso *Bramajo*, September 12, 1996. V. en *Jurisprudencia Argentina*, Nov. 20, 1996; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

Humanos, aprobados por las leyes 14 de 1976 y 15 de 1977, respectivamente, convenios que rechazan el establecimiento de la censura previa al ejercicio de las libertades de expresión y de prensa, en tanto que derechos humanos fundamentales”⁵³⁹

En tercer lugar, la aplicación en el orden interno de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, se ha logrado en los casos en los cuales las Constituciones han atribuido rango supra legal a los tratados y convenciones internacionales en general, incluyendo los relativos a derechos humanos. En estos sistemas, los tratados están sujetos a la Constitución pero prevalecen sobre lo dispuesto en las leyes.

Esta fue la modalidad que se siguió por ejemplo en las Constituciones de Alemania (artículo 25), Italia (artículo 10) y Francia (artículo 55), y América Latina, es la solución adoptada en la Constitución de Costa Rica (reforma de 1968), en la cual se dispuso que:

“Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes” (Artículo 7).

Como antes se dijo, sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica le ha otorgado a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, rango constitucional e incluso supra constitucional de contener disposiciones más favorables al ejercicio de los mismos. La Sala Constitucional, también en relación con el derecho de apelación, ha aplicado directamente la Convención Americana de Derechos Humanos con prevalencia sobre las leyes, al considerar que las normas “legales que contradigan [un tratado] deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado”⁵⁴⁰. En esta forma, al considerar que el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos “reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en

539 V. en *Iudicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997 pp. 80-82.

540 Sentencia 282-90, caso *violación del artículo 8.2 de la Convención Americana por el derogado artículo 472 del Código de Procedimientos Penales*. Consultada en original.

una causa penal por delito, el de recurrir del fallo” la Sala consideró que el artículo 472 del Código de Procedimientos Penales que limitaban el ejercicio del recurso de casación debían tenerse “por no puestas” y entender “que el recurso de casación a que ahí se alude está legalmente otorgado a favor del reo condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa penal por delito”.

La Sala Constitucional, en una sentencia posterior n° 719-90 declaró con lugar el recurso de inconstitucionalidad intentado contra el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales, anulándolo y considerando en consecuencia, como “no puestas las limitaciones al derecho a recurrir en casación a favor del imputado contra la sentencia penal por delito, establecidas en el artículo”. Para ello, la Sala partió de la consideración de que:

“Lo único que, obviamente, impone la Convención Americana es la posibilidad de recurso ante un Tribunal Superior contra la sentencia penal por delito, de manera que al declararse inconstitucionales las limitaciones impuestas por el artículo 474 incisos 1) y 2) del Código de Procedimientos Penales, los requerimientos del artículo 8.2 inciso h) de la Convención estarían satisfechos, con la sola salvedad de que el de casación no fuera el recurso ante juez o tribunal superior, en los términos de dicha norma internacional”⁵⁴¹.

Se destaca, sin embargo, que en otra sentencia n° 1054-94, la Sala Constitucional declaró sin lugar la impugnación por inconstitucionalidad del artículo 426 del Código de Procedimientos Penales, por las mismas razones antes señaladas de negativa del recurso en materia de contravenciones y no de delitos, por considerar que en su jurisprudencia, lo que ha establecido la Sala con claridad es “que la citada Convención Americana establece la doble instancia como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, de recurrir del fallo ante un superior, y no indistintamente en todas las materias”⁵⁴².

Ahora bien, en cuanto al rango supra legal de los tratados y su prevalencia respecto de las leyes en caso de conflicto, en sentido similar, el artículo 144 de la Constitución de El Salvador dispone que:

541 Consultada en original.

542 *Idem*.

“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución” agregando que “La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador” y que “En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

De acuerdo con estas previsiones, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador también ha aplicado los tratados internacionales en materia de derechos humanos, decidiendo casos en los que ha considerado que las regulaciones internacionales prevalecen sobre la legislación interna. Es el caso de la sentencia de 17 de noviembre de 1994, dictada en un proceso en el cual un tribunal penal decidió la detención preventiva de un antiguo comandante de las fuerzas armadas irregulares, en un juicio que se le seguía por el delito de difamación. La Sala decidió que “para la adecuada comprensión de las instituciones de la detención provisional en nuestro sistema, debemos tener en cuenta además con fundamento en el artículo 144 de la Constitución, los tratados internacionales ratificados por El Salvador”⁵⁴³; en consecuencia, pasó a analizar el artículo 11,1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 9,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se refieren al derecho a la presunción de inocencia y al carácter excepcional de la detención preventiva, la cual no debe considerarse como la regla general. La Sala Constitucional también analizó el artículo XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que también se refiere a la presunción de inocencia, y a los artículos 7,2 y 8,2 de la Convención Americana de Derechos Humanos los cuales regulan los derechos de las personas en relación con las detenciones, particularmente el principio *nulla pena sine lege*. Conforme a todo ese análisis del derecho internacional de los derechos humanos, la Sala concluyó señalando que “Es en ese contexto –constitucional e internacional- que se ha de encuadrar el examen de la detención provisional, por cuanto tales

543 V. en *Iudicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997, p. 157.

normas, dada su superior ubicación en la jerarquía normativa, obligan a su cumplimiento”⁵⁴⁴

En consecuencia, y fundamentándose en las regulaciones internacionales en relación con la detención preventiva y los derechos de las personas, la Sala concluyó que “ésta no puede nunca constituir la regla general de los procesos penales -circunstancia además expresamente prohibida en el artículo 9,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- por lo que la misma, no puede funcionar automáticamente”⁵⁴⁵, porque no puede entenderse como una sanción anticipada. Al contrario, a los efectos de decretar la detención, el juez en cada caso necesita evaluar las circunstancias sobre la necesidad y conveniencia de la privación de la libertad para proteger el interés público fundamental.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Constitucional concluyó en relación con el caso que como en el mismo se había decidido la detención provisional, y “no se consignó justificación alguna para dicha orden, esta deviene en inconstitucional”⁵⁴⁶.

En otra sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador de 13 de junio de 1995, la Sala declaró la inconstitucionalidad de una Ordenanza municipal que había establecido restricciones al ejercicio del derecho de reunión y manifestación, fundamentándose en lo dispuesto en los artículos 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme a los cuales las limitaciones a dichos derechos sólo podía establecerse por ley. A tal efecto, la Sala partió de la consideración de que “Los tratados internacionales vigentes en nuestro país, con supremacía respecto de las leyes secundarias, entre ellas, el Código Municipal, reconocen la libertad de reunión y manifestación pública y establecen que este derecho solo podrá estar sujeto a limitaciones o restricciones previstas por la LEY, que sean necesarias en una sociedad democrática”, la cual “tiene que se emitida por la Asamblea Legislativa observando el formalismo” establecido en la Constitución; y además dispuso la Sala, que dicha ley, de acuerdo con el artículo XXVIII la Declaración Americana de Derechos

544 *Idem*, p. 157.

545 *Idem*, p. 158.

546 *Idem*, p. 158.

Humanos solo puede establecer limitaciones sujetas al “principio de razonabilidad de manera que “sea intrínsecamente justa: es decir, que debe responder a ciertas pautas de valor suficientes, o sea dar el contenido material de justicia consagrado en la Constitución” Concluyó la Sala en el caso concreto, declarando la inconstitucionalidad solicitada, al considerar que:

“Ninguno de estos componentes encontramos en el instrumento cuya inconstitucionalidad se demanda: es decir, que se trata de un caso típico de abuso de autoridad, pues no solo se entra en reglar el ejercicio de un derecho constitucional sin autorización bastante, sino que usurpa una función reservada al legislador”.

La Constitución de México, al referirse a los tratados internacionales, puede considerarse como la que en América Latina que sigue más de cerca el texto de la Constitución Norteamericana, a disponer:

“*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 Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Se trata de la misma llamada cláusula de supremacía, conforme a la cual, tradicionalmente se había considerado que los tratados tenían la misma jerarquía normativa que las leyes. Así lo decidió la Suprema Corte de la Nación en sentencia de Pleno C/92, de 30 de junio de 1992, al señalar que ocupando las leyes y los tratados internacionales, el mismo “rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano”, un

[...] “tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional”.⁵⁴⁷

547 Tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, n° 60, diciembre de 1992, p. 27.

Pero este criterio ha sido abandonado por la propia Suprema Corte, en una sentencia de revisión de amparo n° 1475/98, en la cual, al interpretarse el artículo 133 constitucional conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, se determinó que en virtud de que “los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional” los tratados internacionales “se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y, en un segundo plano, respecto de la Constitución Federal”, adquiriendo entonces rango supra legal⁵⁴⁸.

En este grupo de países que otorga rango supra legal a los tratados en materia de derechos humanos también se puede ubicar el caso de Paraguay. La Constitución contiene una cláusula de supremacía similar a la mexicana, con el siguiente texto:

Artículo 137 - De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Dicha cláusula, sin embargo, tiene la peculiaridad de indicar el orden de prelación de las fuentes, por lo que los tratados si bien están por debajo de la Constitución, están por encima de las leyes. Además, esta norma se complementa con el artículo 141 de la misma Constitución que dispone que “los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137”.

Conforme a estas previsiones, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Primera Sala de Paraguay, en sentencia de 10

548 V. la referencia en Guadalupe Barrena y Carlos Montemayor “Incorporación del derecho internacional en la Constitución mexicana”, *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Vol. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2001; y en Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 39, San José 2004, p. 82, nota 15.

de junio de 1996, revocó una sentencia de un tribunal inferior que había dictado una condena por el delito de difamación en el cual el querellante era una persona política y pública, argumentando que “en una sociedad democrática los políticos están más expuestos a la crítica de la ciudadanía”, por lo que “en ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés público”, invocando para la sentencia revocatoria, las normas constitucionales pertinentes así como el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁴⁹

En cuarto lugar, en relación con la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno y su aplicación por los tribunales, otro sistema que quizás es el más común, es el de la atribución a los mismos del mismo rango que las leyes. Es el sistema clásico del constitucionalismo moderno, generalizado según lo que dispuso la Constitución de los Estados Unidos en su artículo VI. 2:

“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que deben sancionarse conforme a la misma; y todos los tratados suscritos o que deban suscribirse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces en cada Estado se sujetarán a la misma, aún cuando exista algo en contrario en la Constitución o leyes de los Estados”.

En estos sistemas, en consecuencia, los tratados son parte de la legislación del país, teniendo entonces el mismo rango que las leyes. Están sujetos a la Constitución, y en su aplicación en relación con las leyes se rigen por los principios de la ley posterior y de la ley especial a los efectos de su prevalencia o efectos derogatorios.

En el caso de Uruguay, el artículo 6 de la Constitución sólo hace referencia a los tratados internacionales a los efectos de indicar que se debe proponer “la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”; no haciendo referencia alguna ni a la jerarquía en el derecho interno ni al tema de los derechos humanos. Ello, sin embargo, no ha sido impedimento para que la Corte Suprema de Justi-

549 V. en *Judicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997 pp. 82-86.

cia, por ejemplo, en la sentencia de 23 de octubre de 1996, al resolver sobre una excepción de inconstitucionalidad opuesta por el Ministerio Público contra normas de la Ley de Prensa que permiten ser juzgado en libertad por delitos de prensa, fundamentara su argumento en lo dispuesto en tratados internacionales, para desestimar la excepción. El caso concreto trató sobre un delito de imprenta por críticas formuladas al Presidente del Paraguay, en el cual el denunciante fue el Embajador del Paraguay en el Uruguay. El Ministerio Público denunció violaciones al principio de igualdad contenidas en normas constitucionales y en los artículos 7 de la Declaración Americana de Derechos Humanos y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Suprema para decidir analizó extensivamente el derecho humano a la libre expresión del pensamiento haciendo referencia, precisamente, al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; a la Opinión Consultiva OC-5 sobre incompatibilidad del derecho a la libre expresión del pensamiento y la colegiación obligatoria de los periodistas; y al derecho a la presunción de inocencia “consagrado expresamente, en todo caso, en las Convenciones y Declaraciones internacionales a las que ha adherido el país o que de otro modo le obligan (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.4 y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2..), lo que permitía al querrellado en el caso, el ser juzgado en libertad⁵⁵⁰.

El sistema constitucional de la República Dominicana también puede ubicarse en este grupo constitucional, donde los tratados tienen el mismo rango que las leyes. Por ello, y precisamente por el hecho de que la República Dominicana es uno de los pocos países de América Latina que no tiene consagrado en el texto constitucional el recurso o acción de amparo como medio judicial de protección de los derechos humanos, la Corte Suprema aplicó la Convención Americana de Derechos Humanos para admitir jurisprudencialmente la acción o recurso de amparo.

550 *V. en Iudicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997 pp. 72-79.

En efecto, el artículo 3 de la Constitución de la República Dominicana establece que “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado”. Conforme a ello, en 1977 el Congreso aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyos artículos 8,2 y 25,1 se regulan los principios generales del debido proceso y, en particular, la acción o recurso de amparo para la protección de los derechos humanos declarados en la Convención, en las Constituciones y en las leyes de los Estados miembros.

De acuerdo con estas previsiones, si bien era cierto que la Constitución no regulaba expresamente la acción o recurso de amparo, el mismo estaba consagrado en la Convención Americana, por lo que dicho recurso podía ejercerse por toda persona en protección de sus derechos. El problema, sin embargo, radicaba en la ausencia de las reglas de procedimiento relativas al amparo, incluyendo la ausencia de normas legales atributivas de competencia judiciales para conocer de la acción. Ello explica por qué hasta 1999 no se habían intentado acciones de amparo.

Ese año, sin embargo, una empresa privada, la empresa *Productos Avon S.A.*, intentó un recurso de amparo ante la Corte Suprema contra una sentencia dictada por un juzgado con competencia en materia laboral, alegando violación de derechos constitucionales, y fue dicha acción la que originó la admisibilidad jurisprudencial de la acción de amparo en la República Dominicana sin que hubiera disposición constitucional o legal sobre la misma.

En efecto, la Corte Suprema en su sentencia del 24 de febrero de 1999, admitió la acción de amparo intentada por la mencionada empresa *Avon*, declarando al amparo como “una institución de derecho positivo” y prescribiendo en la decisión las reglas básicas de procedimiento para el ejercicio de tales acciones de amparo⁵⁵¹. El caso se desarrolló como sigue:

551 V. en *Iudicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 7, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 329 y ss. Véanse los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana”, *idem*, pp. 334 y ss; y en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2000.

1. La empresa demandante alegó que la decisión judicial del tribunal laboral había violado su derecho a ser juzgado por el juez natural, a cuyo efecto solicitó a la Corte Suprema que: primero, declarara en su sentencia que el amparo debía considerarse como una institución dominicana de derecho público; y segundo, que la Corte Suprema, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica Judicial que le atribuye a la Corte el poder de resolver sobre el procedimiento aplicable en caso de que no exista uno legalmente prescrito, disponiendo las normas respectivas, que en consecuencia estableciera dichas normas en relación con los recursos de amparo. Adicionalmente, el recurrente solicitó a la Corte que dictara una medida cautelar suspendiendo los efectos de la sentencia laboral impugnada mientras durase el juicio de amparo.

2. La Corte Suprema, a los efectos de decidir, estableció el criterio que los tratados internacionales invocados por el recurrente, particularmente los artículos 8 y 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, eran parte del derecho interno de la República Dominicana, y tenían la finalidad de garantizar la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley y en la indicada Convención, contra todo acto violatorio de dichos derechos, cometido por cualquier persona actuando o no en el ejercicio de funciones públicas, por lo que incluso se admitía contra actuaciones de particulares. En este aspecto, la Corte Suprema resolvió que:

“Contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que, al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo está abierto a favor de toda persona contra actos que violes sus derechos fundamentales, “aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, evidentemente incluye entre éstas a las funciones judiciales”.

Igualmente, la Corte resolvió que la vía del amparo:

“Queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional. Del poder judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido”⁵⁵²

En relación con este tema, la decisión de la Corte Suprema de la República Dominicana puede considerarse como muy importante en virtud de admitir claramente que la acción de amparo también procede contra particulares, siguiendo en tal sentido la concepción amplia del amparo iniciada en Argentina y que se sigue en Uruguay, Chile, Perú, Bolivia y Venezuela. La concepción restringida, en cambio, que excluye el amparo contra particulares, es la que se sigue en México, Brasil, Panamá, El Salvador y Nicaragua.

La decisión de la Corte Suprema de la República Dominicana también siguió la concepción amplia del amparo, al admitirlo contra decisiones judiciales, tal como está aceptada en la Convención Americana, y en contra de la tendencia observada en otros países latinoamericanos que excluyen la acción de amparo contra sentencias o decisiones judiciales, como es el caso de Argentina, Uruguay, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Honduras y Nicaragua. En Colombia, el decreto de 1999, regulador de la acción de tutela también admitió la acción de amparo contra decisiones judiciales, pero la Corte Constitucional rápidamente anuló el artículo 40 que lo consagraba, considerando que violaba el derecho a la cosa juzgada de las decisiones judiciales definitivas⁵⁵³. Sin embargo, posteriormente, la tutela fue admitida contra decisiones judiciales fundamentándose en el control de la vía de hecho judicial como instrumento para enfrentar y someter la arbitrariedad judicial ⁵⁵⁴

3. En relación con la decisión de la Corte Suprema de la República Dominicana, adicionalmente decidió que incluso en ausencia de reglas de procedimiento respecto del trámite del recurso de amparo, contrariamente a lo que sucedía con el recurso habeas corpus que en cambio si disponía de una regulación legal que establecía el juez

552 *Idem.* p. 332

553 Sentencia C.543 de 24 septiembre de 1992. V. en Manuel José Cepeda Espinosa, *Derecho Constitucional Jurisprudencia*, Legis, Bogotá 2001, p. 1009 y ss.

554 Sentencia T-213 de 13 de mayo de 1994. *Idem.* p. 1022 y ss

competente y el procedimiento respectivo; tratándose el amparo de un medio judicial simple, rápido y efectivo para la protección de todos los otros derechos constitucionales distintos a los protegidos mediante el habeas corpus, ningún juez podría rechazar su admisión aduciendo la ausencia de regulación legal. A tales efectos, la Corte Suprema, conforme se establece en el artículo 29,2 de la Ley Orgánica Judicial, y a los efectos de evitar la confusión que podría ocasionar la ausencia de reglas de procedimiento, invocó su potestad de establecerlas, resolviendo en definitiva:

“Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos DE SAN José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución n° 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3, de la Constitución de la República”⁵⁵⁵.

Como consecuencia, la Corte Suprema pasó a resolver los problemas prácticos que podría originar la aceptación del amparo, estableciendo las reglas de procedimiento, así: primero, determinando que la competencia para conocer en materia de amparo corresponde a los tribunales de primera instancia en el lugar donde se haya producido la acción u omisión cuestionada; y segundo, estableciendo las reglas de procedimiento, en sentido similar a las dispuestas en los artículos 101 y siguientes de la ley n° 834 de 1978, agregando algunas referencias respecto de los plazos para intentar la acción ante los tribunales, de la audiencia que debe tener lugar para decidir, de los plazos para decidir y del lapso de apelación.

La Corte Suprema, finalmente, a los efectos de evitar los abusos que podría producir la admisión del amparo, recordó que dicho recurso no debía entenderse como la introducción de una tercera instancia en los procesos judiciales⁵⁵⁶.

555 *Idem.* p. 333

556 *V. en Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 7, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 329 y ss. Véanse los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana”, *idem*, pp. 334 ff.

Esta sentencia de la Corte Suprema de la República Dominicana, adoptada en ausencia de regulaciones constitucionales y legales sobre la acción de amparo, admitiendo este medio judicial de protección de los derechos humanos de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana de derechos Humanos, sin duda, es una de las más importantes sentencias de dicha Corte en la materia, no sólo en relación con la admisibilidad de la acción de amparo⁵⁵⁷, sino en cuanto a la aplicabilidad directa en el orden interno de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

IX. LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Por último, otra técnica interpretativa que ha permitido la ampliación por los tribunales constitucionales del elenco de derechos humanos, más allá de los declarados en las Constituciones, recurriendo a lo establecido en los instrumentos internacionales, en ausencia del otorgamiento de rango normativo alguno a los mismos también deriva de las regulaciones establecidas en las propias Constituciones, por ejemplo, al disponer que los derechos enumerados deben interpretarse de acuerdo con lo establecido en los instrumentos internacionales; mediante la incorporación en los preámbulos o declaraciones generales de las Constituciones de referencias a las declaraciones universales de derecho humanos; o mediante la regulación del principio de la progresividad en la interpretación de los derechos humanos.

En primer lugar, algunas Constituciones, por ejemplo, expresamente disponen como principio que la interpretación de sus normas relativas a derechos humanos debe hacerse de atendiendo a lo establecido en los instrumentos internacionales sobre la materia. Esta fue la técnica seguida por la Constitución de España (Artículo 10,2) y Portugal (Artículo 16,2) y en América Latina en la que sigue la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 93 dispone que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

557 *Idem*, p. 334 ff.

De acuerdo con esta previsión constitucional, los órganos del Estado y no solo los tribunales, están obligados a interpretar las regulaciones constitucionales sobre derechos humanos de conformidad con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre la materia; siendo el resultado de ello, tanto el reconocimiento de los derechos declarados en dichos tratados como teniendo igual rango y valor constitucional que los derechos declarados en la Constitución misma como su aplicabilidad directa en el ámbito interno, ya que aquellos son los que deben guiar la interpretación de estos.

Esta técnica interpretativa, en todo caso, ha sido utilizada frecuentemente por los tribunales en Colombia al interpretar el ámbito y extensión de los derechos constitucionales, como fue el caso de la sentencia de la Corte Constitucional de 22 de febrero de 1996, dictada con motivo de decidir la impugnación por inconstitucionalidad de la ley de destinada a regular las transmisiones de televisión, que el impugnante consideró contraria al derecho constitucional a informar. La Corte Constitucional, en la sentencia, comenzó su argumento señalando que:

“La validez interna de una norma consagrada por el legislador no solamente está supeditada a la adecuación de su preceptiva a los postulados y mandatos constitucionales, sino que también depende del acatamiento de los compromisos internacionales de Colombia, pactados en tratados públicos aprobados por el Congreso y ratificados por el Jefe del Estado de acuerdo con la Constitución (artículos 9; 159 numeral 16; 189, numeral 2 y 226).

La conformidad de la legislación interna con los tratados internacionales y con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano con otros Estados o con entidades supranacionales es exigida con mayor rigor por la Constitución Política cuando se trata de la aplicación y el ejercicio de los derechos fundamentales, según resulta con nitidez meridiana del artículo 93 de la carta Política, a cuyo tenor los tratados y convenios internacionales que hubiere aprobado el Congreso y ratificado el Ejecutivo, mediante los cuales se reconocen los derechos humanos y en los que se prohíbe su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

La norma constitucional declara sin rodeos que los derechos y deberes consagrados en el Estatuto Fundamental se interpretarán de con-

formidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”⁵⁵⁸

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional luego pasó a referirse a la libertad de expresión del pensamiento y al derecho constitucional a informar de acuerdo con lo establecido en el artículo 19,2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 13,2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, particularmente en relación con la universalidad del ejercicio de tales derechos, “sin consideraciones de fronteras”; concluyendo que:

“Prohibir en el territorio nacional se instalen o pongan en funcionamiento estaciones terrenas destinadas a la captación y posterior difusión, transmisión o distribución de señales de satélites, bien que su procedencia sea nacional o internacional, implicaría flagrante vulneración del derecho a la información, que cubre a toda persona en los términos del artículo 20 de la Constitución”⁵⁵⁹.

Una segunda técnica interpretativa que conduce a la aplicación de los tratados internacionales en el orden interno, adquiriendo además rango constitucional, resulta de las declaraciones generales contenidas en los Preámbulos de los textos constitucionales en los cuales se hace referencia a las declaraciones internacionales de derechos humanos o a los derechos humanos como valor universal.

En esta forma, muchos de los Preámbulos de las Constituciones dictadas después de la Segunda Guerra Mundial, hacen referencia a los derechos humanos y en particular a las declaraciones internacionales, como valores fundamentales de la sociedad. El ejemplo más clásico es el de la Constitución francesa de 1958 en la cual, sin que en su texto se haya incorporado una declaración de derechos humanos, se establece la siguiente declaración general contenida en el Preámbulo:

“El Pueblo Francés proclama solemnemente su dedicación a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional definidos en

558 *V. en Iudicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997 pp. 34-35.

559 *Idem*, p. 37.

la Declaración de 1789, reafirmados y complementados en el Preámbulo de la Constitución de 1946”.

Con fundamento en esta declaración, como antes se ha dicho, el Consejo Constitucional francés extendió el bloque de la constitucionalidad⁵⁶⁰, atribuyendo rango y valor constitucional a los derechos humanos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁵⁶¹, con lo cual, al decir de Jean Rivero, “La Constitución francesa dobla su volumen con la sola voluntad del Consejo Constitucional”⁵⁶².

En América Latina, muchas Constituciones también contienen declaraciones generales en las cuales se definen los propósitos de la organización política y de la sanción de la propia Constitución, estableciendo una orientación general para la actuación de los órganos del Estado en relación con el respeto y garantía de los derechos humanos. Por ejemplo, la Constitución de Venezuela declara que dicho texto se ha sancionado con el fin de que se “asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna”, promoviendo “la garantía universal e indivisible de los derechos humanos”.

La Constitución de Guatemala, por su parte, también expresa en su Preámbulo que dicho texto se ha dictado “afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social” y “decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho”.

Siendo en estos casos, el objetivo general de las Constituciones, el garantizar, promover e impulsar el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos referidos en el contexto universal, los derechos incorporados en las declaraciones y tratados internacionales pueden ser considerados o interpretados como teniendo el mismo rango y

560 V. L. Favoreu, «Le principe de constitutionalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel», en *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris 1977, p. 33.

561 V. Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, 1989.

562 V. J. Rivero, «Rapport de Synthèse» en L. Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Aix-en-Provence 1982, p. 520.

valor de los que se han incorporado en el texto de las declaraciones constitucionales.

Otras Constituciones contienen declaraciones de principio similares, aún cuando no en sus preámbulos, sino en el propio texto constitucional, al regularse aspectos específicos del funcionamiento de los órganos del Estado, imponiéndoseles como obligación, por ejemplo, el garantizar efectivamente el derecho de todas las personas para el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. En estos casos, al establecerse como obligación estatal el necesario respeto a los derechos humanos o el garantizar que puedan ser efectivamente ejercidos, ello se ha interpretado como reconociendo el valor universal de los derechos, y su rango constitucional, aún cuando no estén en el texto constitucional.

Es el caso de la Constitución de Chile, en la cual, en la reforma de 1989, se incorporó una declaración general en la cual se reconoció que el ejercicio de la soberanía está limitado por “el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, prescribiendo además, como un “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 5). En consecuencia, si es un deber de los órganos del Estado el respetar y promover los derechos humanos que están garantizados en los tratados internacionales, dichos derechos adquieren igual rango y valor constitucional que el de los derechos constitucionales enumerados en el texto fundamental. Incluso la referencia constitucional a los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” permite y exige que no solo los declarados en el texto constitucional tengan el carácter de derechos constitucionales, sino los enumerados en los tratados internacionales, e incluso, por ejemplo, que también tengan tal carácter aquellos no enumerados en texto expreso pero que sean esenciales a la naturaleza humana.

La Constitución de Ecuador también prescribe en su artículo 16, en el misma orientación, que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”, garantizando el Estado “a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”;

obligándose el Estado, además, a adoptar “mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos” (Art. 17).

En consecuencia, en estos casos, las obligaciones del Estado se refieren no solo a garantizar el ejercicio de los derechos enumerados en la Constitución, sino en los instrumentos internacionales, los cuales por tanto puede considerarse que adquieren el mismo rango y valor que aquellos.

En este sentido, también debe hacerse especial referencia a la Constitución de Nicaragua, en la cual se incorporó una declaración general en el artículo 46, conforme a la cual, en el territorio nacional, toda persona goza no solo “de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos” sino además, de la protección del Estado respecto “de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

En este caso, la referencia constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos, dada la dinámica internacional en la material, debe entenderse como una enumeración no restrictiva, particularmente por la referencia previa a los derechos inherentes a la persona humana.

Ahora bien, con fundamento en este artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, y alegándose la violación de derechos consagrados en tratados internacionales, por tanto, se han impugnado leyes por inconstitucionalidad, como fue el caso de la Ley General sobre los medios de la Comunicación Social (Ley. n° 57) de 1989. En la sentencia respectiva de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de fecha 22 de agosto de 1989, si bien se declaró sin lugar el amparo por inconstitucionalidad que se había intentado, para resolver la Corte consideró extensivamente las violaciones denunciadas no sólo respecto de artículos constitucionales como el artículo 46, sino a través del mismo, de normas de la Declaración Universal de Derechos Huma-

nos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁶³.

Finalmente, también debe hacerse mención a la Constitución de Brasil, en la cual se proclamó que el Estado en sus relaciones internacionales se rige por el principio de la prevalencia de los derechos humanos (Artículo 4,III); y se indicó que como el Estado es un Estado democrático de derecho, tiene como uno de sus fundamentos la dignidad de la persona humana (Artículo I, III). En relación con los derechos humanos, en particular, el artículo 5,2 de la Constitución dispone que “los derechos y garantías establecidos en esta Constitución no excluye otros que pueden resultar del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte” (Art. 5,2).

Este artículo también se ha interpretado, en la misma línea general de las otras Constituciones latinoamericanas, como un mecanismo para reconocer en el orden interno, el rango y valor de los derechos humanos declarados en los instrumentos internacionales, que por ello, pueden tener aplicación directa por los tribunales⁵⁶⁴.

Por ultimo, también debe hacerse mención al principio de la progresividad como mecanismo de interpretación de los derechos humanos, mediante el cual, como cuestión de principio no se puede admitir una interpretación o aplicación de una norma relativa a derechos humanos que resulte en una disminución de su goce, ejercicio y protección efectivos; y además, que en caso de que existan varias previsiones reguladoras de derechos, la que debe aplicarse con prela-

563 V. el texto de la sentencia en *Iudicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997, pp. 128-140. Véanse los comentarios de Antonio Cancado Trindade, “Libertad de expresión y derecho a la información en los planos internacional y nacional”, *Idem*, p.194.

564 Antonio Cancado Trindade ha considerado que la con estas normas, la Constitución de Brasil le otorga a los tratados de derechos humanos, naturaleza constitucional, inmediatamente exigibles en el derecho interno. V., *Directo internacional e directo interno: Sua Interação dos direitos humanos*, San José, 1996 citado por Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 39, San José 2004, p. 78, nota 12.

ción es la que disponga la regulación más favorable⁵⁶⁵. Tal como lo había resuelto la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, “el principio jurídico de progresividad envuelve la necesidad de aplicar con preferencia la norma más favorable a los derechos humanos, sea de Derecho Constitucional, de Derecho Internacional o de derecho ordinario”⁵⁶⁶. En consecuencia, la interpretación de las leyes relativas a derechos humanos siempre debe guiarse por el principio de progresividad, en el sentido de que siempre debe resultar una interpretación más protectora en relación con los mismos.

El principio de la progresividad, por otra parte, se incorporó expresamente en el texto constitucional de Venezuela 1999, en cuyo artículo 19 se dispone que el Estado garantiza a toda persona “el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos...conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna”.

Ahora bien, en relación con este principio de progresividad, en particular en cuanto su implicancia respecto de la aplicación preferente de la norma que contenga regulaciones más favorables al ejercicio del derecho (*favor libertatis*), en una importante sentencia de amparo dictada por la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela de 3 de diciembre de 1990, dicho supremo tribunal lo aplicó al referirse a los derechos de la mujer embarazada.

En efecto, el caso se trató de una funcionaria pública que durante su embarazo, fue despedida de su cargo sin causa justificada. Para la fecha, la Ley del Trabajo no establecía derecho alguno de la mujer embarazada a no ser despedida de su cargo sin causa justificada, lo que sin embargo si estaba regulado en el Convenio n°, 103 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Convención eliminando toda forma de discriminación contra la mujer. En cuanto a la normativa constitucional, el artículo 74 de la Constitución de 1961 solo contenía una previsión general relativa al derecho de protección de la maternidad.

565 V. Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

566 Sentencia de 30-07-1996, en *Revista de Derecho Público*, n° 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 170.

La Corte Suprema, sin embargo, en el caso concreto, después de analizar la protección solicitada por la funcionaria despedida, que le impedía gozar de su derecho al descanso pre y post natal, declaró con lugar la acción de amparo que había sido intentada, resolviendo que:

“El derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post natal constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental, según el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes de la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

De modo que de toda esta normativa de carácter Supranacional, y en particular el mandato contenido en el artículo 74 de la Constitución, consagra la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, materializando tal protección a través de la consagración de la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal”.

Con fundamento en tan claras y terminantes disposiciones, esta Corte considera que cualquier intento del patrono o empleador de cercenar el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada sin que medie causal de despido por de retiro por razones disciplinarias y al no permitir el disfrute del derecho al descanso pre y post natal, constituye una evidente y flagrante violación al principio constitucional consagrado en los artículos 74 y 93 de la Constitución”⁵⁶⁷

En este caso, por tanto, el principio interpretativo de la progresividad condujo a la aplicación directa por los tribunales de las normas internacionales más favorables en materia de derechos humanos.

Otras Constituciones como la de Ecuador, no sólo establecen el principio de que “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”, sino que se dispone expresamente la progresividad

567 Caso: *Mariela Morales de Jiménez. V.* en *Revista de Derecho Público*, nº 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 84-85. Véanse las referencias en la sentencia de 30-07-1996 en *Revista de Derecho Público*, nº 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 170.

como principio de interpretación, al prescribir que “en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”.

Este principio de la progresividad en la interpretación de los derechos humanos que incluso ha sido regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo 25), puede decirse que equivale al también denominado principio *pro homine*, el cual ha sido definido como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos”; y que implica que en materia de derechos humanos, la interpretación “estará siempre a favor del hombre” (*pro homine*)⁵⁶⁸. El principio se ha deducido como incorporado en las Constituciones, como las ya mencionadas de Chile y Perú, cuando precisan como fin esencial del Estado el respeto de los derechos humanos. Era el caso de la Constitución del Perú de 1993, en la cual se disponía que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin de la sociedad y del Estado” (art. 1); y es el caso de la Constitución de Chile en la cual se dispone como “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 5)⁵⁶⁹.

Como lo ha precisado Henderson, el principio *pro homine* tiene varias formas de aplicación, entre las que se destacan: en primer lugar, en los casos en los cuales esta en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo; en

568 V. Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterio hermenéutico y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos Humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, p. 163. V. además, Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 39, San José 2004, p.92.

569 V. Iván Bazán Chacón, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización de violaciones de derechos humanos” en *Para hacer justicia. Reflexiones en torno a la judicialización de casos de violaciones de derechos humanos*, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2004, p. 27; Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 39, San José 2004, p. 89, nota 27.

segundo lugar, en casos en los cuales se está en presencia de una sucesión de normas, debe entenderse que la norma posterior no deroga la anterior si esta consagra protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas; y en tercer lugar, cuando se trate de la aplicación de una norma, debe siempre interpretarse en la forma que mejor tutele a la persona⁵⁷⁰.

570 V. Humberto Henderson, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", en *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 39, San José 2004, pp. 92-96.

ÍNDICE GENERAL

CONTENIDO.....	7
INTRODUCCIÓN	11
§ 1. EL MARCO GENERAL PARA LA "IN" JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL JUEZ CONSTITUCIONAL SOMETIDO AL PODER POLÍTICO	
I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU DISTORSIÓN POR LA PRÁCTICA POLÍTICA	11
II. LA AUSENCIA DE DISPOSICIONES TRANSITORIAS SOBRE EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	18
III. EL INCONSTITUCIONAL ORIGEN DE LA SALA CONSTITU- CIONAL.....	19
IV. LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO JUEZ EN SU PROPIA CAUSA	21
V. LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE NUEVO VUELVE A SER JUEZ Y PARTE, AL DECIDIR EN SU PROPIA CAUSA EN RELACIÓN CON EL NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS EN 2000	29
VI. LA BURLA A LA CONSTITUCIÓN EN CUANTO A LA IN- APLICABILIDAD DE LAS CONDICIONES CONSTITUCIONA- LES DE ELEGIBILIDAD DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBU- NAL SUPREMO PARA LOS NOMBRADOS EN EL PRIMER PERÍODO CONSTITUCIONAL.....	35
VII. LA BURLA A LA CONSTITUCIÓN EN CUANTO LA REGULA- CIÓN LEGAL DEL COMITÉ DE POSTULACIONES JUDICIA- LES EN 2004	42

PRIMERA PARTE
LOS INSTRUMENTOS PARA LA “IN”
JUSTICIA CONSTITUCIONAL

§2. QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES: DE
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL A
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

I.	LA INCONSTITUCIONAL CREACIÓN DEL RECURSO AUTÓNOMO DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	52
II.	LA INCONSTITUCIONAL AMPLIACIÓN DE LA POTESTAD DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE REVISIÓN DE SENTENCIAS Y LA RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA.	57
III.	EL PRINCIPIO DEL ORDEN PROCESAL Y LA INCONSTITUCIONAL AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE AVOCAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL.....	61
	1. <i>El avocamiento como competencia de todas las Salas</i>	61
	2. <i>El avocamiento como competencia de la Sala Constitucional en relación con las otras Salas del Tribunal Supremo</i>	64
IV.	EL PRINCIPIO DISPOSITIVO DEL PROCESO Y LA INCONSTITUCIONAL EXTENSIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE ACUACIÓN DE OFICIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL.....	65
	1. <i>El régimen constitucional y legal del principio dispositivo y las excepciones constitucionales</i>	65
	2. <i>La inconstitucional asignación de poderes de actuación de oficio a la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias.</i>	67
	3. <i>La inconstitucional asignación de poderes de actuación de oficio a la Sala Constitucional en materia de avocamiento</i>	68
	4. <i>El confuso caso de inicio de oficio de un proceso constitucional de control incidental de la constitucionalidad de las leyes con efectos anulatorios</i>	68
V.	EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU RUPTURA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LAS MISMAS.....	72
VI.	LA AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN.....	73

VII. LA INCONSTITUCIONAL ASUNCIÓN DEL MONOPOLIO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA RES-TRICCIÓN DE LOS PODERES DE CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES	75
VIII. LA INCONSTITUCIONAL ASUNCIÓN DEL MONOPOLIO DE INTERPRETAR LA PREVALENCIA DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO.....	78
§3. ALGUNAS INNOVACIONES EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 2004	
I. LA ASISTEMATICIDAD DE LA LEY Y LA CONFIGURACIÓN DE SU ARTICULADO	82
II. LAS INNOVACIONES EN CUANTO AL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y A LOS PODERES DE OFICIO DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	83
1. <i>El principio dispositivo y los poderes de actuación de oficio del Tribunal Supremo</i>	83
2. <i>Supuestos regulados legalmente que permiten al Tribunal Supremo realizar actuaciones de oficio</i>	85
3. <i>El problema del proceso constitucional de control incidental de la constitucionalidad de las leyes con efectos anulatorios y el problema de su inicio de oficio por la Sala Constitucional</i>	86
4. <i>La actuación de oficio de la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias.</i>	89
5. <i>La actuación de oficio de la Sala Constitucional en materia de avocamiento</i>	90
III LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE ANTEJUICIOS DE MÉRITOS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE ALTOS FUNCIONARIOS.....	90
IV. LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE AVOCAMIENTO.....	91
1. <i>El avocamiento como competencia de todas las Salas</i>	91
2. <i>El avocamiento como competencia de la Sala Constitucional en relación con las otras Salas del Tribunal Supremo</i>	94
V. ALGUNAS INNOVACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUICIOS DE NULIDAD EN GENERAL	95
1. <i>La regulación uniforme del procedimiento</i>	95
2. <i>El carácter subjetivo del proceso en los juicios de nulidad</i>	95

VI. ALGUNAS INNOVACIONES EN RELACIÓN CON LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE CONTROL CONCENTRADO.....	100
1. <i>El objeto de impugnación en los procesos constitucionales de control concentrado de la constitucionalidad</i>	100
2. <i>El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes como incidente con motivo del control difuso de constitucionalidad efectuado por otras Salas del Tribunal Supremo</i>	101
VII. LAS INNOVACIONES EN CUANTO A LA AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN	103
VIII. LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS.....	105
1. <i>La reducción del objeto del recurso de revisión constitucional de sentencias que había sido ampliado por la Sala Constitucional</i>	105
2. <i>La ampliación de la competencia de la Sala Constitucional para revisar sentencias de las otras Salas</i>	108
IX. ALGUNAS INNOVACIONES EN EL PROCEDIMIENTO EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	109
1. <i>La uniformización del procedimiento en el contencioso administrativo de anulación</i>	109
2. <i>El tema del lapso para la interposición de la acción contra actos administrativos particulares y el silencio administrativo</i>	109
3. <i>El tema de la legitimación activa (interés personal, legítimo y directo) en la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares</i>	110
4. <i>El tema del agotamiento de la vía administrativa en la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares</i>	113
5. <i>La restricción en cuanto a la suspensión de efectos de los actos administrativos impugnados</i>	114
6. <i>La nueva competencia en materia de reclamaciones por vías de hecho</i>	116
7. <i>La acción popular en materia de impugnación de contratos públicos</i>	117
8. <i>La ampliación de las competencias de los tribunales contencioso administrativos en materia de demandas contra los Estados y los Municipios</i>	118
9. <i>La ampliación de las competencias en materia de demandas contra entes descentralizados no empresariales: fundaciones y sociedades civiles del Estado</i>	119
10. <i>Las nuevas regulaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para la atribución de competencias jurisdiccionales, y la inutilidad de la referencia a contratos administrativos</i>	120

X.	LA INNOVACIÓN EN CUANTO A LA ATRIBUCIÓN A LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD DE DIRIMIR CONFLICTOS ENTRE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO .	124
XI.	LA INNOVACIÓN EN CUANTO AL RÉGIMEN DE LA EXTINCIÓN DE LA INSTANCIA (PERENCIÓN)	124
XII.	LA INNOVACIÓN RESPECTO DE LA EXIGENCIA DE PUBLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA GACETA OFICIAL	127

**§4. RÉGIMEN Y ALCANCE DE LA ACTUACIÓN
JUDICIAL DE OFICIO EN MATERIA DE
JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

I.	ALGUNOS PRINCIPIOS GENERALES SOBRE EL SISTEMA VENEZOLANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL	129
II.	LOS SUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ACTUACIÓN DE OFICIO EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	133
	1. <i>El método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes y los poderes judiciales de actuación de oficio</i>	133
	2. <i>El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de los decretos de estado de excepción</i>	136
III.	LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DE LOS PODERES DE ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL.....	137
	1. <i>Supuestos regulados legalmente que permiten al Tribunal Supremo realizar actuaciones de oficio en materia procedimental</i>	138
	2. <i>La previsión de poderes discrecionales e ilimitados de actuación de oficio de las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo la Sala Constitucional</i>	139
	3. <i>El llamado control incidental de la constitucionalidad de las leyes con efectos anulatorios y el problema de su inicio de oficio por la Sala Constitucional</i>	141
	4. <i>La actuación de oficio de la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias</i>	146
	5. <i>La actuación de oficio de la Sala Constitucional en materia de avocamiento</i>	154
IV.	REFLEXIÓN FINAL.....	157

SEGUNDA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL PODER JUDICIAL

§5. LA JUSTICIA SOMETIDA AL PODER: LA AUSENCIA DE INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DE LOS JUECES POR LA INTERMINABLE EMERGENCIA DEL PODER JUDICIAL (1999-2006)

I. LA JUSTICIA ENTRE EL FLORIDO LENGUAJE DE LA CONSTITUCIÓN Y LA PRÁCTICA POLÍTICA DE LA CONCENTRACIÓN DEL PODER.....	163
II. EL INICIO DEL SOMETIMIENTO DE LOS JUECES AL PODER: LA INTERVENCIÓN CONSTITUYENTE DEL PODER JUDICIAL	167
III. LA AUSENCIA DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL POR EL GERMEN CONSTITUCIONAL DE CONCENTRACIÓN DEL PODER, EN CONTRADICCIÓN CON LA PENTA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO	170
IV. LA INCONSTITUCIONAL LESIÓN A LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO CON LA BURLA A LA EXIGENCIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA DESIGNACIÓN DE SUS MAGISTRADOS.....	174
V. LA INTERMINABLE INTERVENCIÓN POLÍTICA DEL PODER JUDICIAL CON LA COMPLICIDAD DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.....	179
VI. LA INCONSTITUCIONAL CONVERSIÓN DE JUECES TEMPORALES EN JUECES TITULARES SIN CONCURSOS PÚBLICOS DE OPOSICIÓN PARA EL NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES..	183
VII. LA INCONSTITUCIONAL REGULARIZACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE LA JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA JUDICIAL	189

TERCERA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL PODER ELECTORAL

§6. LA SALA CONSTITUCIONAL VS. EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: EL SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL

INTRODUCCIÓN	197
I. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL PODER ELECTORAL	204

1.	<i>La separación de poderes y el Poder Electoral.....</i>	204
2.	<i>La autonomía del Poder Electoral.....</i>	207
3.	<i>La independencia del Poder Electoral y el germen de su limitación ..</i>	208
II.	EL SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL PERPETRADO POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.....	209
III.	EL SECUESTRO DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL REALIZADO POR LA ASAMBLEA NACIONAL.....	212
IV.	EL PRIMER SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL EJECUTADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	214
V.	EL SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL EJECUTADO POR LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	218
VI.	EL NUEVO SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL REALIZADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	223

**§7. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA
MEDIANTE EL REFERENDO REVOCATORIO DE
MANDATOS Y SU CONFISCACIÓN POR EL PODER
ELECTORAL**

I.	LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL REFERENDO REVOCATORIO	231
1.	<i>Oportunidad en la cual se puede ejercer el derecho a solicitar la revocación del mandato</i>	234
2.	<i>La legitimación para formular la solicitud de iniciativa popular</i>	235
3.	<i>Los requisitos de la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio</i>	237
4.	<i>La oportunidad para formular la solicitud</i>	238
5.	<i>Quórum para la revocación</i>	239
6.	<i>Efectos de la revocatoria del mandato</i>	241
II.	LA CONFISCACIÓN DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA MEDIANTE LA SOLICITUD DE REFERENDO REVOCATORIO	243

1.	<i>La discusión sobre el momento para recolectar las firmas: el “Firmazo”</i>	243
2.	<i>La confiscación del derecho de petición para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio por el Consejo Nacional Electoral</i>	246
	A. <i>El control estatal del derecho ciudadano de peticionar</i>	248
	B. <i>La participación de inicio del procedimiento y la admisión oficial del mismo</i>	248
	C. <i>El apoderamiento estatal del proceso de recolección de firmas...</i>	250
	D. <i>La verificación de los requisitos y el rechazo de firmas</i>	253
3.	<i>Las vicisitudes de la petición de convocatoria a referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, o “El Reafirmazo”</i> ..	257
4.	<i>La confiscación de las solicitudes de “El Reafirmazo” al exigirse la “ratificación” de parte de las peticiones en un impreciso procedimiento de “reparo”</i>	265
5.	<i>La ratificación de la confiscación de las solicitudes de “El Reafirmazo” con las Normas establecidas para los “reparos” de las solicitudes.</i>	270

**§8. LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE JUSTICIA Y SU SECUESTRO POR LA
SALA CONSTITUCIONAL**

I.	LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	273
II.	EL NUEVO FRENTE JUDICIAL DEL CONFLICTO POLÍTICO EN TORNO AL REFERENDO REVOCATORIO Y LOS INTENTOS DE SECUESTRO DE LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL MISMO TRIBUNAL	277
III.	LA DECISIÓN CAUTELAR DE LA SALA ELECTORAL Y LAS REACCIONES DEL PODER POLÍTICO CONTRA SU AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA	280
IV.	EL SECUESTRO DE LA SALA ELECTORAL POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO CON OCASIÓN DE SU DECISIÓN CAUTELAR.....	286
	1. <i>El abanico de recursos intentados ante la Sala Constitucional</i>	286
	2. <i>La anulación de la sentencia cautelar de la Sala Electoral por la Sala Constitucional</i>	293
	3. <i>El avocamiento de la causa por la Sala Constitucional a costa de la destrucción de la “pirámide de Kelsen”</i>	309

V. EL NUEVO SECUESTRO DE LA SALA ELECTORAL CON OCASIÓN DE LA DECISIÓN DEFINITIVA ANULANDO LOS ACTOS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL.....	318
1. <i>Los argumentos de la Sala Electoral para anular los actos del Consejo Nacional Electoral</i>	319
2. <i>La anulación extrapetita de la sentencia definitiva de la Sala Electoral por la Sala Constitucional</i>	329

CUARTA PARTE

**EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS.
LOS DERECHOS CIUDADANOS**

**§9. *EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. EL DERECHO AL
SUFRAGIO MEDIANTE LA REPRESENTACIÓN
PROPORCIONAL***

**§10. *LA SALA CONSTITUCIONAL VS. EL DERECHO
CIUDADANO A LA REVOCATORIA DE MANDATOS
POPULARES: DE CÓMO UN REFERENDO REVOCATORIO
FUE INCONSTITUCIONALMENTE CONVERTIDO EN UN
“REFERENDO RATIFICATORIO”***

I. EL GOBIERNO DE MANDATOS REVOCABLES.....	350
II. LA PETICIÓN POPULAR PARA LA REALIZACIÓN DEL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATOS DE ELECCIÓN POPULAR.....	351
III. LA ILEGÍTIMA TRANSFORMACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL, DEL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATOS EN UN REFERENDO DE “RATIFICACIÓN” DE MANDATOS.....	354
IV. LOS EFECTOS DE LA REVOCATORIA DEL MANDATO	361
V. LA INCERTIDUMBRE CONSTRUIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA ELIMINAR EL CARÁCTER DEL GOBIERNO COMO DE MANDATOS REVOCABLES	363

**§11. LA SALA CONSTITUCIONAL VS. LA GARANTÍA
CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO: LA ILEGÍTIMA
DESPERSONALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES Y LA ILE-
GAL DISTORSIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILI-
DAD SOCIETARIA, COMO JUSTIFICACIÓN PARA LA VIO-
LACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA**

INTRODUCCIÓN	379
I. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA DESPERSONALI- ZACIÓN DE LAS SOCIEDADES.....	381
1. <i>El derecho constitucional de asociación</i>	381
2. <i>La libertad económica y el derecho constitucional a la libre empresa</i>	384
II. LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y EL CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DE- FENSA.....	389
III. LOS GRUPOS ECONÓMICOS CONFORME A LA DOCTRINA DE LA SALA CONSTITUCIONAL	397
1. <i>La sentencia del Caso: Transporte SAET S.A. de 14 mayo de 2004..</i>	397
2. <i>Los criterios para determinar la existencia de grupos económicos</i>	399
3. <i>Las características de los grupos económicos</i>	400
IV. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LA DESPERSONALIZA- CIÓN DE LAS SOCIEDADES EN MATERIA LABORAL.....	402
1. <i>La ausencia de regulación de la despersonalización de las sociedades en materia de responsabilidad laboral y las obligaciones solidarias ...</i>	402
2. <i>El tema decidendum en la sentencia de la Sala Constitucional</i>	405
V. EL TRASTOCAMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS EN OBLIGACIONES INDIVISIBLES, HECHO POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA JUSTIFICAR LA VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO	407
1. <i>Algunas precisiones sobre las obligaciones solidarias y sobre las obligaciones indivisibles</i>	407
2. <i>La deliberada e inadmisibile confusión de la Sala Constitucional en- tre obligaciones solidarias e indivisibles</i>	409
3. <i>La justificación indebida de la violación de la garantía del debido proceso y en particular del derecho a la defensa</i>	413
APRECIACIÓN FINAL.....	414

**§12. EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y SU
VIOLACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL**

INTRODUCCIÓN	419
I. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL VINCULANTE, LA “DOCTRINA VINCULANTE” Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR	424
II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y A LA INFORMACIÓN	426
1. <i>El derecho a la libre expresión del pensamiento</i>	428
2. <i>El derecho a informar o comunicar</i>	430
3. <i>El derecho a establecer medios de comunicación</i>	431
4. <i>El derecho a la información</i>	432
5. <i>El derecho a la réplica y a la rectificación</i>	435
6. <i>El principio de la alteridad en los derechos relativos a la libre expresión del pensamiento y a la información</i>	437
III. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y A LA INFORMACIÓN SEGÚN LA “DOCTRINA VINCULANTE” DE LA SALA CONSTITUCIONAL	439
1. <i>La falsa dicotomía de derechos constitucionales de la cual partió la Sala Constitucional para su interpretación</i>	439
2. <i>El derecho a la libre expresión del pensamiento, el acceso a los medios de comunicación y el olvido del tratamiento de los medios de comunicación oficiales (del Estado)</i>	440
3. <i>La interpretación “regresiva” de la libertad de expresión del pensamiento, la responsabilidad ulterior y el fantasma del “vilipendio” a funcionarios</i>	442
4. <i>La libertad de expresión del pensamiento y la extraña exclusión del derecho a réplica o rectificación</i>	445
5. <i>El derecho a la libre expresión del pensamiento y la burla a la prohibición constitucional de censura</i>	447
6. <i>El derecho a la información, el derecho de autor y las noticias</i>	450
7. <i>La libertad de información, la confusión entre las noticias y la publicidad: el derecho y las responsabilidades</i>	453

8. <i>La información veraz, imparcial y oportuna y la línea de opinión de los medios de comunicación</i>	456
9. <i>El conflicto entre el derecho a informar y otros derechos constitucionales</i>	458
10. <i>La inconstitucional restricción al derecho a réplica y rectificación</i> ...	460
CONCLUSIÓN	465

§13. EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. LA PROPIEDAD PRIVADA: EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO PARA ANIQUILAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PLURAL Y PARA CONFISCAR LA PROPIEDAD PRIVADA: EL CASO RCTV

I. ANTECEDENTES	470
II. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO RENUNCIÓ DELIBERADAMENTE A PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE AMENAZADOS DE SER VIOLADOS POR EL JEFE DE ESTADO Y SUS SUBORDINADOS	474
III. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TAMBIÉN DELIBERADAMENTE RENUNCIÓ A PROTEGER CAUTELARMENTE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE VIOLADOS POR CONATEL.....	478
IV. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LUGAR DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, PRETENDIÓ SUSTITUIRSE EN LA ADMINISTRACIÓN Y PRETENDIÓ CUBRIRLE DE OFICIO SUS CARENCIAS ARGUMENTALES	485
1. <i>El tema del servicio público y las telecomunicaciones</i>	486
2. <i>El tema de la reversión en las concesiones</i>	487
3. <i>De cómo el juez contencioso administrativo, impunemente, al declarar sin lugar una medida cautelar, resolvió el fondo del asunto planteado</i>	489
V. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN SUPUESTA PROTECCIÓN DE INTERESES DIFUSOS EN CONFLICTO, RESOLVIÓ INCLUSO DE OFICIO, CONFISCAR LOS BIENES DE RCTV Y ASIGNARLOS EN USO GRATUITAMENTE, SINE DIE, A UNA ENTIDAD DEL ESTADO	491

1.	<i>La acción intentada para asegurar que la nueva entidad estatal pudiera comenzar a transmitir la señal del Canal 2 después del 27 de mayo de 2007, con cobertura nacional.....</i>	491
2.	<i>La confiscación de los bienes de RCTV por la confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”</i>	494
3.	<i>La nueva confiscación de los bienes de RCTV por el juez constitucional, pero esta vez de oficio, y por la misma confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”, contrariamente a lo que los recurrentes habían solicitado</i>	499
VI.	REFLEXIÓN FINAL.....	504

QUINTA PARTE

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO

§14. LOS PRIMEROS PASOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO “LEGISLADOR POSITIVO” VIOLANDO LA CONSTITUCIÓN, Y EL RÉGIMEN LEGAL DE CÓMPUTO DE LOS LAPSOS PROCESALES

I.	LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE 1989 RELATIVA A LOS LAPSOS PROCESALES.....	515
1.	<i>Los argumentos sobre la inconstitucionalidad</i>	516
2.	<i>Los argumentos de los votos salvados a la decisión</i>	521
II.	LA SENTENCIA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 197 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE 2001.....	525
1.	<i>Los argumentos de los impugnantes</i>	525
2.	<i>La violación al debido proceso y el tiempo útil para las actuaciones procesales.....</i>	526
3.	<i>Argumentos sobre el objeto último del proceso.....</i>	528
4.	<i>La inconstitucionalidad de la norma sobre los lapsos procesales y su nueva redacción</i>	529
III.	LA ACLARATORIA DE LA SENTENCIA Y LAS NUEVAS REFORMAS LEGISLATIVAS EFECTUADAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL.....	532

1.	<i>La aclaratoria y el debido proceso</i>	532
2.	<i>El fondo y las formas procesales</i>	533
3.	<i>El cómputo de los lapsos según la naturaleza del proceso y las nuevas normas "procesales"</i>	534
IV.	UNA NUEVA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN MATERIA DE LAPROS PROCESALES MEDIANTE UNA "DEROGACIÓN" PUNTUAL E IMPROPIA DE UNA NORMA PROCESAL.....	536
1.	<i>La doctrina vinculante de la Sala Constitucional reformativa del artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal</i>	537
2.	<i>Los cuestionamientos dentro de la propia Sala</i>	540
	APRECIACIÓN FINAL.....	541

§15. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO Y LA INCONSTITUCIONAL REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO MEDIANTE SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

I.	LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	545
II.	EL RÉGIMEN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE AMPARO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE 1961, LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE 1988, Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1999.....	551
1.	<i>El régimen del amparo en la Constitución de 1961</i>	551
	A. <i>Introducción de la solicitud</i>	551
	B. <i>Admisión de la acción</i>	552
	C. <i>Solicitud de informe al presunto agravante o imputado</i>	552
	D. <i>Medidas cautelares</i>	553
	E. <i>La audiencia pública y oral</i>	553
	F. <i>Oportunidad de la decisión</i>	553
2.	<i>La reforma constitucional de 1999 en materia de amparo</i>	553
III.	EL NUEVO RÉGIMEN PROCESAL DEL AMPARO ESTABLECIDO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL, REFORMANDO IMPROPIAMENTE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO	555

1.	<i>Principios generales del procedimiento no sujeto a formalidades</i>	557
2.	<i>La obligación de indicar las pruebas al inicio del procedimiento</i>	557
3.	<i>La derogación de la exigencia legal del informe del agraciado, la citación del agravante y la creación de la audiencia constitucional</i>	558
4.	<i>La reforma del régimen de la audiencia constitucional pública y oral.....</i>	558
	A. <i>Propósito de la audiencia</i>	558
	B. <i>Régimen de las pruebas</i>	559
	a. <i>En cuanto a su admisión y evacuación:.....</i>	559
	b. <i>En cuanto el desarrollo de la actividad probatoria en la audiencia, y la grabación y registro de las actuaciones procesales</i>	560
5.	<i>Régimen de la oportunidad de la sentencia de amparo</i>	560
IV.	APRECIACIÓN GENERAL	561

§16. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO DE OFICIO EN MATERIA TRIBUTARIA. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN POPULAR Y LA IMPUGNACIÓN DE LEYES DEROGADAS

I.	EL RECHAZO DE LA ASAMBLEA NACIONAL A LA USURPACIÓN DE FUNCIONES LEGISLATIVAS POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL.....	566
II.	LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	571
III.	LA CUESTIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS LEYES DEROGADAS Y LA DECISIÓN SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN	574
IV.	LA SALA CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO DE OFICIO EN MATERIA TRIBUTARIA	578
V.	LA ACLARATORIA SOBRE LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA SENTENCIA-REFORMA DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA	588
VI.	APRECIACIÓN FINAL	590

**§17 EL JUEZ CONSTITUCIONAL SANCIONANDO
REFORMAS DE LEYES Y LA CUESTIÓN DE LOS EFECTOS
EX NUNC DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS
("REFORMATORIAS") DE LEYES**

- I. EL JUEZ CONSTITUCIONAL REFORMANDO LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 593
- II. LA CUESTIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS ("REFORMATORIAS") DE LEYES..... 597

**SEXTA PARTE:
LO QUE DEBERÍA SER**

**§18. NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LOS
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA CONSOLIDACIÓN
DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO:
DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, CONTROL DEL PODER
Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

- I. SOBRE EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO 611
- II. EL CONTROL DEL PODER Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES 614
- III. EL DERECHO CIUDADANO A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL..... 615
- IV. LA GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES 618
- V. EL ACTIVISMO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LOS VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES 625
- VI. LA APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES ABIERTAS PARA LA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS PROTEGIBLES 633
- VII. LA PROGRESIVA PROSCRIPCIÓN POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LAS CLÁUSULAS PROGRAMÁTICAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS 640
- VIII. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.. 643
- IX. LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES..... 675

